



L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres

François-Xavier Millet

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Florence, décembre 2012

European University Institute
Département des Sciences juridiques

L'Union européenne et
l'identité constitutionnelle des Etats membres

François-Xavier Millet

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Membres du jury :

Professeur Loïc Azoulay, EUI
Professeur Bruno De Witte, Maastricht University/EUI (directeur de thèse)
Professeur Mattias Kumm, New York University/WZB
Professeur Gérard Marcou, Ecole de droit de la Sorbonne (co-directeur)

© François-Xavier Millet, 2012

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite ou distribuée
sans la permission préalable de l'auteur

RÉSUMÉ

D'un côté de l'échiquier, l'Union européenne, arc-boutée sur la vénérable jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft*, aspire légitimement, en tant qu'auteur d'un droit commun, à la primauté de l'ensemble de sa production normative sur l'ensemble du droit des États membres, y compris constitutionnel. Elle apparaît à première vue indifférente vis-à-vis de constitutions qui ne seraient que l'expression d'un « narcissisme des petites différences » de mauvais aloi dans un contexte d'unification européenne. De l'autre côté de l'échiquier en revanche, les États membres, après avoir accepté – non sans mal – que les normes de l'Union puissent prévaloir sur les lois nationales même postérieures, restent inflexibles sur la supériorité ultime de leurs constitutions sur tout autre droit. Les juridictions constitutionnelles des États semblent même se coaliser afin d'imposer leurs constitutions respectives comme ultime horizon. Aussi, le conflit apparaît insurmontable. Beaucoup s'y sont essayés en vain : on ne saurait réconcilier l'inconciliable. La litanie est bien connue et peu encourageante. Une telle vision manichéenne – oserons-nous dire dualiste, à moins qu'il ne s'agisse en fin de compte de monisme – occulte cependant l'imbrication qui est déjà à l'œuvre entre la constitution matérielle de l'Union et les constitutions des États. C'est cette imbrication que nous souhaiterions montrer dans cette étude de droit constitutionnel européen et comparé, sous l'angle de l'identité constitutionnelle nationale. Il apparaît en effet que l'identité constitutionnelle des États membres pourrait être cette passerelle tant attendue : en tant qu'elle est à la fois un concept du droit de l'Union et un concept du droit national, elle fait figure de norme de convergence entre ordres juridiques susceptible de fournir une réponse – probablement imparfaite mais néanmoins bienvenue – au conflit constitutionnel. Miracle ou mirage ? Tout ne sera finalement qu'affaire de points de vue.

ABSTRACT

On the one hand, as established by the seminal *Internationale Handelsgesellschaft* ruling of the ECJ, European Union law enjoys primacy over the law of the Member States, including their constitutional law. At first sight, EU law therefore seems indifferent towards national constitutions, which are considered to be merely expressions of the “narcissism of small differences” going against the very idea of European unification. On the other hand, although Member States have gradually accepted the primacy of EU law over their own legislation, they remain inflexible regarding the ultimate supremacy of their constitutions. National constitutional courts appear to be even coalescing in order to impose their own fundamental texts. This so-called constitutional conflict seems bound to remain unsettled. However, taking such a black-and-white approach means remaining blind for the existing intertwinement between the national constitutions and the substantive constitution of the EU. In particular, the notion of constitutional identity of the Member States could be the long-awaited bridge between the EU and the national legal orders: being both a concept of Union law and of domestic law, it is not only a norm of resistance but also a norm of convergence that may provide a valuable answer to the aforementioned conflict.

REMERCIEMENTS

Une thèse est un épuisant marathon se terminant par un sprint. Je tiens à adresser mes remerciements les plus sincères à tous ceux qui ont contribué à rendre cette épreuve moins solitaire.

Mes pensées vont d'abord vers les professeurs qui m'ont accompagné ces cinq dernières années. Je ne peux que louer la supervision du professeur Bruno de Witte. Nos conversations fréquentes et amicales furent toujours une source d'enrichissement et je ne saurais trop le remercier de m'avoir permis de développer mes idées dans un esprit de liberté et de responsabilité. Je suis également très reconnaissant envers le professeur Gérard Marcou pour sa confiance ainsi que pour son suivi à distance de mon travail dont il avait déjà vu l'ébauche dans mon mémoire de Master. De même, je salue chaleureusement les professeurs Loïc Azoulai et Miguel Poiaras Maduro pour le grand intérêt qu'ils ont toujours montré pour ma recherche.

Je remercie ensuite les praticiens de renom avec lesquels j'ai eu le privilège de m'entretenir. Je citerai notamment, au Conseil d'Etat, les présidents Bruno Genevois et Bernard Stirn mais aussi Yves Doutriaux et Marc Guillaume, actuel secrétaire général du Conseil constitutionnel. A la Cour de justice, je remercie les juges Jean-Claude Bonichot, Koen Lenaerts, Marek Safjan, Christian Timmerman, Thomas Von Danwitz ainsi que les avocats généraux Paolo Mengozzi et Eleanor Sharpston. Plus particulièrement, je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à Pedro Cruz-Villalón et aux membres de son cabinet pour leur accueil à Luxembourg.

Enfin, je ne saurais oublier ma famille ainsi que mes amis. Merci chers parents et chers grands-parents, sans votre soutien inconditionnel, cette thèse n'aurait jamais vu le jour. Merci Benoît, Daniel, Giuseppe, Guillaume, Jean, Lena, Michal, Vanessa pour votre relecture assidue ! Merci à mes chers frères de Fiesole, de Cortona, de Prato et de la Verna pour m'avoir ouvert vos portes ! Merci Guilherme pour les nombreuses discussions de haute volée qui m'ont permis de grandir intellectuellement ! Merci Karolina pour les heureux moments ! Merci Kasia pour ton soutien constant ! Merci Laura pour les nombreux fous rires et les partages ! Merci Mery, *luna solare*, pour ton enthousiasme ! Merci Alice, Camille, Fifine,

Hanna, Helena, Jan-Jaap, Janine, Oleg, Paul, Roland, Tiago ! Merci enfin à Jurek, le grand ami, dont le soutien fidèle et l'aide finale ont été absolument déterminants. *Dziękuję ! Nasza przyjaźń jest błogosławieństwem!*

Je garderai un souvenir magnifique des années passées à l'Institut universitaire européen, lieu d'excellence scientifique et de bouillonnement intellectuel au milieu des cyprès et des oliviers. Sa bibliothèque sans égale me manquera tout particulièrement. Elle a été mon quotidien pendant quatre ans. Toute ma gratitude va à Carlotta, Machteld, Martine, Ruth, Veerle et tous les autres pour avoir fait de cette bibliothèque ce qu'elle est aujourd'hui. Chapeau !

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UNE NORME DE RÉSISTANCE

TITRE 1 : UNE STRATÉGIE DE DÉFENSE VARIABLE

Chapitre 1 : Une stratégie relativement coopérative en France

Chapitre 2 : Une stratégie relativement solitaire en Allemagne

TITRE 2 : LES CONTOURS DE LA STRATÉGIE

Chapitre 1 : Modélisation des identités constitutionnelles

Chapitre 2 : Le paradoxe des identités constitutionnelles entre fixité et mutabilité : les exemples français et irlandais

SECONDE PARTIE

L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UNE NORME DE CONVERGENCE

TITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPÉCIFICITÉS CONSTITUTIONNELLES NATIONALES PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Chapitre 1 : L'émergence progressive de la notion d'identité constitutionnelle des États membres en droit de l'Union européenne

Chapitre 2 : Dits et non-dits du droit de l'Union européenne

TITRE 2 : LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UN PRINCIPE DU DROIT DE L'UNION

Chapitre 1 : Perspectives externes et prospective interne

Chapitre 2 : La garantie d'un certain fédéralisme dans l'Union européenne

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJDA - Actualité juridique droit administratif

Am. J. Comp. L. - American Journal of Comparative Law

AÖR - Archiv des öffentlichen Rechts

ATF - Recueil des décisions du Tribunal fédéral suisse

BVerfGE - Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

CCC - Cahiers du Conseil constitutionnel

CDE - Cahiers de droit européen

CEDH - Cour européenne des droits de l'homme

CJCE - Cour de justice des Communautés européennes

CJUE - Cour de justice de l'Union européenne

CMLR - Common Market Law Review

Colum. J. Eur. L. - Columbia Journal of European Law

Colum. L. Rev - Columbia Law Review

D. - Recueil Dalloz

DÖV - Die Öffentliche Verwaltung

DVBl. - Deutsches Verwaltungsblatt

E.L. Rev. - European Law Review

ELJ - European Law Journal

EJIL - European Journal of International Law

EuConst - European Constitutional Law Review

EuGRZ - Europäische Grundrechte Zeitschrift

EuR - Europarecht

EuZW- Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Gaz. Pal. - Gazette du Palais

Geo. L. Rev. - Georgetown Law Review

Harv. L. J. - Harvard Law Journal

I.CON - International Journal of Constitutional Law

I.J. - Irish Jurist

IJEL - Irish Journal of European Law

ILT - Irish Law Times

IR - Irish Reports

JZ - Juristen Zeitung

LF - Loi fondamentale allemande

LPA - Les Petites Affiches

Mich. L. Rev. - Michigan Law Review

MLR - Modern Law Review

N.Y.U. L. Rev. - New York University Law Review

NVwZ - Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

RAE - Revue des affaires européennes

RJE - Revue juridique de l'environnement

RCADE - Recueil des cours de l'Académie de droit européen

RCADI - Recueil des cours de l'Académie de droit international

RDILC - Revue de droit international et de législation comparée

RDP - Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RFDA - Revue française de droit administratif

RFDC - Revue française de droit constitutionnel

RGDIP - Revue générale de droit international public

RIDC - Revue internationale de droit comparé

RRJ - Revue de la recherche juridique

RTDE - Revue trimestrielle de droit européen

RTDH - Revue trimestrielle des droits de l'homme

RUE - Revue de l'Union européenne

Rutgers L. J. - Rutgers Law Journal

Sup. Ct. Rev. - Supreme Court Review

Tex. L. Rev. - Texas Law Review

TCE - Traité instituant la Communauté européenne

TECE - Traité établissant une Constitution pour l'Europe

TFUE - Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE - Traité sur l'Union européenne

U. Pa. J. Cons. L. - University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law

Va. L. Rev. - Virginia Law Review

VVDStRL - Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Yale L. J. - Yale Law Journal

YEL - Yearbook of European Law

ZaöRV - Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

ZRP - Zeitschrift für Rechtspolitik

INTRODUCTION

L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE ENTRE CONFLIT ET APAISEMENT

« L'identité est un rêve d'une absurdité pathétique. On rêve d'être soi-même quand on n'a rien de mieux à faire. On rêve de soi et de la reconnaissance de soi quand on a perdu toute singularité. Aujourd'hui nous ne nous battons plus pour la souveraineté ou pour la gloire, nous nous battons pour l'identité. La souveraineté était une maîtrise, l'identité n'est qu'une référence. La souveraineté était aventureuse, l'identité est liée à la sécurité. L'identité est cette obsession d'appropriation de l'être libéré, mais libéré sous vide, et qui ne sait plus ce qu'il est. »

Jean Baudrillard¹

« Deux facteurs conduisent à défendre l'intégrité des constitutions nationales : d'une part, le respect du droit ; d'autre part, une identité et un engagement moral (...) Le rôle de nos constitutions nationales n'est pas seulement de structurer les pouvoirs du gouvernement et les relations entre l'État, les individus et les autres agents. Elles passent aussi pour incarner les valeurs fondamentales de la société, reflétant ainsi notre identité collective, en tant que peuple, nation, Communauté, Union. On y est fier et attaché pour ces mêmes raisons. Les constitutions visent à limiter les pouvoirs, non à les étendre ; elles protègent les droits fondamentaux de l'individu et définissent une identité collective plus rassurante que les identités ethniques. Au cours de la dernière décennie et à l'occasion de débats interminables, les cours nationales se sont montrées beaucoup plus agressives dans leurs interprétations sur l'ordre constitutionnel européen. Les cours nationales ne sont plus à l'avant-garde de ce « nouvel ordre juridique européen » qui a transposé l'État de droit au niveau transnational et a renforcé le pouvoir des individus vis-à-vis des États membres. Au lieu de cela, elles adoptent une attitude défensive et protègent leurs constitutions nationales contre toute incursion illicite de Bruxelles. Perçues comme protégeant les droits fondamentaux et l'identité nationale, les juridictions nationales ont reçu un accueil favorable. La protection de la souveraineté nationale appartient au passé, mais la défense de l'identité nationale et de la spécificité constitutionnelle est, elle, à la mode. »

Joseph H.H. Weiler²

¹ BAUDRILLARD J., *L'échange impossible*, Gallimard, 1999, p. 72.

² WEILER J.H.H., « Fédéralisme et constitutionnalisme : le Sonderweg de l'Europe », in DEHOUSSE R. (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Presses de Sciences Po, 2002, p. 151, sp. 165-166 (souligné par nous).

Le thème de l'identité est relativement nouveau³. Il a pénétré les sciences humaines et sociales dans les années 1960, notamment dans ses dimensions psychologique, sociologique et anthropologique avant de s'étendre à l'ensemble des études portant sur l'homme et ses relations avec son environnement. Dès 1974, Claude Lévi-Strauss consacrait à cette question un séminaire interdisciplinaire, resté dans les annales⁴. De nombreuses études y sont régulièrement consacrées, l'époque contemporaine étant particulièrement marquée par la crise d'identité, la perte des repères, le *souci de soi*⁵. Si sa définition reste encore contestée - « L'identité n'est pas objet de connaissance rigoureuse », écrivait David Hume - la notion d'identité se décline sous divers modes (politique, social, juridique, historique) et l'on peut la retrouver à de multiples niveaux (personnel ou collectif, *micro* ou *macro*, régional ou global). L'indétermination de cette notion n'a toutefois pas empêché son succès contemporain. Les raisons de ce succès sont multiples. Elles tiennent notamment à la montée de l'individualisme, au développement en Europe des politiques de l'identité et à l'affaiblissement corrélatif des politiques de puissance, au malaise de l'État-nation et de la souveraineté classique, au besoin de reconnaissance, aux revendications des minorités. L'ensemble de ces problématiques très actuelles semblent témoigner d'une forme de crise dont les interrogations sur l'identité seraient le symptôme, les incertitudes en la matière étant propres aux transitions et aux changements de cycles⁶.

D'après *Le Petit Robert*, l'identité au sens psychologique peut désigner « le caractère de ce qui demeure identique à soi-même » (identité personnelle) ou « l'ensemble de traits culturels propres à un groupe ethnique (langue, religion, art, etc.) qui lui confèrent son individualité » et par extension « le sentiment d'appartenance d'un individu à ce groupe »⁷ (identité culturelle). Nous retiendrons ici que l'identité renvoie à l'ensemble des caractéristiques relativement stables propres à une entité individuelle ou collective qui lui permettent de se distinguer des autres et d'apparaître ainsi dans sa spécificité.

³ Sur la modernité de ce thème, voir DE BENOIST A., *Nous et les autres. Problématique de l'identité*, Krisis, 2007.

⁴ LEVI-STRAUSS C., *L'identité*, Grasset, 1977.

⁵ V. FOUCAULT M., *Le souci de soi*, Gallimard, 1984. Également sur cette problématique, on pourra lire HUNTINGTON S., HOCHSTEDT B. *Qui sommes-nous ? Identité nationale et choc des cultures*, Odile Jacob, 2004; KAUFFMANN J.-C., *L'invention de soi. Une théorie de l'identité*, Armand Colin, 2007; KYMLICKA W., *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, La Découverte, 2001 ; TAYLOR C., *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, 1997.

⁶ Comme le note un des théoriciens de la postmodernité, « on pense à l'identité chaque fois que l'on ne sait pas vraiment où l'on est chez soi (...). « Identité » est le nom que l'on a donné à la recherche d'une échappatoire à cette incertitude » (BAUMAN Z., *La vie en miettes. Expérience postmoderne et moralité*, Le Rouergue/Chambon, Rodez, 2003, p. 34).

⁷ *Le Petit Robert*, 2008, p. 1272.

Compte tenu du caractère principalement psychologique de l'identité, on pouvait douter que la discussion y afférente puisse un jour s'infiltrer dans la matière juridique, plutôt connue pour son formalisme et ses concepts propres. Certes, on sait que l'identité occupe déjà une place importante en droit privé et principalement en droit de la famille. On ne saurait véritablement s'en étonner dans la mesure où, par nature, le droit privé a pour objet de régir les relations entre des individus préalablement identifiés. En revanche, le droit public semble plus hermétique au langage de l'identité et l'on peut s'interroger sur la plus-value et les effets que peut présenter l'introduction d'un nouveau mot, susceptible lui-même de désigner un nouveau concept, une nouvelle idée. Avec le concept d'identité, nous prendrions le risque d'introduire dans le champ juridique une notion à l'origine psychologique. Or ce risque apparaît bien faible pour celui ou celle qui considère que les concepts peuvent migrer d'un champ à l'autre. Celui d'identité a déjà fait montre de malléabilité à travers son usage pluridisciplinaire, aux confins de la psychologie, de l'anthropologie et de la science politique ainsi qu'en attestent les discussions sur les identités ethniques, nationales ou de classe. S'agissant des interactions entre droit et philosophie politique, le phénomène de migration est également souvent à l'œuvre tant la ligne de partage entre ces deux eaux est fine⁸. Il suffit de penser par exemple aux concepts d'État et de souveraineté pour s'apercevoir qu'il s'agissait initialement d'objets politiques conçus dans un contexte de crise et de tensions religieuses afin de résoudre le « problème théologico-politique »⁹.

Aujourd'hui, le même discours semble pouvoir être tenu à propos du concept énigmatique d'identité constitutionnelle. Face à lui, la raison peine à donner un contenu, à identifier un sujet, à dévoiler l'esprit de ce mot-valise, de cette notion métissée empruntant beaucoup à l'identité collective et aux principes du constitutionnalisme libéral, un peu à l'identité nationale et aux constitutions étatiques. De manière contre-intuitive, l'identité constitutionnelle apparaît indistincte, informe. Le flou caractérise ce phénomène de mode évoqué par le professeur Weiler. En cela, il sied particulièrement à notre époque. Il est en phase avec l'esprit du temps. Loin de constituer lui-même un « grand récit » de la modernité¹⁰, il semble au contraire le pâle reflet d'une nouvelle ère, de l'ère dite postmoderne,

⁸ V. RAYNAUD P., « Le droit et la science politique », *Jus Politicum*, n°2, 2009 (<http://www.juspoliticum.com/Le-droit-et-la-science-politique.html>).

⁹ Sur cette question, voir notamment MANENT P., *Cours familier de philosophie politique*, Tel, Gallimard, 2001, p. 39 ; GOYARD-FABRE S., *L'État. Figure moderne de la politique*, Cursus, Armand Colin, 1999.

¹⁰ S'appuyant sur la fin des « grands récits » pour souligner la transition entre la modernité et la postmodernité, v. l'ouvrage classique LYOTARD J.-F., *La condition postmoderne*, Editions de Minuit, 1979.

celle de l'éphémère, de la société liquide¹¹, des intérêts¹², de la porosité des frontières¹³ et des concepts eux-mêmes. L'indétermination et l'instabilité du concept d'identité constitutionnelle pourraient conduire, afin de le frapper de discrédit, à voir en lui un concept Tû-Tû tel que Alf Ross, le représentant du réalisme juridique scandinave, pouvait se le représenter¹⁴. Notre objet d'étude n'aurait d'intérêt autre que celui de faciliter l'opération de qualification juridique à travers l'apposition d'un label, il ne serait qu'une locution symbolique dont l'incantation aurait valeur cathartique. Toutefois, nous doutons que l'identité constitutionnelle – à la différence d'une simple onomatopée telle que Tû-Tû – soit « un mot vide dépourvu de référence sémantique ». Le flou qui l'entoure ne saurait en effet le priver de tout sens, de toute direction – même inconsciente – un tant soit peu cohérente. Nous nous abstiendrons cependant ici de faire remonter le sens de l'identité constitutionnelle à la surface à travers l'examen de la formation de ce concept et du contexte culturel de son émergence.

Afin d'appréhender notre objet, nous adopterons principalement une démarche empirique en nous attachant à l'usage qui est fait de l'identité constitutionnelle par les différents acteurs, admettant que la signification d'un concept dérive d'abord de son usage¹⁵. Compte tenu de la variété de celui-ci, un certain éclatement de la notion d'identité constitutionnelle est palpable du fait de la multiplicité des niveaux d'analyse.

Sur un plan horizontal tout d'abord, il apparaît que la notion en tant que telle fait figure d'oxymore en ce que celle-ci tire à hue et à dia, présentant à la fois des tendances centrifuges et centripètes¹⁶. A un extrême, son pôle identitaire renvoie aux politiques de

¹¹ Sur ce concept destiné à souligner, par opposition à l'état solide, la fragilité actuelle des liens humains, v. BAUMAN Z., *Identité*, L'Herne, 2010 ; du même auteur, *L'amour liquide. De la fragilité des liens entre les hommes*, Pluriel, Fayard, 2010. Pour une approche des identités constitutionnelles à la lumière de l'œuvre de Bauman, v. BREDA V., « Constitutional Identities in a Liquid Society », in PRIBAN J. (ed.), *Liquid Society and its Law*, Ashgate, 2007, p. 153.

¹² Nous renverrons ici à l'ouvrage de référence sur les passions et les intérêts : HIRSCHMAN A.O., *Les passions et les intérêts*, Quadrige Essais, PUF, 2005. De même, pour une intéressante analyse culturelle du droit décrivant l'Europe des intérêts et du marché par opposition à l'Europe politique, v. HALTERN U., « Pathos and Patina : The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination », (2003) 9 *ELJ* 1, p. 14.

¹³ Sur le caractère poreux des frontières, v. DEBRAY R., *Eloge des frontières*, NRF, Gallimard, 2010.

¹⁴ ROSS A., « Tû-Tû » (1957) 79 *Harv.L.Rev.*, p. 812. Pour une traduction, v. ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique* (textes réunis par Eric Millard), La pensée juridique, Bruylant-LGDJ, 2004. Pour une analyse en français de la théorie de Ross, v. BRUNET P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société* 50-2002, p. 19.

¹⁵ V. ENDICOTT T., « Law and Language », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*, Edward N. ZALTA (ed.) (www.plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/law-language).

¹⁶ Soulignant cette tension faisant du concept d'identité constitutionnelle un véritable oxymore, v. JACOBSON G.J., *Constitutional Identity*, Harvard UP, 2010 (évoquant à ce propos la Constitution « disharmonique » en raison de l'alliance d'attributs particularistes et d'attributs universels: *ibid.* p. xiii et p. 1) ; aussi, ROSENFELD M., *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge, 2010

l'identité et au particulier. Dans ce sens, l'identité constitutionnelle a partie liée avec les constitutions concrètes en tant que celles-ci, taillées sur mesure, sont amenées à refléter les spécificités d'un groupe bien délimité. Elle trouvera dans le constitutionnalisme national et étatique, à tendance communautaire, son expression la plus aboutie. L'accent y est mis sur les valeurs de la culture majoritaire ainsi que sur la mémoire. À l'autre extrême, son pôle constitutionnel tend vers l'abstrait et l'universel. Il se confond largement avec la philosophie du constitutionnalisme libéral supranational, supraétatique, sans frontières, abstrait, focalisé sur l'État de droit, la limitation du pouvoir et la garantie des droits subjectifs¹⁷. L'identité constitutionnelle va alors être l'humus dans lequel germe le patriotisme constitutionnel¹⁸ tel que promu à l'échelle transnationale par Jürgen Habermas afin, notamment, de contribuer à faire émerger une conscience proprement européenne¹⁹, un sentiment d'appartenance communautaire de type nouveau, dénué de toute irrationalité. Si le constitutionnalisme libéral, en tant que vue de l'esprit, peut exister à l'état pur, il n'en est pas de même du constitutionnalisme national, en particulier dans une Europe ouverte où tous les États ont adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), expression tangible du constitutionnalisme des droits subjectifs²⁰. Les valeurs du constitutionnalisme libéral ont en effet envahi les constitutions des États européens même si nous verrons que le degré de « libéralisme » ou de « constitutionnalisme » varie encore largement d'une constitution à l'autre. Il faudra par la suite garder à l'esprit cette ambivalence fondamentale de la notion d'identité constitutionnelle qui ouvre tout un champ des possibles, selon que le

(opposant l'expansion du constitutionnalisme abstrait et les politiques de l'identité qui promeuvent les identités collectives définies à partir d'un héritage ethnique, religieux, culturel ou linguistique : *ibid.* p. 2).

¹⁷ Sur cette philosophie politique aux implications juridiques, v. notamment BEAUD O., « Constitution et constitutionnalisme », in RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996, p. 117. Le lecteur français verra probablement pointer derrière la distinction entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme national le débat entre les « libéraux-libertaires » et les « nationaux-républicains ». Pour mieux comprendre cette distinction avec un arrière-fond européen, v. DEBRAY R., *Le code et le glaive. Après l'Europe, la nation ?*, Essais, Albin Michel, 1999 ; FERRY J.-M., THIBAUD P., *Discussion sur l'Europe*, Calmann-Lévy, 1992.

¹⁸ Sur ce concept forgé dans le contexte allemand après la Seconde Guerre mondiale, HABERMAS J., « Geschichtsbewusstsein und posttraditionale Identität », in HABERMAS J., *Eine Art Schadensabwicklung*, 1987, p. 173 ; HABERMAS J., « Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe », in LENOBLE J., DEWANDRE N. (dir.), *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Ed. Esprit, 1992, p. 17 ; STERNBERGER D., « Verfassungspatriotismus », in *Schriften*, Vol. X, 1990, sp. pp. 17s., 24, 30s. ; MÜLLER J.-W., « A General Theory of Constitutional Patriotism », (2008) 6 *I. CON*, p. 72.

¹⁹ Pour une étude sur le patriotisme constitutionnel à l'échelle européenne, voir LACROIX J., « For a European Constitutional Patriotism » (2002) *Political Studies*, p. 50 ; MÜLLER J.-W., « A "Thick" Constitutional Patriotism for Europe? On Morality, Memory and Militancy », in ERIKSEN E.O., JOERGES C. AND RÖDL F. (ed.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-National Union: The Unsettled Political Order of Europe*, London, Routledge, 2008 ; du même auteur, « L'ordre public européen : retour sur la question du patriotisme constitutionnel européen », in *Raison publique*, 2007, n° 7.

²⁰ Sur le processus de constitutionnalisation et la CEDH, v. HENNETTE-VAUCHEZ S., SOREL J.-M. (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant, 2011.

constitutionnalisme libéral s’accommodera des valeurs du groupe telles qu’elles résultent des constitutions, et selon que les constitutions seront elles-mêmes mâtinées des principes et valeurs du constitutionnalisme.

Sur un plan vertical ensuite, c’est cette même ambivalence qui nous permet de comprendre pourquoi l’identité constitutionnelle n’aura pas exactement le même sens selon qu’elle aura pour sujet l’Union européenne (UE) ou bien l’État membre. Non seulement cette notion n’a-t-elle pas de sujet unique mais l’analyse verticale recoupe l’analyse horizontale dans la mesure où l’identité constitutionnelle européenne va par hypothèse se rapprocher plus du constitutionnalisme libéral que l’identité constitutionnelle étatique²¹. Il est en effet remarquable que, pour l’Union européenne, le concept d’identité constitutionnelle constitue avant tout un outil politique d’autolégitimation reposant sur les principes abstraits et universels du constitutionnalisme libéral, alors qu’il est utilisé par les États membres comme une limite juridique à l’intégration européenne fondée principalement sur leurs constitutions concrètes et particulières.

Contrairement à ce que l’on pourrait imaginer intuitivement, la notion d’identité constitutionnelle a initialement trouvé son champ de prédilection dans l’Union européenne en tant que telle avant de se déplacer vers les États membres de l’Union. Faisant d’elle un usage avant tout doctrinal et politique – voire idéologique –, des auteurs ont vu dans l’identité constitutionnelle un moyen d’asseoir la légitimité de l’Union à partir de l’éthique du constitutionnalisme libéral, à prétention abstraite et à extension universelle, autrement dit dans la prééminence du droit, la séparation des pouvoirs et la protection des droits individuels²². En effet, la construction européenne souffre depuis ses origines d’un problème de légitimité du projet lui-même ainsi que, par suite, de sa production normative. Ce problème semblait pouvoir être réglé par l’affirmation d’une identité de l’Union à l’intérieur – face à des États membres bénéficiant d’un fort ancrage historique et politique – et à l’extérieur – face au monde. Dans ce contexte, on a tout d’abord cherché à doter l’ancienne Communauté européenne d’une identité supranationale. C’est ainsi que sont nés les symboles, le mythe des Pères fondateurs, l’invention de traditions. Le traité de Maastricht a mis en place une monnaie

²¹ V. notamment WEILER J.H.H., WIND M. (ed.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge UP, 2003 ; DE BURCA G., WEILER J.H.H. (ed.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge UP, 2011.

²² V. notamment BLANCHARD D., *La constitutionnalisation de l’Union européenne*, Editions Apogée, 2001 ; MANZELLA A., « After Amsterdam, the Constitutional Identity of the European Union », (1998) 33 *International Spectator* 1, p. 37 ; ROSENFELD M., « The European Treaty-Constitution and Constitutional Identity: A View from America », (2005) 3 *I.CON*, p. 316 ; SADURSKI W., « European Constitutional Identity? », *EUI Working Paper* n° 2006/33.

unique et une citoyenneté européenne censées être toutes deux des garants de l'intégration sociale entre les peuples d'Europe. De même, une politique culturelle a été mise en œuvre par les institutions européennes avec l'idée qu'une politique volontariste en la matière pouvait constituer un levier d'unité. Ce faisant, on transposait à l'échelle européenne les mécanismes classiques de construction des identités nationales en recherchant notamment la congruence entre unité politique et unité culturelle²³. Or, ce projet d'une Europe non seulement supranationale mais aussi supernationale a pu prêter le flanc à la critique des « souverainistes » mais également de certains « europhiles » aspirant à une identité d'un type nouveau, s'écartant du modèle national pour embrasser le modèle postnational. Le philosophe Jean-Marc Ferry s'est ainsi fait le défenseur d'une Europe kantienne cosmopolitique qui ne serait ni un État-nation, ni un État unitaire ou même fédéral mais une entité politique sui generis fondée sur le pluralisme, respectant les droits fondamentaux des peuples et des individus²⁴.

C'est dans une telle perspective qu'a commencé à se concrétiser l'idée d'une constitutionnalisation de l'Union européenne²⁵. Depuis la décennie 1980, le langage constitutionnel est de facto omniprésent dans le discours juridique et politique relatif à l'Union européenne. Les traités communautaires ont ainsi pu être qualifiés de « charte constitutionnelle de base » par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)²⁶. L'érection des droits de l'homme et des libertés fondamentales au rang des principes constitutionnels de l'Union a été réalisée par le traité d'Amsterdam. Le début du 21^{ème} siècle a quant à lui été marqué par la rédaction d'un traité dit « constitutionnel » pour l'Europe, censé être le point culminant du processus de constitutionnalisation. C'est dans ce contexte en particulier qu'est né le discours idéologiquement chargé de l'identité constitutionnelle européenne. S'inspirant surtout du modèle volontariste américain (création d'une identité nouvelle à partir d'une constitution écrite sans nation préexistante) mais aussi, dans une

²³ Sur la congruence entre unité politique et unité culturelle (*un État, une culture*) comme mode privilégié de construction de l'État-nation au 19^{ème} siècle, v. Ernest GELLNER, *Nations et nationalisme*, Payot, 1989.

²⁴ V. FERRY J.-M., *La question de l'État européen*, NRF Essais, Gallimard, 2000. Pour le philosophe, « il serait mortel pour l'Europe de faire table rase des identités qui la composent » (*ibid.* 80) ; « contrairement à ce que semble insinuer Jürgen Habermas dans sa critique adressée à la version kantienne de l'état cosmopolitique, la médiation des États nationaux, et de leur droit reconnu selon le principe d'égale liberté, est indispensable à la constitution d'un ordre cosmopolitique, lequel ne saurait s'appuyer simplement sur une constitutionnalisation universelle des droits fondamentaux individuels mais devrait résulter d'une reconnaissance également constitutionnelle des droits fondamentaux des peuples » (*ibid.* 91).

²⁵ Voir notamment à ce sujet GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997 ; BLANCHARD D., *op. cit.* ; WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge UP, 1999, p. 19.

²⁶ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, C-294/83, *Rec.* II-1339.

certaine mesure, du modèle allemand post-1945 en tant que celui-ci a établi son autorité sur un patriotisme constitutionnel de type postnational²⁷, il s'agissait en effet au tournant du siècle de créer non pas un ethnos homogène partageant une même langue, une même histoire, une même culture, une même religion, mais un demos européen²⁸ à partir d'une constitution écrite qui fixerait les procédures démocratiques, serait fondée sur la prééminence du droit et les droits subjectifs, et contribuerait à l'émergence d'un espace public de communication et de délibération transnational.

Or, on connaît le sort du « traité établissant une Constitution pour l'Europe ». En première analyse, son rejet semblerait laisser entendre que l'Union européenne ne peut pas plus établir son autorité sur une identité supranationale que sur une identité postnationale, et que le discours de l'identité constitutionnelle appliqué à l'Union européenne ne saurait désormais avoir cours. Si l'on comprend difficilement pourquoi l'échec d'une Constitution européenne écrite impliquerait nécessairement celui de l'identité constitutionnelle européenne et du processus de constitutionnalisation²⁹, on note cependant que le discours de l'identité constitutionnelle s'est curieusement déplacé de l'Union vers les États membres, ce déplacement semblant s'accompagner d'un glissement sémantique.

Au niveau national, l'usage qui est fait de la notion d'identité constitutionnelle est sensiblement différent puisqu'il apparaît principalement jurisprudentiel, contingent et pragmatique. Celle-ci a en effet été érigée par les États membres en limite juridique de l'intégration européenne trouvant sa justification principale dans les valeurs nationales inscrites au cœur de leurs constitutions afin de préserver leurs spécificités. La stratégie n'est pas nouvelle puisqu'elle renvoie aux bien connues *réserves de constitutionnalité*. Nouvelle et significative est en revanche la terminologie. Si la Cour constitutionnelle fédérale allemande a pu elle-même parler en ce sens de l'identité de la Constitution (*Identität der Verfassung*) dès 1971 dans son célèbre arrêt *Solange I*, le Conseil constitutionnel français, le Tribunal constitutionnel polonais puis la Cour constitutionnelle tchèque tinrent ce même langage dans une stratégie commune de défense d'un pré carré national face aux normes de l'Union. En

²⁷ Sur ces modèles, voir notamment ROSENFELD M., *The Identity of the Constitutional Subject*, op. cit., 152s.

²⁸ La distinction *ethnos/demos*, très en vogue lorsqu'il s'agit de penser le « peuple » européen, n'est en fin de compte que la réactualisation de la distinction entre identité ethnique et identité civique, entre la nation fondée sur les liens du sang et la nation fondée sur la volonté, autrement dit « le plébiscite de tous les jours » d'Ernest Renan.

²⁹ Ainsi un auteur pouvait-il s'écrier au lendemain de l'abandon du traité constitutionnel: « La Constitution européenne est morte, vive le constitutionnalisme européen » (BELLAMY R., « The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism », (2006) 13 *Constellations* 2, p. 181).

substance, le droit de l'Union européenne ne saurait prévaloir sur l'identité constitutionnelle des États membres.

Le recours à la notion d'identité constitutionnelle comme justification des limites imposées à l'intégration européenne peut laisser songeur à deux titres, tant parce que celle-ci semble tourner le dos au langage classique de la souveraineté de l'État-nation européen, que par ce qu'elle est encore souvent associée dans le langage courant à l'Union européenne elle-même. Or, n'est-il pas risqué que les États membres utilisent en quelque sorte les armes de l'Union contre cette dernière ?

Il est remarquable tout d'abord qu'un vocable tel que identité constitutionnelle, peu familier pour un juriste de droit français ou de droit polonais, ait été privilégié par des préteurs relevant d'ordres juridiques où la souveraineté conçue comme puissance suprême n'est pas un vain mot, soit parce qu'elle y trouve depuis des siècles sa théorie et sa pratique, soit parce qu'elle a été reconquise de haute lutte dans un passé récent. Les pragmatiques n'y verront que contingence et se refuseront par conséquent à extrapoler, jugeant sévèrement toute tentative de « jouer sur les mots » en interprétant cette évolution autrement que comme une simple variation terminologique en lien avec le traité sur l'Union européenne et avec la problématique du conflit de normes. Les sceptiques y verront pour leur part une évolution plus profonde, voire un changement de paradigme. Ils avanceront que la notion est intellectuellement connotée, que sa signification est prédéterminée par son usage européen et que, par suite, l'adoption de ce langage est en soi symptomatique des mutations idéologiques en cours. Comme le souligne Jean Baudrillard, le fait même que le discours de l'identité tende à remplacer celui de la souveraineté apparaît révélateur de mutations plus profondes, du passage d'une époque à une autre où le besoin de sécurité et l'aversion au risque l'emportent sur l'honneur et l'esprit d'audace. De fait, l'identité constitutionnelle sonne doux à l'oreille, elle apparaît moins menaçante que la souveraineté ou l'identité nationale, même si elle renvoie à l'identité concrète et située à l'intérieur des frontières – même poreuses – de l'entité « Nous, le peuple ».

Il est tout aussi remarquable ensuite que, en dépit de la différence d'usage et de registre, l'expression ayant cours pour l'Union européenne ait été reprise par des juges constitutionnels nationaux. L'Union a ainsi pu utiliser l'identité constitutionnelle comme une épée lui permettant de s'affirmer face aux États membres ou plutôt face aux souverainetés nationales et aux identités ethniques, tandis que les États membres s'en sont servis comme

d'un bouclier leur permettant de se défendre face à l'Union ou plutôt face à un droit commun d'application prioritaire et uniforme. Le concept ne trouverait donc son unité et sa cohérence qu'à travers son instrumentalisation par les protagonistes d'un même duel.

Loin de contribuer à l'idéal kantien de paix perpétuelle, l'identité constitutionnelle semblerait à première vue alimenter les tensions entre l'Union européenne et les États membres. Elle serait intrinsèquement porteuse de conflictualité. Pourtant, nous avançons l'hypothèse selon laquelle le concept d'identité constitutionnelle pourrait paradoxalement s'avérer synonyme d'apaisement, d'abord sur un plan politique, ensuite sur un plan juridique.

En premier lieu, l'identité constitutionnelle semble traduire sinon une métamorphose, du moins une remarquable inflexion de la définition de l'État en Europe. Nous sommes en effet d'avis – contre les pragmatiques – que la créature peut échapper à son créateur. L'usage constant et répété du concept pourrait ainsi avoir à moyen ou long terme des conséquences politiques, sociales et juridiques sur le statut de l'État européen en tant qu'État membre. Les juges qui ont opté pour le langage de l'identité constitutionnelle plutôt que pour celui de la souveraineté peuvent en effet être les acteurs inconscients d'un drame freudien voyant l'affaiblissement de la figure de l'État souverain au profit de l'émergence d'États constitutionnels en Europe. Pensant maîtriser à leur guise l'identité constitutionnelle, ils pourraient au contraire être en train de valider ex post des évolutions culturelles déjà acquises ou du moins déjà bien entamées, notamment à la faveur du développement de l'identité constitutionnelle européenne. A travers l'adoption d'une certaine terminologie, ils pourraient même accélérer ces évolutions à leur insu. En effet, comment le passage du discours de la souveraineté au discours de l'identité non seulement nationale mais aussi constitutionnelle pourrait-il être entièrement neutre? La culture juridique française, pour ne prendre que cet exemple, est encore imprégnée de légicentrisme, de « souverainisme » et d'esprit unitaire, voire centralisateur contre toute « dérive » [sic] pluraliste à l'intérieur. Le constitutionnalisme des droits subjectifs n'est finalement que d'extraction récente puisqu'il est né du « coup d'État juridique³⁰ » réalisé par le Conseil constitutionnel en 1971 dans sa décision Liberté d'association, et qu'il se trouvait encore il y a peu dans l'enfance en l'absence, jusqu'en 2008, de procédure ad hoc permettant au justiciable de contester même indirectement le respect par les lois en vigueur de ses droits constitutionnellement garantis. Evoquer l'identité

³⁰ Nous reprenons ici l'expression fort adaptée du professeur Stone Sweet (v. STONE SWEET A., « The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority » (2007) *German Law Journal* 10, p. 915 ; aussi, du même auteur, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », CCC n° 25, août 2009).

constitutionnelle de la France en lieu et place de sa souveraineté pourrait ainsi faire figure à terme de prophétie autoréalisatrice et favoriser le pluralisme dans ses différentes facettes au sein même de l'Hexagone.

En second lieu, l'identité constitutionnelle nationale pourrait paradoxalement contribuer à renforcer l'autorité de l'Union européenne en faisant dériver sa légitimité des constitutions nationales. Une étude focalisée sur l'identité des États membres est susceptible de porter finalement tout autant sur l'identité de l'Union que sur l'identité des États. En effet, seule une vue partielle et partiale des choses conduit à conclure que l'identité constitutionnelle de l'Union est nécessairement en opposition avec les identités constitutionnelles des États membres. Or, il est possible d'envisager la première à la lumière des secondes si l'on se départit de la conception volontariste, abstraite et universelle du patriotisme constitutionnel pour adopter une approche plus concrète et située en vertu de laquelle la légitimité de l'Union naît – aussi – des constitutions nationales dans la mesure où celles-ci épousent les valeurs fondamentales du constitutionnalisme libéral³¹. La constitutionnalisation de l'Union pourrait ainsi passer, dans une certaine mesure, par la prise en compte des constitutions des États. En effet, comme le suggère Joseph Weiler, celles-ci ne doivent pas nécessairement être vues comme des obstacles au renforcement de l'identité constitutionnelle de l'Union mais au contraire comme des adjuvants dans la mesure où elles participent largement du constitutionnalisme, n'étant en somme – pour reprendre une métaphore musicale – que des variations sur un même thème³². Ainsi apparaît-il que la notion d'identité constitutionnelle serait un facteur d'apaisement dans les relations entre les États membres et l'Union européenne. Il serait cependant erroné de croire que l'apport principal du discours de l'identité constitutionnelle réside dans ses effets positifs sur le statut de l'État membre ainsi que sur l'identité de l'Union elle-même.

³¹ Cette distinction recoupe selon nous celle séparant, dans la littérature anglo-saxonne, *thin constitutional patriotism* et *thick constitutional patriotism*, littéralement patriotisme constitutionnel fin ou épais, que nous préférons traduire par patriotisme constitutionnel abstrait ou concret. V. KUMM M., « To be a European Citizen : Constitutional Patriotism and the Treaty Establishing a Constitution for Europe », in ERIKSEN E.O. et al. (ed.), *The European Constitution : the Rubicon crossed*, Arena, 2005, p. 7, sp. 14 : « le patriotisme constitutionnel est une identité épaisse. Il ne se résume pas à un engagement abstrait en faveur des droits fondamentaux, de la démocratie et de l'État de droit. C'est une identité rattachant le récit du passé à l'engagement envers un ensemble concret d'arrangements constitutionnels servant de cadre à la réalisation politique des aspirations communes du futur ».

³² Défendant aussi l'idée de la congruence entre les Constitutions des États membres et les valeurs du constitutionnalisme libéral, v. ROSENFELD M., *op.cit.*, 205. Nous verrons plus loin que la nouvelle Loi fondamentale hongroise, pour ne citer qu'elle, pourrait à cet égard être une exception à la règle.

Le discours de l'identité constitutionnelle permet d'éclairer d'un jour nouveau la problématique éminemment juridique, sans cesse rebattue et apparemment insoluble, du conflit constitutionnel. L'histoire est suffisamment connue pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir ici en détail. L'Union européenne aspire légitimement, en tant qu'entité supranationale, à la primauté de l'ensemble de sa production normative sur l'ensemble du droit des États membres, y compris sur leurs constitutions. Dans le même temps, après avoir progressivement accepté – non sans mal – que les normes de l'Union puissent prévaloir sur les lois nationales même postérieures, les États membres – à l'exception peut-être des Pays-Bas – restent inflexibles sur la supériorité ultime de leurs constitutions, du moins de certaines de leurs normes, sur le droit de l'UE. Si les sphères du droit de l'Union et du droit national étaient bien séparées, ces prétentions contradictoires à la suprématie, ces volontés concurrentes d'avoir le dernier mot ne poseraient guère problème dans la mesure où les normes européennes et nationales ne seraient pas simultanément applicables à une même situation juridique. Or, l'expansion des compétences de l'Union a contribué à étendre le champ d'application de son droit d'une manière telle que, désormais, l'ancien ordre juridique communautaire et les ordres juridiques internes présentent de très nombreuses zones de recoupement. Dans ces circonstances, le conflit normatif n'est pas un cas d'école. Certes, on pourrait nous opposer, d'une part, que la convergence des droits en Europe tarit significativement les hypothèses de conflits et, d'autre part, que les juridictions des États membres finiront par se soumettre en acceptant la primauté inconditionnelle du droit de l'Union. Si la seconde objection relève du vœu pieux dans la mesure où le droit de l'UE semble buter durablement sur les constitutions des États, la première n'est non seulement pas vérifiée mais l'exigence de sécurité juridique interdit au juriste de se dérober : il lui incombe de se mettre à l'ouvrage et de s'efforcer de résoudre le conflit constitutionnel qui persiste entre le droit constitutionnel de l'Union et les constitutions nationales.

En première analyse, une telle mission semble relever de la gageure : le conflit serait insurmontable, beaucoup d'autres s'y sont essayés sans succès, tout a déjà été dit, on ne saurait réconcilier l'inconciliable... La litanie est bien connue et peu encourageante. Nous admettons que l'entreprise est délicate : d'un côté de l'échiquier, les cours constitutionnelles des États semblent se coaliser afin d'imposer leurs constitutions respectives comme ultime horizon ; de l'autre côté, le droit de l'Union arc-bouté sur sa vénérable jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* apparaît indifférent vis-à-vis de ces mêmes constitutions qui ne seraient que l'expression d'un « narcissisme des petites différences » de mauvais aloi

dans un contexte d'unification européenne. Cette indifférence ne s'estompe que lorsque ces constitutions apparaissent comme d'utiles moyens en vue d'une fin unique, à savoir l'effet utile du droit de l'Union, ainsi qu'en atteste par exemple la recommandation controversée du traité budgétaire européen d'insérer la désormais célèbre règle d'or dans les lois fondamentales des États³³.

Si de fait la méfiance prévaut en la matière entre l'Union et les États membres, une telle vision manichéenne occulte cependant l'imbrication qui existe déjà entre la constitution matérielle de l'Union – autrement dit les règles et principes se trouvant au sommet de la hiérarchie des normes de l'Union – et les constitutions des États. C'est cette imbrication que nous souhaiterions examiner dans cette étude de droit constitutionnel comparé et européen, sous l'angle de l'identité constitutionnelle. En particulier, nous nous attacherons à démontrer que l'identité constitutionnelle de l'État membre, loin de n'être qu'une norme de résistance, s'apparente à une norme de convergence entre ordres juridiques. En tant qu'elle est à la fois un concept du droit de l'Union et un concept du droit national, elle est susceptible de fournir une réponse – probablement imparfaite mais néanmoins bienvenue – au conflit constitutionnel.

Pour ce faire, nous sommes partis d'un constat. D'un côté, nous avons pu remarquer que l'identité constitutionnelle de l'État est d'abord née comme une notion de droit interne. Sans être toujours désignée sous ce nom qui compte dans le cadre de notre démarche, il apparaît qu'elle renvoie finalement à la même réalité dans de multiples ordres juridiques, à savoir les réserves de constitutionnalité destinées à garantir la préservation d'un noyau dur de normes, principes et valeurs constitutionnels contre un droit de l'Union qui viendrait à les méconnaître. À cet égard, l'identité constitutionnelle pourrait renvoyer à un triptyque : d'abord, la forme du régime et les règles institutionnelles et politiques spécifiques ; ensuite, les valeurs nationales, « expressions particulières de valeurs communes ou encore de valeurs véritablement propres à l'État en question³⁴ » ; enfin, les droits fondamentaux spécifiques aux États membres dans leur existence même ou dans leur interprétation. Dans le même temps, nous avons constaté d'un autre côté que le droit de l'Union n'était peut-être pas aussi indifférent vis-à-vis de l'identité constitutionnelle des États membres que les apparences immédiates semblaient l'indiquer. En effet, non seulement l'ancien droit communautaire

³³ V. l'article 3 § 2 du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union Economique et Monétaire, signé le 2 mars 2012, aux termes duquel « les règles énoncées au paragraphe 1 prennent effet dans le droit national des parties contractantes au plus tard un an après l'entrée en vigueur du présent traité, au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles, ou dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon ».

³⁴ DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits* n° 14, 1991, p. 87.

s'est-il montré de moins en moins étranger à l'impératif de flexibilité dérivant notamment de la différenciation nécessitée entre autres par l'élargissement de l'Union européenne, mais l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne (TUE) s'impose à notre attention. Aux termes de cette disposition apparaissant en bonne place dans la dernière version du traité issue de la réforme de Lisbonne :

« L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle 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 des États membres. »

Cette disposition faisant figure de « charte d'un véritable statut de l'État en droit communautaire³⁵ » apparaît singulièrement riche puisqu'elle inclut l'égalité entre États, le respect des différents avatars de l'identité nationale, l'autonomie locale et les fonctions essentielles de l'État. Elle présente donc un fort potentiel. S'il n'y est pas expressément question d'« identité constitutionnelle des États membres », il est remarquable que celle-ci soit aisément repérable dans le membre de phrase relatif à l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures constitutionnelles et politiques.

Dans ce contexte, si l'on admet le présupposé selon lequel la notion d'identité constitutionnelle nationale est appelée à être celle par laquelle tout peut arriver, l'article 4 § 2 TUE semble fournir la clé permettant de dénouer le conflit constitutionnel. À travers cette disposition notamment, il ressort que le droit de l'Union permet en son nom propre le respect de ces mêmes identités constitutionnelles nationales que les cours constitutionnelles des États membres mettent en avant. Le conflit constitutionnel serait donc par hypothèse miraculeusement caduc. Néanmoins, abstraction faite des difficultés théoriques qu'une telle « habilitation » pose en termes de rapports entre ordres juridiques, cela suppose que le droit de l'Union et les droits internes s'accordent tous sur les contours de l'identité constitutionnelle. Or, une telle entreprise est délicate. La notion est particulièrement vague et indéterminée, rebelle à toute définition rigide. Par suite, sans compter que les différents droits

³⁵ BLUMANN C., DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, Litec, 3^e éd., 2007, p. 73. Notons ici que nous nous efforcerons par la suite de ne parler de droit communautaire qu'en référence à l'ancien droit relevant du traité relatif à la Communauté européenne. Nous utiliserons cependant par extension le qualificatif « communautaire » pour faire référence à la jurisprudence ou à l'ordre juridique.

internes vont eux-mêmes fluctuer et qu'il n'y a probablement pas de position uniforme des droits des États européens en la matière, il n'y a pas nécessairement recoupement entre la notion d'identité constitutionnelle du point de vue du droit de l'Union et cette même notion du point de vue du droit interne. Il n'est absolument pas acquis a priori que derrière un même nom parfois employé également par la Cour de justice de l'UE se cache un même concept, c'est-à-dire l'idée d'un respect inconditionnel par l'Union des normes les plus fondamentales des ordres juridiques nationaux.

En fin de compte, la capacité réconciliatrice de la notion d'identité constitutionnelle sera une affaire de points de vue. Par hypothèse, la notion d'identité constitutionnelle ne sera opérante que si elle appréhendée sous un mode dialogique. Ni la CJUE, ni les juges nationaux ne peuvent en aucun cas s'arroger un monopole d'interprétation de cette notion. En aucun cas celle-ci ne peut-elle être une notion autonome du droit de l'Union ou du droit national. Il nous appartient donc de confronter ces points de vue afin de déterminer si une convergence totale est possible.

Afin de mener à bien un tel projet, il nous incombe d'en délimiter le champ tant celui-ci est potentiellement infini. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que notre étude porte essentiellement sur le conflit constitutionnel, autrement dit sur ce qui pose réellement problème dans les rapports entre les constitutions des États et la constitution matérielle de l'Union.

En premier lieu, l'identité constitutionnelle nationale n'est pas l'identité nationale tout court. Le langage de l'identité constitutionnelle est plus adapté à la problématique européenne, tant dans sa dimension politique que dans sa dimension juridique. D'abord, si la notion d'identité nationale apparaît elle-même dans les traités en ces termes, celle-ci comporte une charge émotionnelle, politique et polémique immense, étant la source de toutes les manipulations et de toutes les confusions. Or, l'Union, soucieuse d'établir sa légitimité ainsi que l'autonomie de son droit, tend à faire montre de prudence dans le choix de son vocabulaire³⁶. L'identité constitutionnelle des États membres est loin de n'être qu'un slogan politique. Elle n'est pas un vain mot car elle charrie un certain nombre d'idées comme nous

³⁶ Pour un aperçu de cette question, on peut se reporter au cycle de conférences organisé en 2007/2008 par le Centre d'études juridiques européennes et comparées de l'Université Paris 10 sur une « approche critique du vocabulaire juridique européen », publié dans différents numéros des Petites Affiches. On lira notamment BRUNET P., « Humpty Dumpty à Babel : les juges et le vocabulaire juridique européen », *LPA*, 15 août 2008, n°164, p. 7; DUBOS O., « L'empire de la Cour de justice sur le vocabulaire juridique européen : le combat de la chèvre contre le chou ou de l'art d'être mi-chèvre, mi-chou », *LPA*, 15 août 2008, n°164, p. 12.

l'avons évoqué. Le qualificatif constitutionnel apporte une nuance de taille en ce qu'il laisse entendre que le droit de l'Union ne respecte l'identité nationale telle qu'elle ressort des constitutions que si celle-ci est constitutionnelle, autrement dit compatible avec les valeurs du constitutionnalisme libéral. Or, nous verrons justement que le logiciel européen ne donne crédit qu'à ce type d'identité. Ensuite, ce langage est plus rigoureux dans la mesure où le problème fondamental réside aujourd'hui dans le traitement réservé par le droit de l'Union aux dispositions essentielles et spécifiques des constitutions nationales. L'accent n'est ainsi mis sur les identités nationales que pour autant que celles-ci ont une résonance constitutionnelle, que leur inscription dans la norme fondamentale des États membres pose problème. Aussi, nous n'avons aucunement l'ambition d'établir de manière exhaustive les différentes situations dans lesquelles le droit de l'Union se heurte aux éléments de la culture locale tels que les combats de coqs, les saunas finlandais ou la caractéristique bouteille de vin jaune. Ceci nous conduira aussi à exclure, d'une part, les intérêts stratégiques des États membres³⁷ et, d'autre part, la diversité linguistique et culturelle pour autant que celle-ci ne trouve pas sa source dans des dispositions constitutionnelles nationales. Enfin, il apparaît recommandable de retenir la même expression en droit interne et en droit de l'Union au vu de l'objectif qui lui est assigné. C'est dans la mesure où l'identité constitutionnelle fait florès en ces termes mêmes dans la jurisprudence des cours constitutionnelles des États membres que celle-ci apparaît de nature à résoudre le conflit normatif.

En second lieu, par identité constitutionnelle, nous nous référons exclusivement, d'une part, au propre et non au commun³⁸, d'autre part à l'essentiel et non à l'accessoire. Tout d'abord, il y aurait selon nous peu de sens à appréhender les identités constitutionnelles comme ce qui est en partage entre différents États dans la mesure où existe déjà en droit de l'Union la catégorie des traditions constitutionnelles communes. Un doublon semble à cet égard inopportun. La notion d'identité constitutionnelle est née dans le contexte du conflit de normes. Or, ce qui pose problème de ce point de vue est bien ce qui est spécifique à tel ou tel État membre. S'il y avait au contraire un consensus entre les États européens sur telle règle ou tel principe, elle sera très probablement intégrée au droit commun européen et ne créerait aucune difficulté. Par ailleurs, la notion même d'identité nous renvoie traditionnellement à ce qui est spécifique, surtout lorsqu'elle est utilisée dans le cadre plurinational européen en

³⁷ Il s'agit principalement de l'hypothèse *Campus Oil Limited* que l'on peut rattacher à la sécurité publique et, par extension, aux « fonctions essentielles de l'État » au sens de l'article 4 TUE.

³⁸ Pour une perspective opposée désignant par ce terme les traits de la catégorie générique « État membre », v. NABLI B., « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », in *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, p. 155.

conjonction avec l'idée d'identité collective. Ensuite, l'identité constitutionnelle de l'État lato sensu pourrait nous renvoyer à l'ensemble des dispositions, valeurs et principes écrits et non-écrits de nature constitutionnelle d'un État membre. *Stricto sensu*, elle peut être interprétée comme étant seulement constituée d'un noyau dur de principes et valeurs constitutionnels fondamentaux auxquels un État marquerait un attachement particulier, de nature identitaire. Dans le premier cas, notre étude se résumerait à l'examen des rapports entre constitutions nationales et droit de l'UE. Or, cette question a d'ores et déjà été abondamment traitée sous l'angle juridique³⁹. Par ailleurs, elle présente un intérêt limité en pratique. Nous partons en effet de l'hypothèse que le droit de l'Union n'est structurellement pas en mesure de tenir compte de la totalité des dispositions constitutionnelles de vingt-sept États membres. Son effectivité en dépend. En revanche, la prise en compte des valeurs constitutionnelles fondamentales par le droit de l'Union apparaît plus pertinente même si cela reste ambigu. Elle est plus pertinente car elle est potentiellement plus limitée dans son champ et, par suite, moins déstabilisante pour l'ordre juridique communautaire. Elle est en outre en phase avec les préoccupations exprimées par les États membres.

En troisième lieu, le chercheur de l'identité constitutionnelle chemine dans l'obscurité tant son objet est incertain, la dénomination de celui-ci étant encore extrêmement fluctuante. Il est donc contraint d'avancer à tâtons en gardant toujours présente à l'esprit la problématique du conflit de normes. Si l'on souhaite aboutir à des conclusions relativement fiables, on ne peut inclure l'examen de l'ensemble des spécificités ou des éléments destinés à garantir l'autonomie des États membres. En sens inverse, on ne saurait se contenter des cas – rares – dans lesquels il est fait expressément référence à l'identité de l'État membre. Dès lors, nous nous attacherons à examiner le traitement des spécificités nationales trouvant un fondement matériellement ou formellement constitutionnel⁴⁰. En ligne avec l'article 4 TUE et la jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft*, une attention particulière sera portée aux

³⁹ De nombreuses études approfondies à ce sujet ont déjà été entreprises. On se contentera de citer DE BERRANGER T., *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, LGDJ, 1995; MASLET J.-C., MAUS D. (dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, La Documentation française, 1993 ; ONDOUA A., *Etude des rapports entre le droit communautaire et la constitution en France: l'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, L'Harmattan, 2001; RIDEAU J. (dir.), *Les États membres de l'Union européenne. Adaptations, mutations, résistances*, LGDJ, 1997 ; ZILLER J., ALBI A. (ed.) *The European Constitution and National Constitutions. Ratification and Beyond*, Kluwer Law International, 2007. Notons que ces études, très centrées sur la jurisprudence, ont tendance à éluder les dimensions de philosophie politique (telles que la place des constitutions nationales dans le constitutionnalisme européen et les implications pour le fédéralisme) et de théorie juridique (rapports de systèmes, théories monistes et pluralistes).

⁴⁰ Nous entendons ici *spécificités* dans un sens plus large que *identité*, une spécificité n'étant pas nécessairement cruciale et distinctive.

droits fondamentaux et aux structures constitutionnelles, matières qui semblent cristalliser les difficultés relatives aux rapports entre le droit de l'Union et les constitutions nationales.

En dernier lieu, afin de déterminer si une convergence totale entre ordres juridiques est rendue possible par la notion d'identité constitutionnelle des États membres, c'est une étude des rapports de systèmes que nous devons mener. S'attachant principalement à déterminer dans quelle mesure la notion constitutionnelle de l'État membre peut être la charnière tant désirée permettant l'articulation apaisée entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux, elle n'a pas pour objet de s'assurer que l'identité constitutionnelle de l'ensemble des États membres est intrinsèquement compatible avec le droit de l'Union. Elle se contente d'adopter une approche macro conduisant à examiner dans quelle mesure l'identité constitutionnelle nationale telle qu'elle peut être mise en avant par les États membres est prise en compte par le droit de l'Union. Une telle approche ne requiert pas l'examen comparé de tous les États membres mais peut se contenter d'un certain nombre d'études de cas permettant d'illustrer le propos.

S'il apparaît ainsi, du point de vue des États membres, que l'identité constitutionnelle nationale fait figure de limite à l'intégration européenne (**Partie I**), elle pourrait paradoxalement, du point de vue de l'Union européenne, contribuer à l'approfondissement de celle-ci dans la mesure où elle est de nature à favoriser la convergence entre les ordres juridiques communautaire et nationaux en soulignant leur interdépendance horizontale (**Partie II**).

PREMIERE PARTIE

L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UNE NORME DE RÉSISTANCE

Depuis la création des Communautés européennes, le droit communautaire a généralement peine à s'imposer face aux normes nationales. Les juridictions des États membres ont en effet érigé de nombreux obstacles limitant l'effectivité de ce droit. S'agissant de la France, on se souvient que le juge administratif a longtemps été réticent à reconnaître la primauté du droit de l'Union sur les lois internes et à jouer pleinement le jeu de la question préjudicielle. De même, ce n'est qu'en 2009 que le Conseil d'État tira toutes les conséquences de l'effet direct des directives. Peu à peu cependant, on a pu assister à un phénomène de banalisation de la construction européenne se traduisant par l'acceptation croissante des effets de celle-ci en droit national. Les obstacles ont ainsi été progressivement levés, les juridictions internes méritant de plus en plus leur qualification de juges de droit commun du droit de l'Union européenne. Néanmoins, les constitutions nationales s'avèrent un rôle de résistance particulièrement solide dans les différents ordres juridiques. De nombreux juges constitutionnels ont ainsi défini des limites à la pénétration du droit communautaire en droit interne en émettant ce que l'on appelle souvent des réserves de constitutionnalité. On ne saurait en soi s'en étonner. En effet, l'ensemble des juges internes tirent à titre principal leur légitimité et leur autorité de ces constitutions qui sont autant des normes suprêmes que des ordres de valeurs. Dans ces circonstances, le conflit entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel des États membres apparaît donc particulièrement épineux et durable.

Les réserves de constitutionnalité ont pris différentes formes d'un État membre à l'autre. Nous citerons en vrac à ce stade la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, les droits fondamentaux, les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel, la souveraineté, les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ou encore les dispositions expresses contraires de la Constitution. Or, un nouvel avatar est récemment apparu à la fois en France, en Allemagne, en Pologne et en République

tchèque en la personne de « l'identité constitutionnelle » de l'État. Sans toutefois se référer expressément à cette notion, l'Espagne et la Lettonie se sont également appuyées en substance sur la clause de respect de l'identité nationale afin de valider les traités qui ont pu être soumis à leur examen. Si nous développerons à loisir les circonstances de l'apparition de cette notion en droit français et en droit allemand, nous nous bornerons à exposer brièvement ici les autres cas.

C'est à l'occasion de l'examen du traité de Lisbonne que le Tribunal constitutionnel polonais mentionna l'identité constitutionnelle nationale⁴¹. Dans son jugement, il a tenu un raisonnement fortement inspiré par l'approche allemande. Il s'est appuyé sur la souveraineté de la nation polonaise pour justifier la suprématie de la Constitution à travers l'existence de compétences étatiques inaliénables constituant l'identité constitutionnelle de l'État⁴². Cette dernière semble ainsi renvoyer en Pologne à la compétence de la compétence mais aussi à un noyau dur de compétences parmi lesquelles la haute juridiction inclut le pouvoir de décider des principes constitutionnels fondamentaux et des droits individuels, en particulier la protection de la dignité humaine, le principe étatique, la gouvernance démocratique, l'État de droit, la justice sociale, la subsidiarité⁴³. Après avoir énoncé ces principes en somme très généraux, le juge constitutionnel s'appuya à diverses reprises sur l'article 4 § 2 du traité UE ainsi que sur son préambule pour en déduire que la protection de l'identité nationale, comprenant également la tradition et la culture, était le fondement axiologique de l'Union européenne⁴⁴. Plus largement, il conclut de la confrontation entre le traité de Lisbonne et la Constitution polonaise une concordance des identités de la Pologne et de l'Union telles que déterminées par les valeurs exprimées dans leurs textes fondamentaux respectifs⁴⁵. Le juge polonais va même jusqu'à parler de « compatibilité axiologique totale » dans la mesure où les deux ordres juridiques insisteraient sur la liberté, la démocratie, les droits de l'homme, les droits sociaux, la justice sociale mais aussi sur la souveraineté des États membres compte tenu de l'article 4 TUE : « une interprétation des dispositions du traité qui viendrait à affaiblir la souveraineté de l'État ou à mettre en danger l'identité nationale ou bien à aliéner la souveraineté dans le champ des compétences qui n'ont pas été attribuées serait contraire au

⁴¹ Tribunal constitutionnel polonais, 24 novembre 2010, jugement n° K 32/09 (version en anglais disponible sur le site internet du tribunal).

⁴² *Ibid.* p. 22, point 2.1.

⁴³ *Ibid.* p. 23, point 2.1.

⁴⁴ *Ibid.* p. 23, point 2.1 *in fine*.

⁴⁵ *Ibid.* p. 26s., point 2.2.

traité de Lisbonne. Le traité confirme clairement l'importance de la protection de la souveraineté de l'État dans le processus d'intégration européenne⁴⁶ ».

Pour sa part, la Cour constitutionnelle tchèque a récemment mis en avant la notion d'identité constitutionnelle contre une décision de la CJUE⁴⁷, se heurtant ainsi frontalement au droit de l'Union⁴⁸. Dans une affaire de pensions s'inscrivant dans le contexte de la partition de la Tchécoslovaquie, la haute juridiction tchèque s'est refusée à modifier sa jurisprudence discriminatoire par laquelle elle réservait aux seuls citoyens tchèques résidant en République tchèque la possibilité de bénéficier d'un complément de prestations de vieillesse. Elle avança que « la CJUE aurait pu se familiariser avec les arguments qui respectaient la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et l'identité constitutionnelle de la République tchèque, que celle-ci tient d'une tradition constitutionnelle commune à la République slovaque, soit de plus de soixante dix ans d'État commun et de sa dissolution pacifique, i.e. d'une situation totalement idiosyncratique et résultant de l'histoire, qui n'a aucun équivalent en Europe⁴⁹ ». Selon elle, les juges de Luxembourg auraient donc outrepassé leurs compétences en interprétant le droit de l'Union de façon telle qu'ils permettaient aux travailleurs slovaques de percevoir le complément de prestations en question. C'est donc un usage particulièrement va-t-en-guerre de l'identité constitutionnelle nationale qui prévalut devant la Cour constitutionnelle tchèque.

De leur côté, les juridictions constitutionnelles espagnole et lettone ont également, sans faire expressément cas du respect de l'identité constitutionnelle nationale, rendu des décisions en s'appuyant sur l'article 4 § 2 TUE, dans sa version « Lisbonne » ou dans sa version « traité constitutionnel ». Tout d'abord, dans le cadre de l'examen de ce dernier, le Tribunal constitutionnel espagnol a retenu un raisonnement très similaire au Conseil constitutionnel français afin de valider le principe de primauté du droit de l'Union qui était expressément énoncé à l'article I-6 du défunt traité constitutionnel⁵⁰. S'appuyant par ailleurs sur la distinction entre primauté et suprématie, il lut le principe de primauté à la lumière de la

⁴⁶ *Ibid.* p. 29, point 2.2 *in fine*.

⁴⁷ CJUE, 22 juin 2011, *Landtova*, C-399/09, non encore publié au Recueil.

⁴⁸ Cour constitutionnelle tchèque, 31 janvier 2012, jugement ÚS 5/12 (version en anglais disponible sur le site internet de la Cour). V. TUSSEAU G., « Le constitutionnalisme européen aux prises avec la « désobéissance institutionnelle » des juges nationaux », *RFDA*, 2012, p. 528 ; KOMAREK J., « Playing with Matches : The Czech Constitutional Court's Ultravires Revolution », www.verfassungsblog.de. Notons que l'idée d'un noyau dur constitutionnel était déjà perceptible dans les deux décisions de la Cour relatives au traité de Lisbonne. V. LAULHE SHAELOU S., « « Nous les peuples ». L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise », in BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens, Pedone, 2011, p. 133, sp. 139s.

⁴⁹ *Ibid.* § 7.

⁵⁰ Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, DTC n° 1/2004. V. BURGORGUE-LARSEN L., « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) », *CCC* n° 18, 2005.

clause de respect de l'identité nationale contenue à l'article I-5 afin d'en déduire que celui-ci ne remettait pas en cause la suprématie de la Constitution espagnole au sommet de la hiérarchie des normes. Mieux, la méconnaissance de l'identité nationale reviendrait à méconnaître le traité constitutionnel lui-même. Ensuite, la Cour constitutionnelle lettone jugea que le traité de Lisbonne ne conduisait pas à créer un État européen⁵¹. Elle vit au contraire dans l'article 4 § 2 TUE l'expression univoque du respect de l'identité et de la souveraineté des États membres : « cette norme en particulier garantit que, dorénavant, les structures constitutionnelles fondamentales des États ainsi que leur valeurs, principes et droits fondamentaux ne peuvent être perdus du fait du renforcement d'une organisation supranationale. Les identités nationales des États membres auxquelles les traités font référence ont d'importants effets juridiques. L'exercice du pouvoir par l'Union n'apparaît pas comme la volonté d'un souverain unique, mais plutôt l'exercice en commun de la puissance publique par différents acteurs⁵². »

Dans ce contexte de juridictions coalisées, se pose la question de savoir si l'identité constitutionnelle est une réserve de constitutionnalité d'un type nouveau ou bien, plus simplement, de la formulation inédite d'une réserve déjà existante dans les ordres juridiques l'ayant invoquée. Sans préjuger de la réponse finale, il est marquant de constater que quatre cours constitutionnelles ont déjà érigé l'identité constitutionnelle en limite de l'intégration européenne alors même qu'elles auraient pu s'en tenir à leur vocabulaire traditionnel. Ceci pourrait laisser entendre que cette nouvelle terminologie souligne un changement sémantique, voire un changement de paradigme.

Nous défendons l'idée selon laquelle l'emploi de cette expression est largement instrumental et stratégique. Tout d'abord, l'identité constitutionnelle fait figure de notion-slogan suffisamment vague et indéterminée pour permettre au juge interne, chef d'état major de cette stratégie, d'y faire entrer tout ce qu'il souhaite de manière discrétionnaire. Par sa formulation énigmatique, elle apparaît en effet faire partie de ces concepts juridiques laissant une marge de manœuvre significative au juge. De même, le qualificatif constitutionnel qui l'accompagne lui confère non seulement un tour juridique mais présente l'avantage de renvoyer à ces mêmes constitutions nationales dont les cours constitutionnelles des États membres sont censées assurer la primauté et desquelles elles tirent même leur autorité, voire

⁵¹ Cour constitutionnelle lettone, 7 avril 2009, jugement n° 2008-35-01 (extrait en anglais disponible sur le site internet de la Cour)..

⁵² *Ibid.* point 16.3.

leur raison d'être face aux normes externes. Ensuite, en tant qu'elle est partagée par différents ordres juridiques, l'identité constitutionnelle apparaît en quelque sorte comme l'oriflamme d'un front commun de résistance face à « l'occupation⁵³ » européenne. Si les juridictions constitutionnelles française, polonaise, allemande et tchèque ne se sont pas encore mutuellement référées à leurs décisions respectives en la matière, elles semblent cependant guidées par une main invisible qui assure la coordination de leur stratégie non plus autour de l'antique maxime honneur et patrie mais de la problématique plus actuelle de l'identité. Enfin, l'identité constitutionnelle ressort, en des termes légèrement différents, de l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne qui dispose que « l'Union européenne respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Dès lors, de même que le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol avaient utilisé une disposition analogue du traité établissant une Constitution pour l'Europe afin de minimiser la portée du principe de primauté, il apparaît que les juges constitutionnels de France, d'Allemagne, de Pologne et de République tchèque se sont également déplacés sur le terrain de « l'ennemi » en pointant ses propres armes contre lui. Par suite, il y aurait une stratégie délibérée, coordonnée et potentiellement très efficace de la part des juges internes ayant pour objet d'entraver – ou du moins de maîtriser – la progression des normes européennes en droit interne.

Cette stratégie est avant tout fonctionnelle. Elle poursuit un objectif défensif de préservation du pré carré dont les contours vont être ceux de l'identité constitutionnelle. Cette dernière peut ainsi, à l'image de l'article 16 de la Constitution française, être comparée à la célèbre grosse Bertha. Elle est à première vue l'ultime recours, le feu atomique des rapports entre ordres juridiques. Cependant, son ancrage récent au frontispice du droit de l'Union pourrait lui donner un tour différent, plus coopératif et moins conflictuel. Paradoxalement, loin de cristalliser le conflit, cette nouvelle notion pourrait signifier un armistice. Or, une telle pacification des rapports entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux dépendra de l'usage fait de l'identité constitutionnelle par ses différents interprètes, singulièrement par les juridictions constitutionnelles selon que ces dernières se montreront promptes au dialogue et à la coopération ou bien choisiront une approche plus solitaire, voire

⁵³ Nous reprenons ici l'expression du professeur Azoulai pour lequel « le droit de l'Union est intégré aux droits nationaux en ce sens qu'il se comporte comme une autorité d'occupation sur un territoire étranger, en usant des procédures nationales et mobilisant les organes étatiques au service de l'incorporation directe de ses normes dans le for interne des États de l'Union » (AZOULAI L., « Intégration juridique et légitimité », in FONTAINE L. (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant, 2011, p. 311).

unilatérale. Il s'agira dès lors de déterminer dans un premier temps l'esprit qui anime cette stratégie dans certains ordres juridiques qui l'ont adoptée (**Titre 1**).

En tant que notion finaliste et en tant que signal principalement adressé aux institutions européennes mais parfois aussi aux autorités nationales, l'identité constitutionnelle semble a priori vouée à l'indétermination. En un sens, il apparaît que nous n'avons pas vocation à connaître sa consistance. Elle est tout simplement. Son existence précède son essence. Dès lors, on pourrait s'arrêter sur le seuil de l'identité et s'abstenir de la définir dans la mesure où cette entreprise ambitieuse serait finalement sans objet. De fait, peu se sont aventurés à ce jour à dégager les lignes de ce que pourrait être l'identité constitutionnelle de tel ou tel État membre. Cependant, l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridiques associée au souci heuristique propre à la recherche scientifique nous incitent à suggérer un contenu de l'identité constitutionnelle à partir d'une méthodologie qu'il nous appartiendra de construire (**Titre 2**).

TITRE 1 : UNE STRATÉGIE DE DÉFENSE VARIABLE

Selon les cas, la réserve de l'identité constitutionnelle peut témoigner aussi bien de l'instrumentalisation du droit de l'Union par les juridictions des États membres que de l'acclimatation du droit national. D'un côté, il est en effet possible d'y voir l'expression de la ruse des juges internes qui, sous couvert du traité sur l'Union européenne, cherchent à faire obstacle à l'application uniforme d'une norme européenne. D'un autre côté, on peut analyser notre objet sous l'angle de la coopération loyale en tant que ces mêmes juges limiteraient leurs réserves de constitutionnalité à la seule hypothèse prévue par le droit de l'Union lui-même. Il s'agirait donc en définitive d'un moyen permettant d'approfondir l'intégration. Si nous sommes tentés de voir dans l'identité constitutionnelle la traduction d'une attitude relativement coopérative de la part du juge constitutionnel français (**Chapitre 1**), il n'en est pas tout à fait de même s'agissant de la Cour constitutionnelle fédérale allemande même si on ne saurait occulter la volonté d'apaisement perceptible dans le dernier état de sa jurisprudence (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Une stratégie relativement coopérative en France

La France est le premier État membre à avoir expressément fait référence à l'identité constitutionnelle comme limite de l'intégration européenne. En effet, le Conseil constitutionnel posa en 2006 le principe selon lequel la transposition des directives constituait une obligation constitutionnelle sous réserve du respect par celles-ci des « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ».

Si l'on a pu lire de manière erronée que la notion dégagée par les juges de la rue de Montpensier se trouvait déjà dans le célèbre arrêt *Fragd* de la Cour constitutionnelle italienne,⁵⁴ elle semble en réalité trouver son origine dans le traité constitutionnel européen tel qu'il a été interprété par le Conseil constitutionnel.

Présentée souvent de manière négative par les experts du droit de l'Union qui ont pu ainsi parler du « venin de l'identité constitutionnelle⁵⁵ », le concept d'identité constitutionnelle n'est paradoxalement peut-être pas aussi venimeux qu'il n'y paraît dans la mesure où son champ d'action (**Section 1**) comme sa portée (**Section 2**) sont singulièrement limités en l'état actuel du droit positif.

⁵⁴ Cour constitutionnelle italienne, 13-29 avril 1989, *S.p.A. Fragd e Amministrazione delle Finanze dello Stato*, décision n° 232, 72 *RDI* [1989].

⁵⁵ SIMON D., « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, mars 2007, Etude n° 3.

SECTION 1 :

UNE NORME DE RÉFÉRENCE DE L'EXAMEN DU DROIT DÉRIVÉ DE L'UNION LIMITÉE AUX LOIS DE TRANSPOSITION

L'application uniforme et l'effet utile du droit de l'Union exigent que l'examen de légalité soit centralisé sous peine de morcellement. Théoriquement, aucun contrôle des actes de droit dérivé ne peut donc être exercé par les juridictions nationales, que ce soit directement ou incidemment, au regard du droit de l'Union ou du droit constitutionnel. C'est ce qui résulte du célèbre arrêt *Foto Frost*⁵⁶. Dans cette décision, les juges de Luxembourg ont refusé qu'une juridiction nationale puisse invalider une décision de la Commission sur le fondement de la violation d'un règlement communautaire. Considérant que « des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de sécurité juridique », ils se sont donc opposés à tout contrôle de la conformité de normes dérivées avec le droit communautaire. Le même raisonnement prévaut lorsque la *constitutionnalité* d'une norme de droit dérivé est en cause dans la mesure où le droit de l'Union – fort de sa primauté – ne prévoit aucun instrument permettant de remettre en cause un acte de droit dérivé face à une disposition constitutionnelle contraire – sous réserve peut-être de l'article 4 § 2 TUE⁵⁷. En consentant aux transferts de compétences impliqués par les traités, le constituant national aurait par avance admis, à côté de l'ordre juridique interne mais intégré à celui-ci lors de l'entrée en vigueur des traités, l'existence d'un ordre juridique communautaire répondant à ses règles propres, notamment sur le plan du contrôle juridictionnel, et dérogeant en tant que de besoin à la norme nationale, fût-elle de niveau constitutionnel. L'usage que les institutions communautaires font des compétences transférées doit donc échapper au contrôle du juge national, même constitutionnel. C'est ce que l'on peut entre autres déduire de l'arrêt *Simmenthal* aux termes duquel « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire⁵⁸ ». Il en résulte logiquement que les

⁵⁶ CJCE, 22 octobre 1987, *Firma Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, *Rec.* p. 4199.

⁵⁷ *V. infra* pp. 361s.

⁵⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 631 (souligné par nous).

juridictions nationales, y compris constitutionnelles, doivent s'abstenir de contrôler des actes de droit dérivé aux fins de faire prévaloir les dispositions de la Constitution.

Confronté à l'une ou l'autre de ces hypothèses, le juge national est donc dans l'obligation – communautaire – de suspendre sa compétence éventuelle. Dans le cas français, cette obligation n'est pas problématique en soi dans la mesure où ni le Conseil d'État ni le Conseil constitutionnel ne disposent d'un titre de compétence leur permettant de contrôler directement la validité d'une directive ou d'un règlement de l'Union⁵⁹. L'idée de créer une nouvelle compétence au profit du Conseil constitutionnel est plusieurs fois apparue⁶⁰, en particulier à l'initiative de Pierre Mazeaud en 1992. Sa proposition de loi constitutionnelle prévoyait en effet la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité préventif des projets d'actes de droit dérivé, à charge pour le Gouvernement d'intervenir dans la négociation de textes qui auraient été déclarés incompatibles par le Conseil constitutionnel ou de proposer les révisions constitutionnelles nécessaires⁶¹. Cependant, les inconvénients d'une telle procédure semblaient l'emporter sur les avantages⁶², la proposition n'aboutit pas.

⁵⁹ Le Conseil constitutionnel a jugé qu'une norme de droit dérivé ne constituait pas un « engagement international soumis à ratification ou à approbation » au sens de l'article 54 C (voir notamment la décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* (« Maastricht II »), *Rec.* 76). Voir également la décision n° 77-89 DC, 30 décembre 1977, *Loi de finances pour 1978*, *Rec.* 46.

⁶⁰ Proposition de loi constitutionnelle n° 328 déposée par M. Jacques Oudin le 2 juin 1993. Un amendement du même ordre a également été déposé par Mme Nicole Catala en juin 1992 à l'occasion du débat relatif à la révision constitutionnelle préalable à la ratification du traité de Maastricht. De même, en 1998, les députés RPR présentèrent un amendement permettant au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution de projets ou propositions d'actes communautaires. Notons, à cet égard, qu'une telle évolution permettrait aussi de contrôler les règlements communautaires, beaucoup plus nombreux que les directives.

⁶¹ Proposition de loi constitutionnelle n°194 : « si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre Assemblée ou par 60 députés ou sénateurs, a constaté qu'un projet ou une proposition d'acte des CE ou de l'UE comporte une disposition contraire à la Constitution, le Gouvernement ne peut l'approuver qu'après révision de la Constitution ».

⁶² Un contrôle de constitutionnalité préventif des projets d'actes de droit dérivé présente deux difficultés majeures. D'une part, un tel contrôle doit certes intervenir rapidement pour pouvoir peser dans la négociation mais le délai d'un mois dont dispose aujourd'hui le Conseil constitutionnel pour statuer semble trop court. Il l'est d'autant plus que de nombreux actes de droit dérivé risquent d'être soumis à l'examen du Conseil. Par suite, le fonctionnement effectif de ce contrôle supposerait de prolonger le délai. D'autre part, ce type d'examen pourrait conduire à des révisions constitutionnelles multiples et, ce faisant, porter atteinte à la stabilité de la Constitution au nom même de son respect. Or, il est permis de douter qu'une multiplication des « révisions-adjonctions » résultant d'actes de droit dérivé de l'Union de plus en plus nombreux et intrusifs dans le droit constitutionnel soit un gage de protection de la suprématie de la Constitution. Dès lors, il n'apparaît pas opportun d'instaurer un procédé de ce type. Il est préférable de renforcer le contrôle préventif exercé par le Conseil d'État dans ses fonctions consultatives, la compatibilité entre le droit interne et le droit de l'Union européenne pouvant être recherchée *ex ante* par celui-ci dans le cadre de la procédure de l'article 88-4 C ou lors de l'établissement d'études d'impact (v. circulaire du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition des directives communautaires et des décisions-cadres en droit interne, *JORF*, 2 octobre 2004).

Dans ce contexte, le conflit de normes entre le droit dérivé et la Constitution française semblait relever de l'hypothèse d'école, voire de la « pure spéculation⁶³ ». C'est de manière relativement inattendue que le problème s'est posé à travers le contrôle des normes internes de transposition des directives. En effet, qu'il s'agisse de lois ou de décrets, ces normes sont des normes nationales dont la validité est par conséquent susceptible d'être examinée par l'un ou l'autre juge du Palais-Royal. Dans cette hypothèse singulière, ces derniers peuvent alors avoir à connaître d'un moyen tiré de la contrariété immédiate de l'acte de transposition à la Constitution procédant elle-même de l'incompatibilité médiate de la directive avec la Constitution. Or, un tel contrôle incident s'apparente, en tout état de cause, à un contrôle de la norme européenne interdit par l'arrêt *Foto Frost*⁶⁴. Il en résulte qu'un contrôle incident d'un acte de droit dérivé par les juridictions nationales est tout autant irrecevable qu'un contrôle direct du point de vue du droit de l'Union.

Face à une telle situation, trois voies possibles se présentaient aux juges constitutionnels : la confrontation, la soumission ou la conciliation. Suivant le premier schéma, les juges pouvaient choisir de contrôler la constitutionnalité de l'ensemble des dispositions des lois de transposition et, en cas d'inconstitutionnalité, de faire obstacle à l'application du droit de l'Union avec toutes les conséquences juridiques et politiques que cela comporte. La suprématie de la Constitution serait certes préservée mais au prix d'une violation des engagements internationaux des États membres en général et du principe *pacta sunt servanda* en particulier. À l'inverse, si le Conseil constitutionnel mettait en sommeil son contrôle de constitutionnalité des lois de transposition et acceptait de faire prévaloir de manière générale le droit de l'Union européenne en tant que droit *sui generis*, la Constitution française perdrait à son tour son effectivité et, avec elle, l'ensemble de la hiérarchie des normes internes. Restait la voie médiane de la conciliation entre le développement d'un droit de l'intégration et le plus grand respect possible de l'ordre constitutionnel national. L'étude de la jurisprudence constitutionnelle française montre que le choix d'une telle voie moyenne et garante d'un certain équilibre entre exigences contradictoires a été préféré à la fois à la confrontation et à la soumission. Si, afin de ne pas faire obstacle à l'application correcte du droit dérivé de l'Union, le Conseil constitutionnel a décidé de ne plus exercer en principe de

⁶³ SCHOETTL J.-E., « Rapport général – Droit constitutionnel et droit communautaire dérivé : la question du conflit éventuel », CCC n° 4, 1998, p. 90.

⁶⁴ Pour cette raison, la CJUE a été amenée dans l'arrêt *Melki* à inviter le juge constitutionnel français à poser une question préjudicielle en appréciation de validité d'une directive à l'occasion de l'examen *a posteriori* de la constitutionnalité d'une loi se bornant à en transposer les dispositions impératives (points 54 à 56). Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à notre commentaire : MILLET F.-X., « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », RDP n° 6-2010, p. 1729.

contrôle des dispositions de lois dont la censure s'apparenterait, de fait, à une remise en cause de la constitutionnalité d'une norme européenne (I), il apparaît en effet que la haute juridiction a apporté des limites à son autolimitation en assortissant le principe de la suspension de sa compétence d'une exception tirée de l'identité constitutionnelle de la France (II)⁶⁵.

I. LA SUSPENSION DE PRINCIPE DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS DE TRANSPOSITION

Acquis en France depuis 2004 en vertu de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, le principe de la suspension de l'examen de la constitutionnalité des lois de transposition (A) s'oppose à l'invalidation des lois se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives (B).

A. Une jurisprudence bien assise fondée sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives

Depuis sa décision n° 2004-496 DC, confirmée plusieurs fois par la suite, le Conseil constitutionnel se refuse en principe à statuer sur la constitutionnalité des lois de transposition des directives (1) dans l'hypothèse spécifique où un tel contrôle s'apparenterait à un examen incident de celles-ci (2).

1) La décision fondatrice du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique

Initialement, la question du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition faisait figure d'hypothèse d'école. On considérait généralement que le problème ne se

⁶⁵ Sur l'ensemble de cette thématique, voir notre mémoire de Master : MILLET F.-X., *Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition. Etude de droit comparé France-Allemagne*, Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2011.

poserait pas dans la mesure où le droit dérivé de l'Union et le droit constitutionnel régissaient des situations bien distinctes et que, par suite, aucune confrontation ne devait survenir un jour. Or, compte tenu de l'importance croissante prise par le droit de l'Union européenne dans les années 1990 notamment, la possibilité d'un tel conflit s'est concrétisée dans l'esprit de la doctrine au vu de quelques décisions isolées sans qu'aucune réponse ne soit apportée.

Dans la décision n° 94-348 DC du 3 août 1994⁶⁶, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés, portant transposition des directives n° 92/49 et 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des Communautés européennes. Dans cette affaire, le Conseil a été conduit à déclarer inconstitutionnelle l'une des dispositions de cette loi comme étant contraire au principe d'égalité. Or, en exerçant un entier contrôle sur la constitutionnalité de la loi, sans rechercher si les dispositions contestées étaient la conséquence nécessaire des directives transposées, le Conseil constitutionnel aurait pu être amené à se prononcer indirectement sur la constitutionnalité du droit dérivé. Certes, en l'espèce, le problème ne s'est pas posé dans la mesure où aucun grief tiré de l'inconstitutionnalité des normes européennes n'avait été soulevé. Par ailleurs, le Conseil ne remettait pas en cause dans sa solution la primauté du droit communautaire puisque le contrôle effectué ne faisait pas obstacle à l'application des directives. Néanmoins, cette décision lança le débat doctrinal. Ainsi, à l'occasion d'un colloque portant sur le thème *Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel* ayant eu lieu en septembre 1997, l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel faisait remarquer que, « à partir du moment où le Conseil constitutionnel ne s'interdit pas (...) de contrôler la conformité à la Constitution de la loi de transposition d'une directive communautaire, il pourrait, par ce biais, être invité à se prononcer indirectement sur la constitutionnalité de la directive elle-même⁶⁷ », au mépris des règles résultant du principe de primauté.

Le Conseil se devait alors de préparer une solution lui permettant de faire face à une telle situation. La loi pour la confiance dans l'économie numérique lui donna l'occasion d'appliquer pour la première fois cette solution. Lors de l'examen de cette loi, il était notamment soutenu par les requérants que l'article 6 sur la responsabilité pénale des

⁶⁶ Décision n° 94-348 DC, 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés*, Rec. 117. Pour un autre exemple, voir aussi décision n° 96/383 DC, 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises de dimension communautaire*, Rec. 128.

⁶⁷ SCHOETTL J.-E., « Rapport français », CCC n° 4, 1998, p. 65.

hébergeurs⁶⁸ portait atteinte à la liberté de communication proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Or, la disposition législative litigieuse retranscrivait de manière littérale un article de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Jugeant par conséquent que l'article 6 « se bornait à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » de ladite directive, le Conseil constitutionnel considéra que les moyens invoqués ne pouvaient être utilement présentés devant lui⁶⁹ tout en précisant dans son dispositif que la disposition controversée n'était pas contraire à la Constitution. Au soutien de leur décision, les juges de la rue de Montpensier firent une interprétation audacieuse de l'article 88-1 afin de fournir un fondement constitutionnel à leur solution : ils en déduisirent une « exigence constitutionnelle » de transposition des directives à laquelle il ne peut être fait obstacle que dans certaines circonstances exposées plus loin⁷⁰. Par suite, ils refusent d'exercer leur contrôle sur les dispositions des lois de transposition qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des actes de droit dérivé de l'Union.

2) *Les décisions de confirmation ultérieures et les incertitudes relatives à la sanction*

Malgré quelques inflexions que nous examinerons plus avant, le Conseil constitutionnel a confirmé sa jurisprudence dans ses décisions ultérieures, tant dans le cadre du contrôle *a priori* que du contrôle *a posteriori* des lois (a). Un doute subsiste cependant quant à la sanction du contrôle (b).

⁶⁸ L'article 6 retranscrit, de manière littérale, l'article 14 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Il prévoit que les hébergeurs de sites informatiques en ligne ne sont pas considérés comme responsables des informations stockées sur Internet sauf s'ils ont connaissance du caractère illicite du message véhiculé ou s'ils n'agissent pas, une fois cette illicéité révélée, pour la supprimer.

⁶⁹ Considérant n° 9

⁷⁰ Considérant n° 7.

a) Les confirmations

Les juges de la rue de Montpensier ont immédiatement eu l'occasion de confirmer leur jurisprudence dans plusieurs décisions de l'été 2004. Ils ont notamment précisé leur position dans la décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004⁷¹. En l'espèce, ils ont réaffirmé leur incompétence de principe⁷² pour contrôler une partie d'un article⁷³ de la loi relative aux communications électroniques du fait qu'il se bornait à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive « accès » du paquet telecom⁷⁴. De même, le 29 juillet 2004, c'est sur la base de leur décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* qu'ils se refusèrent à examiner certaines dispositions de la loi bioéthique⁷⁵ ainsi que de la loi sur la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁷⁶.

Par la suite, cette jurisprudence a été constamment réaffirmée dans son principe même si ses modalités ont évolué⁷⁷. Ainsi, ne se confinant pas au contrôle *a priori*, elle a été étendue en 2010 à la question prioritaire de constitutionnalité⁷⁸ bien qu'il ait été jugé que les justiciables ne disposent, au sens de l'article 61-1 C⁷⁹, d'aucun « droit » constitutionnel à la

⁷¹ Décision n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. 107.

⁷² Sur cette « incompétence » d'apparence, v. *infra* p. 48.

⁷³ Il s'agissait de l'article 70 relatif à l'accès des services de télévision aux décodeurs. Le Conseil constitutionnel a scindé cette disposition en distinguant les services de télévision numérique et les services de télévision analogique.

⁷⁴ En revanche, ils ont limité le champ de leur incompétence en acceptant de connaître du bien-fondé des griefs adressés au reste de l'article qui ne se bornait pas à tirer les conséquences nécessaires de la directive en cause (v. *infra* pp. 49s.).

⁷⁵ Décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, Rec. 122.

⁷⁶ Décision n° 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, Rec. 126.

⁷⁷ Au 1^{er} mars 2012, nous dénombrons dix décisions réitérant l'apport de la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*. Outre celles précitées, v. décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. 88 ; décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. 120 ; décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. 313 ; décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec. 78 ; décision n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Rec. 406 ; décision n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, à publier au Recueil. Voir *infra* pour l'évolution des modalités (pp. 57s.).

⁷⁸ Décision n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Rec. 406.

⁷⁹ Aux termes de l'article 61-1 C, « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

correcte transposition des directives⁸⁰. Cependant, des incertitudes subsistent quant à la nature des décisions rendues par le Conseil.

b) Les incertitudes

Alors que la jurisprudence relative au contrôle des lois de transposition est dans l'ensemble bien établie, un doute demeure néanmoins relativement à la sanction juridictionnelle : sommes-nous formellement en présence d'un cas d'incompétence du Conseil constitutionnel ? Une certaine ambiguïté ressort des décisions des juges de la rue de Montpensier. Le plus souvent, après avoir énoncé dans les motifs que les griefs invoqués par les requérants ne peuvent être utilement présentés devant lui et qu'il ne lui appartient pas de se prononcer, le Conseil constitutionnel rend des décisions de conformité – ou de non-contrariété – des dispositions litigieuses avec la Constitution. Or, comme on le sait, le dispositif de ces décisions est revêtu de l'autorité de chose décidée⁸¹. La remise en cause ultérieure des articles législatifs ainsi validés n'en est donc que plus difficile et dépend notamment d'un éventuel changement de circonstances de fait ou de droit.

Dans ce contexte, il est problématique d'octroyer un tel brevet de constitutionnalité aux lois de transposition dans la mesure où celles-ci pourraient procéder à une mauvaise transposition des directives et seraient donc à la fois inconstitutionnelles (pour contrariété avec la directive) et inconstitutionnelles (pour méconnaissance de l'exigence *constitutionnelle* de – bonne – transposition). Le Conseil constitutionnel semble avoir pris acte de cette difficulté dans sa décision n° 2010-79 QPC relative à la conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis du mécanisme de la protection subsidiaire en droit des réfugiés⁸². Pour la première fois, il décida d'un *non-lieu à statuer* en lieu et place d'une décision de contrariété ou de conformité avec la Constitution. Une telle solution nous paraît tout à fait en ligne avec l'idée que le Conseil constitutionnel n'est pas techniquement incompétent pour statuer sur la loi de transposition mais se contente, pour les besoins de la

⁸⁰ Décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec. 78.

⁸¹ Qu'il nous soit permis de renvoyer à MILLET F.-X., « L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexions à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique », *RDP*, n°5-2008, p 1305.

⁸² Décision n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Rec. 406.

cause « communautaire », de suspendre l'exercice de sa compétence⁸³. Par ailleurs, eu égard aux effets attachés à la chose décidée, un non-lieu à statuer permet de parer à l'éventualité d'une invalidation ultérieure de la directive par la CJUE⁸⁴. Enfin, cette solution du non-lieu paraît conforme à l'esprit du contrôle de l'erreur manifeste de transposition⁸⁵, assorti de la possibilité d'une remise en cause de la loi de transposition au stade de son application par le juge ordinaire⁸⁶. Pourtant, il apparaît que le Conseil constitutionnel n'a encore pas adoptée une ligne claire en la matière : non seulement la décision évoquée reste isolée, mais le Conseil est étrangement revenu à son dispositif traditionnel dans sa décision ultérieure relative à la loi sur l'immigration, l'intégration et la nationalité⁸⁷. Or, le fait que cette dernière ait été rendue au titre du contrôle *a priori* ne semble pas pertinent dans la mesure où il ne fait guère de sens de distinguer en la matière selon le type de contrôle exercé⁸⁸. En dépit de cette incertitude persistante, il est en tout état de cause acquis que le Conseil constitutionnel ne contrôle pas la conformité de la loi de transposition d'une directive à la Constitution, du moins lorsque cette loi, pour reprendre l'expression du professeur Mathieu, « décalque⁸⁹ » l'acte de droit dérivé.

B. Une jurisprudence limitée aux lois « se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives »

La suspension de compétence du Conseil constitutionnel est strictement limitée aux articles des lois de transposition « se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives ». Le principe de primauté interdit en

⁸³ On ne comprend alors guère pourquoi le Conseil constitutionnel se déclare non « compétent » dans les motifs de sa décision.

⁸⁴ V. le commentaire de la décision aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* (Cahier n° 30, pp. 7-8 ; disponible en ligne sur www.conseil-constitutionnel.fr).

⁸⁵ V. *infra*. pp. 61-62.

⁸⁶ Notons que, étrangement, cette hypothèse n'est pas mentionnée dans la décision, laissant entendre que le contrôle de l'erreur manifeste pourrait ne pas valoir dans le cadre de la QPC. A ce sujet, v. LEVADE A., « Première QPC sur une disposition législative transposant une directive : non-lieu à statuer ou la poursuite du dialogue avec la Cour de justice », *Constitutions*, 2001, n°1, p. 54.

⁸⁷ Décision n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, à publier au Recueil.

⁸⁸ Comme le souligne de manière générale et à juste titre le commentaire de la décision *M. Kamel D.*, « un tel non-lieu traduit la spécificité du contentieux constitutionnel dirigé contre une disposition législative tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive » (*Cahier* n° 30, précité, p. 7).

⁸⁹ MATHIEU B., « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *D.* 2004, n° 25, p. 1739. L'auteur note du reste que la majorité des lois de transposition se contentent de « décalquer » les directives.

effet l'examen interne des lois de transposition, non de manière générale, mais dans la stricte mesure où l'effet utile du droit de l'Union européenne l'exige. En d'autres termes, un contrôle de constitutionnalité ne peut avoir lieu lorsque son exercice est susceptible de conduire à l'inapplication des actes de droit dérivé. Or, étant donné que les dispositions nationales de transposition ne présentent pas toutes le même degré de détermination au regard des normes européennes, il en ressort que l'examen de certaines d'entre elles peut être compatible avec les exigences inhérentes au droit de l'Union.

Conformément à ces dernières, le Conseil constitutionnel a accepté de limiter son contrôle de constitutionnalité des lois de transposition aux dispositions ne conduisant pas à examiner incidemment les actes de droit dérivé. Par suite, il n'hésite pas à connaître de la constitutionnalité des dispositions législatives qui ne sont pas la simple transcription du droit dérivé. L'immunité juridictionnelle des lois de transposition ne vaut donc qu'à la condition que ces dernières soient prédéterminées sur le plan substantiel par la norme à transposer, autrement dit qu'elles se « bornent à tirer les conséquences nécessaires⁹⁰ des dispositions inconditionnelles et précises de la directive⁹¹ ».

La directive présentant des dispositions inconditionnelles et précises fait en quelque sorte, pour reprendre l'heureuse expression employée par le professeur Verpeaux, « écran⁹² » entre la Constitution et la loi. Cette nouvelle théorie de la directive-écran présente d'importantes vertus pédagogiques à condition de réaliser un détour préalable par son inspiratrice : la théorie de l'écran législatif. Traditionnellement, le juge administratif français, « bouche de la loi » selon Montesquieu, se refusait à contrôler la constitutionnalité des lois, expression solennelle de la volonté générale⁹³. Dès lors, lorsque le juge avait à connaître d'un

⁹⁰ On notera que ce critère tiré du caractère nécessaire des mesures de transposition afin de mettre en œuvre les directives est également utilisé en Irlande (voir l'arrêt de la Cour suprême *Meagher c/ Minister for Agriculture* [1990] 1 IR 110, plus particulièrement Justices Blayney et Denham) et en Autriche (SCHOETTL J.-E., *op.cit.*, 90) pour justifier l'immunité contentieuse de ces mesures.

⁹¹ Si l'on comprend que la formulation retenue renvoie aux articles des directives ne laissant aucune marge de manœuvre au législateur national et pour lesquels le contrôle national sur les dispositions de transposition est irrecevable, on peut s'interroger sur la pertinence terminologique de l'emploi d'un critère tiré du caractère précis et inconditionnel de la directive pour circonscrire le champ de cette nouvelle jurisprudence. Forcée par la CJCE au soutien de la théorie de l'effet direct, cette notion n'a en effet guère d'incidence sur l'étendue de l'obligation de transposition qui pèse sur chaque État membre. En fait, la fonction première de la qualité d'effet direct est de permettre à certaines directives non transposées d'être invoquées par leurs ayants droit contre l'État. Si l'effet direct a donc bien des conséquences en cas de non transposition, il est inopérant au stade même de la transposition. Dès lors, il eut été préférable de choisir une autre formulation, en s'inspirant éventuellement du droit allemand. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a en effet utilement précisé que le fait qu'une directive soit d'effet direct n'était pas décisif. Seule la circonstance qu'il s'agisse de dispositions impératives de directives est déterminante (BVerfGE 118, 273, 297).

⁹² VERPEAUX M., « Révolution, constat et verrou », *AJDA* 2004, p. 1497.

⁹³ CE Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Rec.* p. 966.

règlement pris sur le fondement d'une loi rédigée avec précision, il ne pouvait soulever l'inconstitutionnalité du premier au risque de remettre en cause la seconde. Par conséquent, un règlement inconstitutionnel ne pouvait être annulé par le juge, la loi faisant écran entre l'acte administratif et la Constitution. Toutefois, ce dernier a considéré que l'écran pouvait devenir transparent⁹⁴ : lorsque la loi ne détermine pas étroitement le contenu du règlement mais lui laisse une certaine marge d'appréciation dans les règles qu'il édicte, le juge administratif accepte de contrôler, et le cas échéant d'annuler, l'acte administratif pour inconstitutionnalité. La théorie de la directive-écran est l'exact pendant de l'écran législatif⁹⁵ : le Conseil constitutionnel ne peut contrôler la constitutionnalité d'une loi dont les dispositions sont matériellement déterminées par une directive ; ce contrôle renaît lorsque la directive laisse une marge de manœuvre au législateur de transposition. Par suite, les juges de la rue de Montpensier retrouvent leur pleine et entière compétence lorsque le législateur dispose d'une marge de manœuvre dans l'opération de transposition (1) et, *a fortiori*, lorsqu'il a inclus dans le corps de la loi des dispositions étrangères à la directive (2).

1) La persistance d'un contrôle de l'incompétence négative du législateur en cas de marge de transposition

Le contrôle de l'incompétence négative a pour objet de vérifier si le législateur a pleinement utilisé les compétences que lui assigne la Constitution, tant sur le plan de la constitutionnalité externe (a) que sur celui de la constitutionnalité interne (b).

a) Motifs d'inconstitutionnalité externe : les articles 34 et 37 de la Constitution

Dans le cadre de leur contrôle, les juridictions constitutionnelles vont pouvoir vérifier si la transposition a été effectuée dans les formes et procédures prévues par les textes

⁹⁴ CE, 17 mai 1991, *Quintin*, RDP 1991, p. 1429.

⁹⁵ Notons cependant qu'il existe une différence majeure entre les deux théories. Alors que l'écran législatif avait pour justification profonde le légicentrisme pré-1958 et, avec lui, toute la légitimité démocratique attachée à la loi, la théorie de la directive-écran est quant à elle fondée sur l'effet utile du droit communautaire en tant que droit commun aux États membres.

constitutionnels. Le Conseil constitutionnel va ainsi s'intéresser notamment à la voie choisie pour la transposition. En effet, les transpositions peuvent aussi bien avoir lieu par voie législative que réglementaire selon que la matière concernée relève du domaine de la loi (article 34 C) ou de celui du règlement (article 37 C). Le Conseil constitutionnel doit donc en principe veiller, si une transposition doit emprunter la voie législative, à ce que le Parlement ne reste pas en deçà de la compétence que lui confère la Constitution et, par exemple, ne renvoie pas indûment à des décrets le soin de préciser des éléments qu'il n'appartient qu'au législateur de traiter. Ce point, initialement non acquis, a été récemment tranché.

Dans un premier temps, il n'était pas certain que le Conseil constitutionnel accepte de sanctionner la loi de transposition pour méconnaissance des articles 34 et 37 C. En effet, si les actes de droit dérivé sont organisés autour du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, ils sont aussi – et surtout – soumis au respect du principe de l'application uniforme dans les délais prévus à cet effet. Or, une censure intempestive de l'incompétence négative pourrait conduire à l'inapplication de la directive et, par suite, à l'engagement de la responsabilité de l'État. En dépit de ce risque, la doctrine avait toutefois pu déplorer, à la suite de la décision n°2004-496 DC, qu'un tel contrôle de la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et réglementaire ne semble pas devoir être effectué sur les articles de lois découlant nécessairement de dispositions inconditionnelles et précises des directives⁹⁶.

En 2007, prenant acte de cette critique, le Conseil d'État devait – le premier – décider dans son arrêt *Arcelor* que « le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté » par les nouvelles modalités d'examen des décrets de transposition. Un an plus tard, dans sa décision relative à la loi sur les organismes génétiquement modifiés, ce fut au tour du Conseil constitutionnel de subordonner l'obligation de transposition au respect des articles 34 et 37 C⁹⁷. Dans cette affaire, le législateur avait créé une clause de confidentialité au bénéfice des exploitants d'OGM afin que ne soit pas affectée leur position concurrentielle. Cependant, certaines informations ne pouvaient pas rester confidentielles. Sur ce point, la loi s'était bornée à renvoyer de manière générale à un décret en Conseil d'État le soin de fixer la liste de ces informations. Or, pour les juges de la rue de Montpensier,

⁹⁶ « Que le juge constitutionnel décide de s'en remettre à la CJCE pour les moyens touchant aux droits fondamentaux est une chose qui s'inscrit bien dans la logique des prémisses de la solution (...) mais qu'il renonce aussi à veiller au respect, par le législateur, de sa propre compétence en est une autre. L'obligation de transposition qui pèse sur chaque État le laisse en effet libre d'en choisir les modalités conformément à ses règles constitutionnelles propres » (ARRIGHI DE CASANOVA J., « La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *AJDA* 2004, p. 1536).

⁹⁷ Décision n°2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *Rec.* 313.

« il ressort de la Constitution et notamment de son article 88-4 que [l'exigence constitutionnelle de transposition] n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution⁹⁸. »

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel décida donc de censurer – avec des aménagements – le renvoi au pouvoir réglementaire⁹⁹. On peut lire dans le commentaire des Cahiers du Conseil constitutionnel qu'« il n'y a pas, en cette matière, de théorie de la compétence liée de l'État qui primerait sur les règles de compétence fixées dans la Constitution¹⁰⁰. »

b) Motifs d'inconstitutionnalité interne

S'agissant des articles de lois se contentant de tirer les conséquences résultant nécessairement des dispositions européennes inconditionnelles et précises, le Conseil constitutionnel a accepté de ne pas exercer de contrôle de constitutionnalité après avoir reconnu qu'il n'appartenait désormais en principe qu'au juge communautaire de contrôler le respect des droits fondamentaux par la directive. En présence d'un ersatz de contrôle, sinon de constitutionnalité du moins des droits fondamentaux, on pouvait comprendre l'abstention des juridictions constitutionnelles. Il en est autrement lorsque le législateur national ne s'est pas contenté de recopier l'acte en cause. Dans ces circonstances en effet, l'immunité juridictionnelle s'apparenterait à une impunité puisque les dispositions législatives témoignant de l'usage de la marge de manœuvre octroyée par l'acte dérivé échapperaient à tout contrôle¹⁰¹. Logiquement, le Conseil constitutionnel a donc accepté de connaître de certaines dispositions des lois de transposition.

⁹⁸ Considérant 53. Il est étrange selon nous que le Conseil constitutionnel s'appuie davantage sur l'article 88-4 C que sur les articles 34 et 37 C au soutien de sa décision.

⁹⁹ Dans un litige également relatif aux OGM où était en cause le droit à l'information du public, le Conseil d'État a aussi appliqué sa décision *Arcelor* en sanctionnant - avec effet différé - l'empiètement du pouvoir réglementaire dans le domaine législatif (CE, 3^e et 8^e s/s, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, n°305314 et 305315).

¹⁰⁰ Commentaire de la décision n° 2008/564 DC, CCC n° 25, p. 15.

¹⁰¹ De fait, il était envisageable qu'aucun contrôle du respect des droits fondamentaux par la loi de transposition ne soit opéré : d'une part, la CJCE se refuse de porter une appréciation directe sur le droit interne ; d'autre part, les juridictions constitutionnelles nationales pouvaient considérer qu'une loi de transposition était par hypothèse respectueuse des droits fondamentaux en raison de sa qualité même d'acte de transposition d'une norme

Si une telle conclusion résulte déjà d'une interprétation *a contrario* de la décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel en décida ainsi de manière univoque dans sa décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004¹⁰². En l'espèce, la directive « accès » aux réseaux de communications électroniques ne faisait référence qu'aux services de télévision numérique et laissait en revanche une marge de manœuvre aux autorités réglementaires nationales en matière d'accès aux services de télévision analogique. Dès lors, le Conseil constitutionnel accepta de contrôler partiellement une disposition de la loi de transposition qui ouvrait le droit d'accès aux décodeurs non seulement aux éditeurs de services de télévision numérique mais aussi aux éditeurs de services de télévision analogique. Ainsi, lorsque la directive laisse une marge d'appréciation au législateur en se contentant de fixer un cadre général pour la transposition, un contrôle est exercé.

2) *La persistance d'un contrôle des dispositions étrangères à la directive*

Il arrive également que des dispositions de la loi de transposition ne présentent rigoureusement aucun lien avec l'acte transposé. Très logiquement, qui peut le plus pouvant le moins, ces normes peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Ainsi, dans la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006¹⁰³, alors que la loi sur l'énergie pouvait s'analyser comme une loi de transposition des directives communautaires du 26 juin 2003 relatives à l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité, le Conseil constitutionnel accepta de contrôler la constitutionnalité d'une disposition sans lien avec la transposition, à savoir l'article 39 relatif au transfert de GDF au secteur privé.

Dans ce contexte, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux lois de transposition n'est pas sans conséquence sur la conception traditionnelle de la hiérarchie des normes. En effet, la Constitution autorise la production de lois de transposition, normes par hypothèse inférieures à la Constitution. Ces normes peuvent cependant déroger à certaines dispositions de la Constitution et leur être donc supérieures *de facto*. Il s'agit des dispositions

européenne légale. Par suite, une telle loi ou du moins certaines de ses dispositions pouvaient échapper à tout contrôle. Prenant acte de ce risque, les juridictions internes ont donc logiquement accepté de contrôler la transposition adéquate de la loi au regard des exigences constitutionnelles.

¹⁰² Décision n° 2004/497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. 107.

¹⁰³ Décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. 120.

pour lesquelles le droit de l'Union exige l'absence de contrôle national et qui, par suite, ne bénéficient pas en théorie de la garantie de l'annulabilité sans laquelle la Constitution n'est qu'un programme politique¹⁰⁴. La Constitution serait donc une norme à éclipse : tantôt contraignante en présence d'un contrôle de constitutionnalité, tantôt vœu sans force obligatoire en l'absence de celui-ci. Or, dans la mesure où « le Conseil se prive d'une part importante du contrôle de constitutionnalité des lois car nombre de celles-ci ne sont que la transposition [pure et simple] des directives¹⁰⁵ », les constitutions nationales peuvent sembler inéluctablement amenées, du fait de l'importance croissante d'un droit supranational *sui generis*, à s'affaiblir en raison de la perte progressive de leur normativité, entraînant dans leur chute l'ensemble des édifices normatifs internes.

Pourtant, un tel constat apparaît erroné. En effet, si le Conseil constitutionnel a effectivement accepté de ne pas contrôler incidemment les directives à travers les lois de transposition, il a – comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande – assorti ce principe d'exceptions : dans certaines circonstances ultimes, les juridictions constitutionnelles semblent plus soucieuses d'assurer leur mission de gardien de la Constitution au risque de faire obstacle à l'application du droit de l'Union européenne. Dans ces circonstances, les juges se réservent ainsi le droit souverain d'examiner la constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'UE à travers les lois de transposition et, en dernier ressort, d'en déclarer l'inconstitutionnalité, faisant ainsi obstacle au déploiement de l'intégralité des effets de l'acte en cause. Ce faisant, on s'aperçoit que les juges constitutionnels ne sont pas formellement « incompetents » pour contrôler la constitutionnalité des lois de transposition dans leur ensemble. Leur compétence est seulement suspendue en général mais elle peut parfois être réactivée, laissant ainsi entendre que la garantie de l'annulabilité des lois de transposition inconstitutionnelles n'a pas disparu et que les constitutions nationales demeurent en réalité normatives.

¹⁰⁴ Pour Hans Kelsen, « une Constitution à laquelle la garantie de l'annulabilité des actes inconstitutionnels fait défaut n'est pas pleinement obligatoire au sens technique (...). Une Constitution dans laquelle les actes inconstitutionnels et en particulier les lois inconstitutionnelles restent aussi valables (...) équivaut à peu près du point de vue proprement juridique, à un vœu sans force obligatoire » (KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 250.

¹⁰⁵ VERPEAUX M., *op.cit.*, 1497.

II. LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE COMME CONDITION SUSPENSIVE DE LA SUSPENSION DU CONTROLE

Le droit constitutionnel est, selon une partie de la doctrine, eurosceptique¹⁰⁶. Il n'accepte pas toutes les conséquences résultant du principe de primauté du droit de l'Union, notamment lorsque ce dernier entre en contradiction avec les dispositions jugées les plus fondamentales des constitutions internes. Cette « résistance » est compréhensible et en partie fondée juridiquement : à titre principal, les juges nationaux ont été créés et tirent leur compétence de la constitution. Aujourd'hui, ils ressentent avec acuité les difficultés inhérentes à leur double mission : gardiens de la constitution mais aussi juges d'application du droit de l'Union. Or, si cette dualité n'était guère problématique lorsque droit de l'Union et droit constitutionnel relevaient de sphères bien séparées, pouvant alors s'ignorer l'un l'autre, il n'en a plus été de même quand les juges se sont aperçus que la confrontation entre ces deux ordres juridiques était possible. Dès lors, dans le contexte de litiges impliquant le droit communautaire de plus en plus nombreux, les juges ont mis en sommeil leur contrôle de constitutionnalité des lois de transposition sans toutefois l'abandonner. Ainsi, guidée par la nécessité de respecter les exigences des ordres juridiques internes, l'autocensure a ses limites. Les juridictions constitutionnelles n'ont pas totalement renoncé à leur rôle de gardien vigilant de la constitution, y compris face au droit de l'Union européenne. Elles ont accepté la possibilité du conflit avec le système juridique de l'Union en maintenant, certes dans des circonstances exceptionnelles, un contrôle de constitutionnalité y compris sur les lois de transposition fidèle d'actes de droit dérivé. Loin de consacrer une obligation absolue de transposition des directives, le Conseil constitutionnel a, dès 2004, assorti celle-ci d'une condition suspensive plus ou moins étroite (A), elle-même surmontable (B).

¹⁰⁶ HABERMAS J., *L'intégration républicaine*, p. 152 cité par FAVOREU L., « L'euroscepticisme du droit constitutionnel », in GAUDIN H. (dir.), *Droit constitutionnel-droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Coll. Droit public positif, Economica, PUAM, 2001, p. 379.

A. Des dispositions expresses contraires aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France

Initialement, le juge français justifiait son contrôle en présence de « dispositions expresses contraires de la Constitution » (1). Compte tenu du caractère flou de la notion lui a été préféré deux ans plus tard le concept plus large – et donc non dénué d'ambiguïté à son tour – d'« identité constitutionnelle de la France » (2) qui vient consacrer l'idée d'une hiérarchie des normes à valeur constitutionnelle : les règles de la Constitution ne seraient pas aussi fondamentales les unes que les autres (3).

1) Les dispositions expresses et spécifiques contraires de la Constitution

Dans la décision n° 2004-496 DC, se fondant sur l'article 88-1 C, le Conseil constitutionnel affirmait que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution¹⁰⁷. » Par suite, il se réserve le droit de contrôler la constitutionnalité d'une loi de transposition dans l'hypothèse où celle-ci viendrait violer de telles dispositions.

La notion de « disposition expresse contraire de la Constitution » était fort ambiguë et il était difficile de savoir ce qu'elle recouvrait précisément. D'après le commentaire officiel du Conseil constitutionnel, il s'agissait « non d'une construction jurisprudentielle mais d'un énoncé constitutionnel explicite ancré dans le « bloc de constitutionnalité », telle la définition du corps politique donnée par l'article 3 C ou encore telle la formule figurant à l'article 6 de la Déclaration concernant les critères d'accès aux emplois publics¹⁰⁸ ». Si l'on peut comprendre le critère de l'ancrage dans la Constitution, la restriction aux seuls énoncés exprès à l'exclusion des interprétations données par le Conseil constitutionnel pouvait légitimement laisser perplexe dans le contexte des lois de transposition. En effet, si l'on s'interroge sur la raison d'être des « dispositions expresses contraires de la Constitution », il apparaît que le

¹⁰⁷ Considérant n° 7.

¹⁰⁸ Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, CCC n°17, p. 6 (disponible à www.conseil-constitutionnel.fr).

Conseil constitutionnel souhaitait avant tout opposer au droit de l'Union européenne certains principes fondamentaux constitutifs et caractéristiques de l'ordre juridique français, que ceux-ci soient ou non explicites.

Même si, dans un premier temps, les juges de la rue de Montpensier n'ont pas reformulé l'exception tirée des dispositions « expresses » contraires, ils ont en revanche rapidement confirmé l'idée selon laquelle ces dispositions devaient être également *propres* à la Constitution de la Vème République. Ainsi, dans sa décision *Bioéthique* du 29 juillet 2004 sur la brevetabilité du vivant¹⁰⁹, le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité examiner le moyen tiré de la méconnaissance, par la loi transposant la directive portant sur la protection juridique des inventions biotechnologiques, de l'article 11 DDHC relatif à la liberté d'expression. Selon la haute juridiction, cette liberté était en effet protégée en tant que principe général du droit communautaire¹¹⁰. En d'autres termes, elle n'était pas spécifique à l'ordre constitutionnel français¹¹¹.

Dès lors, il apparaît que le critère tiré du caractère explicite ou non de la disposition constitutionnelle en cause n'était guère pertinent dès le départ. Il était donc préférable de faire évoluer la jurisprudence dans le sens d'une limitation du contrôle de constitutionnalité aux dispositions spécifiques de la Constitution, c'est-à-dire aux dispositions n'entrant pas dans le champ des traditions constitutionnelles communes aux États membres déjà protégées en droit de l'Union¹¹². Le juge constitutionnel semble avoir pris conscience du caractère souhaitable d'une telle évolution en dégagant la notion d'identité constitutionnelle de la France.

2) *La décision Droit d'auteur du 27 juillet 2006 et l'apparition de la notion d'identité constitutionnelle de la France*

La jurisprudence constitutionnelle relative aux lois de transposition a connu une inflexion dans la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 : non seulement celle-ci a-t-elle

¹⁰⁹ Décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, Rec. 122.

¹¹⁰ Considérant n° 6.

¹¹¹ On peut ainsi lire dans le commentaire de la décision que « les seules normes constitutionnelles opposables à la transposition d'une directive communautaire sont les dispositions expresses contraires de la Constitution française et propres à cette dernière » (CCC n° 17, p. 5, disponible à l'adresse www.conseil-constitutionnel.fr).

¹¹² Cette évolution était d'autant plus souhaitable que le Conseil d'État n'hésite pas pour sa part à se référer à des normes non écrites dans l'exercice de son contrôle (voir *infra* pp. 74s.).

remplacé, d'après Denys Simon, « une formule ambiguë par une formule obscure¹¹³ » (a), mais elle a aussi prévu deux hypothèses spécifiques de contrôle de constitutionnalité, une troisième étant apparue ultérieurement (b).

a) Une nouvelle formulation de la réserve de constitutionnalité

Depuis la décision n° 2006-540 DC, le Conseil constitutionnel considère désormais que

« la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti¹¹⁴. »

Aux dispositions expresses contraires de la Constitution succèdent donc les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

En première analyse, cette nouvelle formulation ne paraît guère meilleure que la précédente. Elle semble tout d'abord singulièrement large et par suite contraire au principe de sécurité juridique. De fait, le renvoi aux règles et principes (en lieu et place des « dispositions expresses ») associé à l'idée de spécificités nationales que ceux-ci refléteraient élargit singulièrement le champ de la réserve de constitutionnalité, laissant ainsi une grande marge de manœuvre au Conseil constitutionnel. Ensuite, elle fait appel à un étrange concept, jusqu'alors inconnu du droit français, mêlant la psychologie et le droit. Ceci peut apparaître d'autant plus surprenant que le droit constitutionnel interne est familier du concept traditionnel de souveraineté, notamment lorsqu'il s'agit des rapports entre ordres juridiques. L'identité constitutionnelle semblerait donc ne présenter qu'une plus-value limitée. Dans ce contexte, il est légitime de s'interroger sur les raisons qui ont conduit à l'énonciation de cette notion.

Alors que la notion d'identité constitutionnelle a été à tort rattachée à la jurisprudence constitutionnelle italienne, elle fut en réalité promue par le président du Conseil

¹¹³ SIMON D., « L'obscurité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, Octobre 2006, p. 2.

¹¹⁴ Considérant n° 19.

constitutionnel de l'époque dans le contexte de la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe. En effet, contrairement à ce que l'on a pu lire dans le commentaire « officiel » de la décision n° 2008-564 DC sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés¹¹⁵, la formulation utilisée par la Cour constitutionnelle italienne dans sa sentence n° 232 du 13 avril 1989 (*Société Fragd*) est sensiblement différente puisqu'elle mentionne au titre de sa réserve de constitutionnalité « les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel et les droits inaliénables de la personne humaine¹¹⁶ ». En revanche, l'expression « identité constitutionnelle » est, à notre connaissance, entrée dans l'espace public en 2005 lors des vœux du Président Mazeaud au Président de la République. Celui-ci insista à cette occasion sur le fait que

« le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre, (...) tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle au double sens du terme « inhérent » : crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République¹¹⁷. »

Sans le dire, le Président du Conseil constitutionnel pensait très probablement au traité constitutionnel à peine examiné. En effet, l'identité constitutionnelle, tel un mot-valise, nous renvoie à une contraction de l'article I-5 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, repris *in extenso* par l'article 4 § 2 TUE dans sa version Lisbonne : « l'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Ceci ressort à la fois du commentaire officiel de la décision *Droit d'auteur*¹¹⁸ ainsi que de la décision du Conseil relative au traité constitutionnel européen dans laquelle les juges de la rue de Montpensier avaient expressément rapproché l'article I-5 et le principe de primauté du droit de l'Union aux fins de relativiser ce dernier et de réaffirmer la place de la Constitution française au sommet de l'ordre juridique interne¹¹⁹. Par ces mots choisis à dessein, le Conseil constitutionnel parvient à rattacher au droit de l'Union l'exigence

¹¹⁵ CCC n° 25, p. 8 (disponible à l'adresse www.conseil-constitutionnel.fr).

¹¹⁶ V. déjà les sentences *Frontini* et *Granital*.

¹¹⁷ Vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 3 janvier 2005 (cf. CCC n° 18, juillet 2005).

¹¹⁸ Le commentaire évoque l'identité constitutionnelle de la France, « notion dont la jurisprudence de l'été 2004 rendait compte par l'expression « dispositions expresses contraires de la Constitution » ou « dispositions spécifiques de la Constitution » (*sic*) et que l'article I-5 du traité établissant une Constitution pour l'Europe formulait dans les termes suivants : « L'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » (CCC n° 21, p. 3, disponible à l'adresse suivante : www.conseil-constitutionnel.fr).

¹¹⁹ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173, considérants n° 10 à 13.

de respect de certaines dispositions fondamentales de l'ordre juridique national. S'il est douteux sur un plan théorique qu'un tel rattachement signifîât réellement la suprématie de la Constitution sur le droit de l'Union – le Conseil constitutionnel semblant, ce faisant, puiser dans les traités la norme suprême d'habilitation des normes internes¹²⁰, il n'en demeure pas moins en pratique que le juge constitutionnel français semble utiliser la notion d'identité constitutionnelle comme un pont entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire. C'est entre autres sur ce fondement que le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition « miroir » persiste.

b) La persistance d'un contrôle de constitutionnalité

Il appert de la décision *Droit d'auteur* lue à la lumière de la décision ultérieure *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* que le Conseil constitutionnel reste en réalité compétent dans trois hypothèses pour opérer un contrôle de constitutionnalité des lois de transposition, y compris celles se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives.

Tout d'abord, le Conseil n'hésitera pas à censurer une norme législative de transposition méconnaissant les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, autrement dit l'ensemble des normes, expresses ou non, relevant du bloc de constitutionnalité dès lors qu'elles manifestent une spécificité française essentielle. Il s'agit ici de l'apport principal immédiat de la décision *Droit d'auteur*¹²¹.

¹²⁰ Pour des développements théoriques plus approfondis à la lumière des théories monistes et dualistes, v. *infra* pp. 391s.

¹²¹ Sur le contenu de l'identité constitutionnelle française, voir *infra*. Nous pouvons d'ores et déjà tenter d'esquisser ce qui pourrait être retenu comme éléments de l'identité constitutionnelle de la France. En 1997, le Conseil constitutionnel considérait par exemple que pouvaient relever de « la tradition constitutionnelle française » (Rapport du Conseil constitutionnel, CCC n° 4, 1998, p. 67). le principe d'indivisibilité de la République, posé par l'article premier de la Constitution et opposable à une décision communautaire imposant une coopération directe entre les organes communautaires et les collectivités territoriales françaises ; le droit d'asile, garanti par le 4ème alinéa du préambule du 27 octobre 1946, dont la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 relative à la loi relative à la maîtrise de l'immigration a rappelé qu'il s'agissait d'un droit fondamental ; ensuite, le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, affirmé par l'article 64 de la Constitution, principe directement concerné par la "communautarisation" du troisième pilier ; également les règles constitutionnelles qui régissent les "entreprises dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public", qui ne peuvent être privatisées et sont régies par des principes dont la valeur constitutionnelle a été consacrée par le Conseil constitutionnel (Dans la décision du 30 novembre 2006 relative à la loi sur l'énergie, la privatisation de GDF n'a pas été dans son principe jugée contraire à la Constitution. Par suite, le principe posé

Ensuite, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de l'erreur de transposition manifeste. Matériellement, il ne s'agit certes pas d'un contrôle de constitutionnalité mais de compatibilité de l'acte de transposition avec la directive. Formellement cependant, les juges de la rue de Montpensier sont habilités à exercer un tel contrôle sur le fondement de l'article 88-1 C duquel a été dégagée une exigence *constitutionnelle* de – bonne – transposition. Ce contrôle est restreint dans la mesure où le Conseil constitutionnel, tenu par le court délai qui lui est laissé pour statuer, ne peut pas lui-même renvoyer à la Cour de justice de l'Union une question préjudicielle en cas de doute sur la portée ou sur la validité de la directive en cause. Il est ainsi laissé au juge ordinaire le soin de saisir la CJUE et, le cas échéant, de ne pas appliquer une loi de transposition qui s'avérerait incompatible avec la directive, y compris dans l'hypothèse où la première a été validée par le Conseil à l'issue de son contrôle restreint¹²².

Enfin, dans sa décision du 19 juin 2008 relative à la loi sur les organismes génétiquement modifiés, nous avons vu que le Conseil constitutionnel se reconnaissait compétent pour sanctionner la méconnaissance des domaines de compétence législatif et réglementaire tout en aménageant les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité afin de ne pas faire obstacle à l'application immédiate de la directive, conformément à la jurisprudence *Simmenthal*¹²³ et à l'exigence constitutionnelle de transposition. Il est notable que le Conseil ait décidé ici de sanctionner de manière autonome la méconnaissance des règles de compétence prévues par la Constitution sans les rattacher à l'identité constitutionnelle de la France. Pourtant, il est indéniable que la place privilégiée de la loi en France pourrait relever de l'identité constitutionnelle de celle-ci.

par l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ne semble pas – ou plus – nécessairement relever de l'identité constitutionnelle de la France sous réserve des services dits régaliens). On peut certainement encore y ajouter la laïcité de la République, la continuité du service public, certains principes environnementaux (sur ceux-ci, on renverra le lecteur à BARBE V., MILLET F.-X., « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *RTDH* n°2009/78, p. 467).

¹²² « Devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non-conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel » (décision n° 2006-540 DC précitée, considérant n° 20).

¹²³ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c/ Spa Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* 629.

3) *L'apparition d'une hiérarchie des normes constitutionnelles*

La doctrine s'est régulièrement interrogée sur le point de savoir s'il existait des normes constitutionnelles plus importantes que d'autres¹²⁴. Or, le Conseil constitutionnel semble avoir toujours préféré la conciliation de règles et principes jugés de même niveau à la hiérarchisation de normes certes toutes constitutionnelles mais de rangs différents¹²⁵.

À notre sens, cette conclusion n'est plus valable depuis 2004, du moins dans le champ d'application du droit de l'Union. En effet, la jurisprudence du Conseil en matière de transposition a conduit à l'émergence d'une hiérarchie à trois niveaux des normes constitutionnelles. Au niveau le plus élevé, on trouve les réserves de constitutionnalité ou, pour reprendre l'expression dorénavant consacrée, les *règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France*. Sans être intangibles, ces normes doivent être notamment respectées par toutes les lois, y compris de transposition. A un niveau intermédiaire est attaché l'article 88-1 C et, avec lui, les lois de transposition se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives étant donné que la transposition résulte de cet article de la Constitution. Le niveau le plus bas se définit quant à lui négativement. Il s'agit de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle ne se rattachant ni au premier ni au second niveau. En principe, ces normes doivent être respectées par les lois de transposition à l'exception des précédentes.

B. Un obstacle surmontable sur intervention du constituant : une garantie de souplesse théoriquement contestable

Initialement, sous l'empire de la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*, le Conseil constitutionnel se contentait de préciser que l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne pouvait céder le pas qu'en présence de dispositions expresses contraires de la Constitution française. Aucune possibilité de contournement de ces dernières

¹²⁴ « La tentation est grande, pour la doctrine, de chercher, entre ces règles et principes, à établir une hiérarchisation permettant de faire prévaloir, en cas de contradiction entre des normes différentes, l'une par rapport à l'autre. » (MATHIEU B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Droit fondamental, PUF, 2004, p. 731).

¹²⁵ « Plutôt que de chercher à instaurer une quelconque hiérarchie entre les normes de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel adopte la technique de la conciliation entre les normes » (*ibid.* 733).

n'était donc prévue, laissant entendre que l'obstacle constitutionnel serait insurmontable. A l'image de l'ordre juridique allemand, certaines normes constitutionnelles fondamentales devaient donc nécessairement prévaloir sur les directives communautaires, tant sur le plan formel que sur le plan matériel. Or, dans leur décision *Droit d'auteur*, les juges de la rue de Montpensier raffinèrent leur jurisprudence en assortissant la réserve de l'identité constitutionnelle d'un mécanisme garantissant la relative souplesse de celle-ci :

« la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, *sauf à ce que le constituant y ait consenti*¹²⁶. ».

Cette innovation, tout à fait en ligne avec la jurisprudence d'un Conseil constitutionnel traditionnellement rétif à l'idée d'une « supraconstitutionnalité », peut légitimement surprendre sur un plan conceptuel. D'un côté, à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle, on ne saurait s'étonner que la haute juridiction permette au pouvoir constituant de tenir un lit de justice¹²⁷ en révisant une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France qui ferait obstacle à la transposition d'une directive. En effet, le Conseil constitutionnel a rappelé à plusieurs reprises qu'il n'était pas compétent pour contrôler les lois de révision constitutionnelle, y compris celles qui viendraient renverser une décision d'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un traité. Dès 1962, il se refusa ainsi à examiner la révision relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct alors même que l'on sait que celle-ci n'avait pas été opérée conformément à la procédure ordinaire de révision prévue par l'article 89 C¹²⁸. Certes, à l'occasion de la ratification du traité de Maastricht, le Conseil constitutionnel avait assigné des limites formelles et matérielles à la révision constitutionnelle tout en reconnaissant que, en dehors de ces réserves, le pouvoir constituant était « souverain¹²⁹ ». Toutefois, ces limites apparaissent en réalité théoriques dans

¹²⁶ Considérant 19 (souligné par nous).

¹²⁷ En référence au pouvoir suprême des rois de France d'imposer leur volonté sur celle des Parlements d'Ancien Régime, le doyen Vedel écrivit : « si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts » (VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, 2, p. 173, sp. 180).

¹²⁸ Décision n. 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *Rec.* 27 (considérant n° 2 : « il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »).

¹²⁹ Décision n. 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht 2)*, *Rec.* 76 (considérant n. 19 : « sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4,

la mesure où le Conseil constitutionnel, d'une part, n'a pas activé ces réserves dans le contexte du traité de Maastricht et, d'autre part, semble même être revenu sur celles-ci dans sa décision du 26 mars 2003 sur la révision relative à l'organisation décentralisée de la République aux termes de laquelle « le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle¹³⁰. » En l'état de la jurisprudence, il semble donc que le pouvoir constituant – originaire mais aussi dérivé – soit absolument souverain et puisse librement aliéner les dispositions fondamentales de l'ordre constitutionnel interne.

Cependant, on doit admettre d'un autre côté qu'il apparaît paradoxal que l'identité constitutionnelle, autrement dit le noyau dur de la Constitution d'un État, puisse être remise en cause par le pouvoir constituant dérivé¹³¹. Si l'on admet que la souveraineté est inaliénable, il ne pourrait par hypothèse en être autrement de l'identité constitutionnelle dans la mesure où cette dernière semble renvoyer, dans l'esprit du Conseil constitutionnel, au cœur même de la souveraineté. Nous pouvons à cet égard reprendre à notre compte la critique qu'Olivier Beaud avait émise relativement à la question des limites matérielles de la révision constitutionnelle dans le contexte de la ratification du traité de Maastricht¹³². Il s'agissait notamment de déterminer s'il était juridiquement possible d'autoriser la ratification d'un engagement international portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et, le cas échéant, de savoir qui pouvait autoriser la ratification d'un tel traité. A la suite de Carl Schmitt, Olivier Beaud opéra une distinction nette entre ce qu'il est d'usage d'appeler le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Se refusant de voir dans ce dernier un pouvoir « constituant », l'auteur de *La puissance de l'État* recourt à une autre terminologie et distingue donc le pouvoir constituant *stricto sensu* et le pouvoir de

du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »).

¹³⁰ Décision n. 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec. 293 (considérant n° 2). V. à ce sujet les différentes chroniques in RDP n° 3-2003.

¹³¹ Soutenant également cette position, v. DUBOUT E., « Les « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, 3, p. 451, sp. 476s. S'opposant en revanche radicalement à une telle approche, TROPER M., « Identité constitutionnelle », in MATHIEU B. (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Dalloz, 2008, p. 123, sp. 127-129 : « L'invocation de l'identité constitutionnelle de la France n'est donc pas et ne pouvait pas être l'affirmation d'une supra-constitutionnalité ».

¹³² BEAUD O., *La puissance de l'État*, Léviathan, PUF, 1994, pp. 457s. V. aussi BEAUD O., « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, 6, p. 1045.

révision¹³³. Alors que le premier ne peut être exercé que par le peuple souverain, le second n'est pour sa part qu'un pouvoir institué et limité par la Constitution et ne peut être exercé que par la Représentation nationale. Retenant une définition matérielle de la Constitution, le professeur Beaud s'oppose ainsi aux positivistes formalistes qui rejettent l'idée d'une limitation matérielle du pouvoir de révision, autrement dit d'une prétendue « supraconstitutionnalité¹³⁴ » impliquant l'existence d'une hiérarchie matérielle entre normes de niveau constitutionnel¹³⁵. A l'issue d'une lecture extensive de l'article 89 alinéa 5 C par lequel « la forme républicaine de gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », Olivier Beaud en déduit que la souveraineté de l'État est un élément intangible de la Constitution française et fait partie des normes les plus fondamentales de celle-ci¹³⁶. Par suite, seul le Peuple souverain, c'est-à-dire le pouvoir constituant au sens strict, est en droit de renverser une décision du Conseil constitutionnel qui aurait jugé les stipulations d'un traité contraires aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Dans ces circonstances, Olivier Beaud en conclut que le pouvoir constituant était seul compétent pour décider de la révision de la Constitution intervenue le 25 juin 1992 : une « simple » loi constitutionnelle ne pouvait suffire¹³⁷ dans la mesure où le traité de Maastricht entraînait une remise en cause sérieuse de la souveraineté de l'État ainsi qu'une « modification essentielle des constitutions européennes¹³⁸ ».

Si l'on se penche désormais sur l'identité constitutionnelle de la France, la critique d'Olivier Beaud apparaît d'autant plus fondée que, selon lui, les limites matérielles du pouvoir de révision sont justifiées d'abord par la supériorité du pouvoir constituant en tant que peuple souverain (y compris dans l'hypothèse de la ratification d'un traité), ensuite par l'exigence de préserver « l'identité de la Constitution », enfin par l'existence de dispositions

¹³³ Carl Schmitt distinguait pour sa part entre Constitution et loi constitutionnelle. V. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, PUF, 1993, pp. 235-236.

¹³⁴ Notons que le terme de *supraconstitutionnalité* semble inapproprié dans la mesure où son contenu ne renvoie pas à des normes qui seraient elles-mêmes supérieures à la Constitution mais seulement à une hiérarchie matérielle entre normes de niveau constitutionnel. Dès lors, contrairement à ce qu'un positiviste comme Georges Vedel a pu avancer, il ne s'agit pas nécessairement de l'expression d'un jusnaturalisme (v. les contributions de Louis Favoreu et de Georges Vedel sur « Souveraineté et supraconstitutionnalité », in *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 71s.).

¹³⁵ Beaud O., *La puissance de l'État*, *op. cit.*, 329-349.

¹³⁶ « La constitution d'un État ne peut pas se soustraire à la réserve de souveraineté de l'État, c'est-à-dire la conservation de la puissance publique, fondement de l'État. La souveraineté appartient donc au contenu des limitations matérielles qui sont imposées au pouvoir de révision par le pouvoir constituant au nom de la préservation de l'identité de la constitution » (*ibid.* 462 ; v. aussi pp. 479-484).

¹³⁷ *Ibid.* 477s.

¹³⁸ *Ibid.* 460.

constitutionnelles plus fondamentales que d'autres¹³⁹. Or, il semble justement que le concept d'identité constitutionnelle de la France s'inscrive parfaitement dans cette théorie des limites matérielles du pouvoir de révision. Non seulement cette notion nous renvoie-t-elle aux spécificités propres à la nation française maître de son destin¹⁴⁰, mais elle témoigne également d'une conception matérielle de la Constitution et de la possibilité de distinguer en son sein les dispositions essentielles des dispositions accessoires. Si cette distinction sera nécessairement délicate à opérer¹⁴¹, elle accrédite l'idée d'une hiérarchie des normes de rang constitutionnel présentant trois étages, ainsi que cela a déjà été suggéré précédemment : au niveau supérieur, les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ; au niveau intermédiaire, les exigences propres à la construction européenne ; au niveau inférieur, le reste des dispositions de nature constitutionnelle¹⁴². Cette hiérarchie n'est pas sans effet sur le contrôle des lois de révision constitutionnelle puisqu'elle suppose l'examen de celles-ci par le Conseil constitutionnel lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de modifier significativement les dispositions essentielles – mais aussi existentielles – de l'ordre interne. Dès lors, nous défendons l'idée que seul un acte du pouvoir constituant originaire est susceptible de consentir à la méconnaissance d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Anticipant par réalisme une position différente de la part des juges de la rue de Montpensier, nous déplorons qu'aucune distinction réelle ne soit opérée entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé dans la jurisprudence constitutionnelle française. Dans ce contexte, l'identité constitutionnelle semble alors d'autant moins menaçante que sa portée reste singulièrement limitée.

¹³⁹ « La constitution, au sens matériel ici, désigne l'ensemble des décisions fondamentales qui fondent « l'identité de la constitution », c'est-à-dire qui structurent ou configurent le régime politique et social d'un pays donné. Cette conception matérielle (...) conduit à distinguer au sein d'un texte constitutionnel des dispositions plus importantes que d'autres » (BEAUD O., *op. cit.*, 364-365 ; v. également pp. 452-453).

¹⁴⁰ Nous ne faisons à ce stade pas de différences entre les concepts de peuple et de nation.

¹⁴¹ V. *infra* Titre 2 (pp. 131s.).

¹⁴² Notons que cette hiérarchie ne sera pas une hiérarchie de validité mais une hiérarchie de rang.

SECTION 2 : UNE PORTÉE ENCORE RESTREINTE

L'identité constitutionnelle n'a, en l'état actuel du droit, qu'une portée restreinte puisqu'elle ne concerne que le contrôle des lois de transposition et n'affecte ni l'examen du droit originaire, ni celui des décrets de transposition pour lesquelles d'autres normes de référence sont utilisées (I). En première analyse, on pourrait se réjouir de cette limitation du champ d'action d'une notion aux apparences menaçantes pour l'effet utile du droit de l'Union. Or, plus qu'un danger, il nous apparaît qu'une stratégie française de l'identité constitutionnelle pleinement coopérative puisse valablement être étendue à d'autres hypothèses aux fins de favoriser la prise en compte accrue de la spécificité du droit de l'Union par le droit constitutionnel interne (II).

I. LES APPROCHES ALTERNATIVES PERSISTANTES

Trouvant son ancrage dans le droit originaire de l'Union européenne, la stratégie française de l'identité constitutionnelle s'avère selon nous non seulement plus coopérative que le contrôle des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (A), mais également plus adaptée que le contrôle de la protection équivalente des droits fondamentaux opéré par le Conseil d'État (B). Par suite, elle pourrait être étendue au contrôle des traités communautaires et des décrets de transposition.

A. Le maintien de l'approche traditionnelle en matière de contrôle du droit originaire : l'indistinction des traités communautaires par rapport aux traités classiques

La profusion des normes de référence utilisées dans le cadre du contrôle des normes communautaires laisse perplexe. On pourrait penser que, depuis les décisions de l'été 2004

mais surtout depuis la jurisprudence *Droit d'auteur*, le Conseil constitutionnel a substitué le critère du respect de l'identité constitutionnelle aux critères préexistants dans l'ensemble des hypothèses de contrôle de la constitutionnalité du droit de l'Union européenne. Alors que plusieurs raisons plaident en effet en faveur d'une unification du contrôle autour d'une unique norme de référence (cohérence de la jurisprudence, prise en compte de la spécificité du droit de l'Union par rapport au droit international public classique, assouplissement du contrôle et par là même baisse du nombre des révisions constitutionnelles afin d'assurer à la fois la stabilité de la Constitution et le renforcement de la coopération loyale ou du moins facilitation des rapports avec l'UE¹⁴³), les juges de la rue de Montpensier ont décidé de faire coexister les différents étalons de mesure utilisés dans le cadre de l'examen des normes communautaires : si les lois de transposition sont ainsi examinées à la lumière de l'identité constitutionnelle, les traités relatifs à l'Union européenne ne bénéficient pas pour leur part d'une différence de traitement par rapport aux traités classiques du droit international public et font toujours l'objet d'un contrôle plus serré de la part du Conseil constitutionnel. Ce dernier examine ainsi, d'une part, le respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (1) et, d'autre part, la garantie des droits et libertés constitutionnellement garantis (2).

1) Le contrôle du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

Après une longue période d'incertitudes et de fluctuations pendant laquelle le Conseil constitutionnel semblait confus relativement aux normes de référence utilisées dans le cadre de l'examen des traités¹⁴⁴, les juges de la rue de Montpensier finirent par ancrer leur jurisprudence autour du critère des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». S'ils avaient déjà fait mention d'un tel critère en 1970 et en 1985 dans leurs décisions respectives relatives aux ressources propres des Communautés et à l'abolition de la

¹⁴³ V. *infra* pp. 82s.

¹⁴⁴ On se souvient de la délicate distinction entre « limitations de souveraineté » (admissibles) et « transferts de souveraineté » (inconstitutionnels) opérée par la décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec. 15. V. aussi la transition amorcée par la décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen*, Rec. 91.

peine de mort¹⁴⁵, ce n'est qu'à l'occasion du contrôle du traité de Maastricht qu'ils définirent clairement les normes constitutionnelles applicables et consacrerent l'importance des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». En effet, dans leur décision dite *Maastricht I* du 9 avril 1992¹⁴⁶, ils jugèrent que la Constitution française imposait de concilier le respect de la souveraineté nationale avec les « limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». En pratique, ceci signifiait que les engagements internationaux seraient conformes à la Constitution sous réserve qu'ils ne contiennent pas une « clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale¹⁴⁷ ». Dans ces deux hypothèses, l'autorisation de les ratifier nécessiterait une révision préalable de la loi fondamentale.

Dès la décision *Maastricht I*, le contenu des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (CEESN) fut précisé. Cette notion renvoie ainsi, d'une part, aux transferts de compétences opérés dans des domaines où sont en cause les CEESN¹⁴⁸ et, d'autre part, au changement de modalités dans l'exercice des compétences¹⁴⁹. Loin de sanctionner tout transfert de compétences, le Conseil constitutionnel va examiner l'importance de la matière transférée au regard de l'exercice de la souveraineté nationale (compétences inhérentes à la souveraineté) ainsi que l'ampleur du transfert opéré (abandon d'une compétence ou simple exercice en commun des compétences nouvellement transférées)¹⁵⁰. De même, il va porter une attention toute particulière aux transferts de compétences intervenant dans des matières nouvelles ainsi qu'aux modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées¹⁵¹. Il apparaît ainsi que la notion de conditions

¹⁴⁵ Décision n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés*, Rec. 15 (considérant 9) ; décision n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, Rec. 15 (considérant 3).

¹⁴⁶ Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. 55. V. GENEVOIS B., « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », *RFDA* 1992, p. 373.

¹⁴⁷ Considérant 14.

¹⁴⁸ Considérant 43, à propos de la politique monétaire et de la politique de change uniques.

¹⁴⁹ Considérant 49, à propos de l'abandon prévu de la règle de l'unanimité en matière de politique des visas.

¹⁵⁰ V. la décision n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, Rec. 344 et surtout son commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* (en ligne).

¹⁵¹ V. décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173 (considéphants 24 à 36) ; décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, Rec. 344 (considéphants 15 à 27). Sur les critères d'appréciation de l'existence d'une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, v. le commentaire de la décision n° 2004-505 DC in FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Grands arrêts, Dalloz, 14^e éd., 2007, § 30-33.

essentielles d'exercice de la souveraineté nationale est étroitement liée à la problématique des compétences, qu'il s'agisse de leur nature même ou de leurs modalités ; à leur égard prévaut le critère de l'intensité aux fins de déterminer si une révision constitutionnelle est nécessaire.

Si l'on s'efforce de comparer l'identité constitutionnelle et les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, il ressort que ces deux normes de référence ont en partage la souplesse ainsi que la « *fondamentalité* » mais se distinguent l'une de l'autre relativement à la place des compétences. D'un côté en effet, leur ambiguïté intrinsèque renforce dans les deux cas le pouvoir discrétionnaire du juge constitutionnel en matière de relations extérieures. De même, elles renvoient toutes deux au critère de l'intensité, autrement dit à l'idée qu'il existe une hiérarchie matérielle au sein même de la Constitution dans laquelle existent des normes plus fondamentales que d'autres. D'un autre côté cependant, une différence majeure réside à notre sens dans leur objet : alors que les CEESN ont partie liée avec la question des compétences, l'identité constitutionnelle en tant que notion fonctionnelle en est détachée et se trouve par suite plus restreinte dans son champ. En premier lieu, nous ne pouvons guère concevoir que le Conseil constitutionnel ait utilisé une nouvelle terminologie sans pour autant souhaiter se démarquer de sa jurisprudence antérieure. Certes, nous avons vu que le choix de ce concept était stratégique. Cependant, nous ne pensons pas qu'il se résume à la volonté d'instrumentaliser la rhétorique utilisée par les traités à des fins purement protectionnistes. Eu égard au fonctionnement de l'identité constitutionnelle prise comme norme de référence de l'examen des lois de transposition, il nous semble que celle-ci ne puisse par nature affecter la question des compétences. En effet, cette nouvelle norme de référence ne vaut, en l'état actuel du droit positif, que pour l'examen des lois de transposition, autrement dit au stade de la mise en œuvre nationale d'une compétence de l'Union. Elle est donc nécessairement moins concernée par l'existence même d'une compétence de l'État. En second lieu, compte tenu du principe de subsidiarité, on ne saurait imaginer que l'identité constitutionnelle puisse lui faire concurrence en ayant le même objet. En dernier lieu, une telle restriction témoigne selon nous de la volonté d'assouplir le contrôle en laissant la question des compétences de côté afin de se concentrer sur les spécificités matérielles de la Constitution française, notamment en tant que celles-ci protègent les droits fondamentaux.

2) *Le contrôle du respect des droits et libertés constitutionnellement garantis*

Si l'on fait abstraction du lien – ambigu – opéré entre les droits fondamentaux et les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale dans la décision du 22 mai 1985 relative à l'abolition de la peine de mort¹⁵², il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que celle-ci a longtemps semblé accorder plus d'importance, à travers les CEESN, à la question des compétences qu'à celle des droits fondamentaux dans le cadre de l'examen des traités. Certes, dès la décision *Maastricht 1*, le Conseil constitutionnel prit comme point de départ de son raisonnement le préambule de la Constitution de 1958 faisant état de l'attachement du peuple français à la fois aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale. Cependant, la dimension des droits de l'homme s'est perdue par la suite dans les méandres des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Ainsi, ce n'est qu'en 1999, dans sa décision relative au statut de la Cour pénale internationale, que le Conseil constitutionnel mit sur le même plan souveraineté et droits fondamentaux en modifiant son considérant de principe afin d'y intégrer les *droits et libertés constitutionnellement garantis* en tant que norme de référence à part entière¹⁵³ : « au cas où des engagements internationaux contiennent une clause contraire à la Constitution, mettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ». Si les commentateurs n'ont pas fait cas de cette innovation probablement imputable au fait que l'institution de la CPI était problématique au regard de la protection des principes constitutionnels en matière pénale, cette solution a en tout état de cause été confirmée en 2005 dans la sphère du droit international public¹⁵⁴ mais elle a aussi

¹⁵² « Considérant que [le protocole n° 6 additionnel à la CEDH concernant l'abolition de la peine de mort] n'est pas incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens ; (...) dès lors, [ce protocole] ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (décision précitée, considérants 2 et 3).

¹⁵³ Décision n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, REC. 29 (considérant 13).

¹⁵⁴ Décision n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, Rec. 142 (considérant 3).

été étendue aux traités européens, comme en atteste l'examen du traité constitutionnel¹⁵⁵ ainsi que du traité de Lisbonne¹⁵⁶.

Bénéficiant désormais d'un statut équivalent à celui des CEESN, les droits fondamentaux protégés par la Constitution de la V^e République font donc figure de normes éminentes au sein de l'ordre juridique interne. Confrontés à l'identité constitutionnelle, il apparaît cependant qu'ils ne puissent dans l'ensemble être opposés aux lois de transposition. En effet, le droit positif atteste que l'identité constitutionnelle va certes renvoyer aux droits et libertés constitutionnellement garantis mais elle ne va concerner qu'une partie de ceux-ci, à savoir les droits et libertés qui non seulement ne trouvent aucun équivalent en droit de l'Union mais qui s'avéreront aussi particulièrement essentiels en France. Il en résulte donc que, à l'image de la situation qui prévaut en matière de compétences, l'identité constitutionnelle est une norme de référence présentant un champ plus restreint que celui des *droits et libertés constitutionnellement garantis*. Ceci ne saurait susciter l'étonnement dans la mesure où le Conseil constitutionnel, intervenant en amont de l'entrée en vigueur d'un traité, peut se permettre d'exercer un contrôle plus serré du droit originaire par rapport au droit dérivé sans méconnaître lui-même la règle *pacta sunt servanda*. Nous verrons néanmoins plus avant que plusieurs raisons plaident en faveur d'un desserrement du contrôle des traités en matière de droit de l'Union : si les juges de la rue de Montpensier *peuvent* exercer un examen aiguisé des engagements internationaux, ils ne *doivent* pas le faire à tout prix. Ceci vaut également pour le Conseil d'État dans le cadre de l'examen des décrets de transposition.

B. L'approche différente du Conseil d'État en matière de décrets de transposition : la réserve de constitutionnalité tirée de la protection équivalente des droits fondamentaux

En France, la transposition peut avoir aussi bien lieu par voie législative que par voie réglementaire, selon que la matière concernée relève de la loi (Art. 34 C) ou du règlement (Art. 37 C). Du point de vue du droit de l'Union, le choix de l'instrument de transposition est

¹⁵⁵ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173 (considérant 7).

¹⁵⁶ Décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, REC. 344 (considérant 9).

libre du moment qu'il assure l'effet utile de la norme à transposer¹⁵⁷. Dans l'hypothèse où la transposition se fait par décret¹⁵⁸, il revient en principe au Conseil d'État, juge administratif suprême, d'exercer un contrôle de constitutionnalité conformément aux règles de répartition des compétences juridictionnelles. En première analyse, il est légitime de penser que l'ensemble des actes nationaux de transposition des directives devraient être contrôlés selon le même schéma sans que la nature juridique de l'acte, ni l'identité du juge ayant à en connaître n'influencent en aucune manière les modalités du contrôle. Or, dans le cadre de l'examen des décrets de transposition, il s'avère que le Conseil d'État s'est démarqué dans sa décision *Arcelor*¹⁵⁹ de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en préférant la réserve de la protection équivalente des droits fondamentaux à celle de l'identité constitutionnelle (1). Un tel choix n'est pas exempt de toute critique (2).

1) *La décision d'Assemblée Société Arcelor Atlantique et Lorraine du 8 février 2007: le choix de la protection équivalente des droits fondamentaux au détriment de l'identité constitutionnelle*

Dans cette affaire, les juges du Palais-Royal furent amenés à se prononcer sur la constitutionnalité d'un décret portant transposition de la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne. En l'espèce, les requérants contestaient l'applicabilité de ce décret aux installations du secteur sidérurgique sur le fondement du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre et du principe d'égalité, tous trois constitutionnellement garantis.

C'est dans ce contexte inédit que le Conseil d'État adopta une position de principe fixant les modalités de contrôle des règlements transposant les dispositions inconditionnelles et précises des directives. Après avoir dégagé, à la suite du Conseil constitutionnel, une obligation constitutionnelle de transposition dérivant de l'article 88-1 C, il jugea que

¹⁵⁷ CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor*, aff. 39/70, *Rec.* 49; CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, *Rec.* 497.

¹⁵⁸ En 2006, le Conseil d'État notait que « le pourcentage des textes considérés comme relevant, en droit interne, du domaine de la loi [avait] nettement diminué par rapport à 2004 : 57% contre 69% » (*Rapport public 2006*, EDCE n° 57, La Documentation française, 2006, p. 119). De manière générale, on retiendra le rapport deux tiers/un tiers entre lois et règlements de transposition.

¹⁵⁹ CE, Ass., 8 février 2007, *Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine*, *Rec.* 215.

« il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué ou, dans le cas contraire de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle (...) ; en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

Faisant application de cette grille de lecture au décret litigieux, le Conseil d'État jugea en premier lieu que le droit de propriété comme la liberté d'entreprendre constituaient non seulement des principes constitutionnels mais aussi des principes généraux du droit communautaire et que, par ailleurs, ils n'avaient pas été méconnus par le texte de transposition. Examinant en second lieu le moyen tiré de la violation du principe d'égalité, la haute juridiction administrative raisonna en deux temps. Sur la base d'une conception formelle – et très française – de l'égalité en vertu de laquelle des situations différentes ne doivent pas *nécessairement* être traitées différemment, elle rejeta tout d'abord comme inopérant le grief des requérants selon lequel ceux-ci seraient placés dans une situation différente de celle des autres entreprises soumises au système d'échange de quotas. Se penchant ensuite sur la deuxième branche du moyen selon laquelle des situations comparables ne devraient pas être appréhendées de manière différente, à moins qu'une telle différence de traitement ne soit objectivement justifiée, le Conseil d'État décida de surseoir à statuer et de saisir la CJCE de la question de savoir si le fait que le champ d'application du décret et, par suite, de la directive ne s'étendait pas aux entreprises du plastique et de l'aluminium – par hypothèse elles-mêmes émettrices de gaz à effet de serre – était de nature à violer le principe constitutionnel d'égalité, requalifié pour l'occasion en principe général du droit communautaire.

Si l'esprit de la solution retenue par le Conseil d'État rappelle celle adoptée par le Conseil constitutionnel, elle s'en écarte cependant significativement sur le plan des modalités. Traditionnel partisan de la doctrine *allié mais pas aligné* dans ses rapports avec son aile Montpensier, le Palais-Royal a en effet préféré embrasser, à travers la réserve de la protection équivalente des droits fondamentaux, une approche inspirée tant par les jurisprudences des cours constitutionnelles allemande et italienne que de la Cour de Strasbourg. Ceci ressort clairement des conclusions du commissaire du gouvernement Guyomar, intégralement suivies par le Conseil d'État dans sa décision¹⁶⁰. Insistant, d'une part, sur le fait que le Conseil d'État n'est pas lié par les interprétations de la Constitution données par le Conseil constitutionnel¹⁶¹ et, d'autre part, sur la supposée spécificité de la position institutionnelle du Conseil d'État, le commissaire du gouvernement s'est refusé à faire entrer dans l'office du juge administratif la définition des contours de l'identité constitutionnelle de la France, considérant que le critère de la protection équivalente des droits fondamentaux serait plus adapté au contrôle exercé par le Conseil d'État. Il s'est donc expressément appuyé sur les arrêts *Solange 2*¹⁶², *Fragd*¹⁶³ et *Bosphorus*¹⁶⁴ pour justifier l'exercice d'un contrôle résiduel de la constitutionnalité des décrets de transposition en l'absence d'une règle ou d'un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, garantirait le respect du principe constitutionnel invoqué. A la différence des juges de Karlsruhe, il a cependant retenu une approche casuistique de la protection équivalente des droits fondamentaux en se réservant d'examiner, pour chaque droit ou liberté en jeu dans un cas concret, si celle-ci ou celle-là bénéficie d'un niveau de protection comparable en droit de l'Union au regard du droit national. Malgré cette inflexion positive, nous tendons à regretter que le Conseil d'État ait suivi son commissaire du gouvernement et n'ait pas jugé bon de s'aligner sur la jurisprudence constitutionnelle française.

¹⁶⁰ GUYOMAR M., « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* », *RFDA*, 2007, p. 384.

¹⁶¹ Pour une critique, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à MILLET F.-X., « L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexions à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique », *RDP*, n°5-2008, p. 1305.

¹⁶² BVerfG 73, 339.

¹⁶³ Cour constitutionnelle italienne, 13-21 avril 1989, *Fragd*, sentence n° 232, RUDH 1989, p.258. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a noté, à propos du droit au juge, qu'il n'était pas certain que tous les principes fondamentaux de l'ordre juridique italien fassent partie du droit communautaire.

¹⁶⁴ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, n° 45036/98.

2) *Le choix critiquable d'une approche alternative en apparence plus coopérative*

Si certains commentateurs ont pu saluer la solution du Conseil d'État en arguant notamment du fait que la notion de protection équivalente des droits fondamentaux serait moins ambiguë et mieux circonscrite que celle d'identité constitutionnelle¹⁶⁵, nous doutons pour notre part des vertus attribuées à la protection équivalente : non seulement la notion est problématique en soi (a) mais plusieurs raisons plaident en faveur d'un alignement du Conseil d'État sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel (b).

a) La notion insatisfaisante de protection équivalente des droits fondamentaux¹⁶⁶

Si la notion de protection équivalente représente une tentative vertueuse de concilier, autour d'une logique de droits fondamentaux, des impératifs souvent perçus comme absolument contradictoires, il apparaît qu'elle présente en soi et dans son fonctionnement une certaine fragilité qui fait obstacle à la transformation de la tentative en succès accompli.

En premier lieu, la notion de protection équivalente des droits fondamentaux implique, en tant que standard, une conception universaliste des droits et libertés ainsi que leur communicabilité¹⁶⁷. Issus de la raison, ils doivent être applicables en tout temps et en tout lieu. Ceci pose tout de même le problème, d'une part, de l'interprétation différente de certains droits civils et politiques à l'échelon national et, d'autre part, de l'existence de droits sociaux encore très liés au cadre de l'État-nation.

En second lieu, en insistant sur un niveau de protection, on tend à ne voir les droits fondamentaux qu'en termes de droits individuels au lieu de les appréhender comme des

¹⁶⁵ ROSSETTO J., « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 447 ; SCHRAMECK O., « Réflexions sur l'arrêt Arcelor », *ibid.* 545.

¹⁶⁶ Pour de plus amples développements sur ce sujet, voir MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, 2, p. 307.

¹⁶⁷ V. DUBOUT E., TOUZE S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT E., TOUZE S. (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, pp. 21s.

valeurs¹⁶⁸. On ne s'intéresse alors guère aux dimensions républicaine ou communautarienne des droits en tant que ceux-ci renvoient à des valeurs sociétales. Tout est mesuré à l'aune de l'individu abstrait sans égard ni pour l'intérêt général et les droits et devoirs liés à la société (conception républicaine¹⁶⁹), ni pour l'enracinement d'un droit dans une communauté donnée (conception communautarienne¹⁷⁰).

En dernier lieu, l'idée de protection équivalente ne renvoie pas seulement à un « répartiteur » de compétences juridictionnelles et à un standard de protection. Ces aspects techniques ne sauraient occulter la raison d'être de la notion, insuffisamment soulignée à notre sens¹⁷¹. A l'image de l'identité constitutionnelle, il s'agit d'une notion fonctionnelle censée réduire les hypothèses de « conflit constitutionnel » entre les droits nationaux et le droit de l'Union. Cependant, son principal défaut est qu'elle laisse entendre que seule la dimension des droits fondamentaux compte – ou, du moins, est véritablement problématique – s'agissant des rapports entre ordres juridiques. La notion de protection équivalente insinue que les droits fondamentaux constituent désormais le cœur des ordres juridiques à un point tel que le conflit normatif serait principalement, sinon exclusivement, un conflit de droits fondamentaux. Or, s'il est vrai que les droits fondamentaux ont pris une place prépondérante dans les constitutions nationales et dans le contentieux constitutionnel comme en atteste la question prioritaire de constitutionnalité en France, ils peuvent d'autant moins éclipser les autres fonctions des constitutions qu'ils n'épuisent pas les hypothèses de conflits entre les droits internes et le droit de l'Union. Ce dernier lui-même en a d'ailleurs pris acte dès l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* où la Cour – reprenant la distinction du juge allemand ayant opéré le renvoi – a fait non seulement référence aux *droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre* mais également aux *principes d'une structure*

¹⁶⁸ Cette critique a notamment été articulée avec force par Joseph Weiler dans « Fundamental rights and fundamental boundaries : on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space », in WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe. « Do the new clothes have an emperor ? » and other essays on European integration*, Cambridge UP, 1999, p. 102 : « si les droits fondamentaux concernent l'autonomie et l'autodétermination de l'individu, les limites fondamentales concernent l'autonomie et l'autodétermination des communautés » (*ibid.* 104).

¹⁶⁹ Sur la distinction entre républicains et libéraux et sur les conséquences de la nature sociale de l'homme en termes de droits et de devoirs, voir NICOLET C., *L'idée républicaine en France (1789/1924)*, Tel, Gallimard, 1982, rééd. 1994, pp. 342s. Egalement SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Folio Actuel, Gallimard, 2000.

¹⁷⁰ Voir notamment TAYLOR C., *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs, Flammarion, 1999.

¹⁷¹ V. cependant DE WITTE B., « Le rôle passé et futur de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme », in ALSTON P. (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001, p. 895, sp. 905 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., « Les droits fondamentaux à Luxembourg. Droit et politique dans la détermination des contours de l'office du juge », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : union de droit, union des droits*, Pedone, 2010, p. 775, sp. 777s.

*constitutionnelle nationale*¹⁷². Dans ce contexte, la notion plus large d'identité constitutionnelle apparaît d'autant mieux adaptée que les objections du Conseil d'État à son égard ne sont pas dirimantes.

b) Les objections non dirimantes du Conseil d'État vis-à-vis de l'identité constitutionnelle

S'il serait erroné de soutenir que le Conseil d'État a fait cavalier seul dans l'arrêt *Arcelor* en se départissant du Conseil constitutionnel, il est cependant remarquable qu'il ait préféré fonder la légitimité de sa décision sur des jurisprudences étrangères ou supranationales plutôt qu'internes. Traduisant avant tout une posture ombrageuse, cette volonté d'autonomie des juges du Palais royal vis-à-vis de leur voisin est à notre sens dépourvue de réelles justifications alors même qu'un impératif stratégique de cohérence jurisprudentielle interne associé à un souci d'effectivité militent en faveur de l'adoption par le Conseil d'État du langage de l'identité constitutionnelle.

Tout d'abord, la justification tirée de l'office du juge administratif et de sa spécificité institutionnelle n'apparaît pas convaincante. D'une part, s'il n'appartient probablement pas au Conseil d'État de définir à titre principal l'identité constitutionnelle, on ne voit guère pourquoi il n'y pourrait contribuer. Non seulement il lui est déjà arrivé d'enrichir *proprio motu* le bloc de constitutionnalité en dégagant de nouveaux principes¹⁷³, mais la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité semble à même de l'associer au Conseil constitutionnel dans la détermination des contours du noyau dur constitutionnel, notamment dans l'hypothèse d'un contrôle *a posteriori* d'une loi de transposition. D'autre part, on peut se demander dans quelle mesure la spécificité institutionnelle du Conseil d'État est telle qu'elle justifie l'adoption de la réserve de la protection équivalente. En effet, si le juge administratif est assurément devenu un juge des droits fondamentaux, il reste aussi un juge traditionnellement soucieux de l'intérêt général. A force de vouloir se démarquer du Conseil

¹⁷² A ce propos, il est intéressant de constater que le Conseil d'État a distingué les deux hypothèses dans son examen des décrets de transposition des directives de l'Union. La suspension de principe de son contrôle des droits fondamentaux sur le fondement de l'arrêt *Arcelor* ne préjuge pas de l'examen du moyen tiré de la méconnaissance des articles 34 et 37 de la Constitution.

¹⁷³ On pense ici notamment au principe de non-extradition en cas d'infractions politiques (avis du 9 novembre 1995, EDCE n° 47, p. 395) ou pour motif politique (CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. 255).

constitutionnel, le Conseil d'État risque, s'il n'y prend garde, de remettre en cause sa propre justification qui, si elle peut évidemment évoluer dans le temps, n'en a pas moins une assise historique sans laquelle son existence même semble compromise.

Ensuite, en matière de rapports entre ordres juridiques, l'exigence de cohérence jurisprudentielle interne est singulièrement prégnante lorsque l'édiction de réserves de constitutionnalité est en jeu. En effet, si l'on part de l'hypothèse selon laquelle ces réserves sont autant de normes internes opposables au droit de l'Union en méconnaissance de la conception classique de la primauté de celui-ci, on en déduit que les différentes juridictions d'un même État membre ont tout intérêt à faire front en adoptant une approche commune d'un problème identique. Ceci rejoint la vision stratégique de l'identité constitutionnelle évoquée plus haut. Certes, on pourrait objecter qu'en tout état de cause, le Conseil d'État a suivi les cours constitutionnelles allemande et surtout italienne. Néanmoins, nous considérons qu'il aurait plutôt dû s'inscrire avant tout dans les pas du Conseil constitutionnel afin de favoriser une approche française.

Enfin, nous avons déjà pu remarquer que l'identité constitutionnelle n'est pas nécessairement moins coopérative et efficace du point de vue de sa fonction que la protection équivalente. Son ancrage dans le droit originaire de l'Union ainsi que son caractère non limité aux droits fondamentaux en font le candidat privilégié de la résolution des conflits normatifs. Elle permet en effet de concilier et de mettre en balance les différents intérêts en présence dans ce type de litiges, à savoir l'effet utile du droit de l'Union, un niveau élevé de protection des droits de l'homme et la préservation des valeurs fondamentales de l'Union et des États membres. Dans ces circonstances, on ne peut que souhaiter l'extension du champ d'action de l'identité constitutionnelle à d'autres domaines.

II. VERS UNE PRISE EN COMPTE ACCRUE DE LA SPECIFICITÉ DU DROIT DE L'UNION EN DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNE : PERSPECTIVES POUR L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE

Constitutionnalistes et communautaristes ont souvent pu dénoncer d'une même voix les révisions successives de la Constitution française intervenues quasiment à chaque ratification d'un nouveau traité communautaire. Si les premiers critiquent l'instabilité et l'incohérence constitutionnelle qui résulte de ces amendements, les seconds réprouvent pour leur part les difficultés inhérentes au sempiternel « obstacle » constitutionnel ainsi que l'absence de prise en compte de la spécificité du droit de l'Union au regard du droit international classique. Gageons en effet que la multiplicité des révisions n'est positive ni pour les constitutions, ni pour le droit de l'Union. Aussi, il apparaît que la notion d'identité constitutionnelle pourrait s'avérer apte à asseoir l'autorité de la Constitution tout en contribuant à l'intégration européenne. À la lumière des expériences étrangères réservant un statut particulier au droit de l'Union en droit interne (A), nous suggérons de repenser l'article 88-1 C afin de limiter les révisions constitutionnelles aux hypothèses de méconnaissance de l'identité constitutionnelle (B).

A. Le développement des « clauses Europe » dans les constitutions des États membres

Après leur ouverture au droit international (1), les constitutions des États européens ont connu un mouvement d'eupéanisation par lequel l'importance de l'Union européenne s'est vue solennellement reconnue (2).

1) L'internationalisation des constitutions

Dès le lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les États européens ont pris conscience qu'ils n'étaient plus en mesure de vivre en autarcie et de prendre des décisions de manière exclusivement unilatérale, que ce soit sur le plan politique ou économique. Le

traumatisme de « 1939-1945 » a remis en cause l'idée dualiste d'ordres juridiques largement clos sur eux-mêmes et fondés sur une conception absolue de la souveraineté étatique en vertu de laquelle le seul pouvoir légitime s'exerce dans le cadre de l'État-nation. Le désir de paix entre les peuples ainsi que la recherche de la prospérité imposaient au contraire de favoriser l'ouverture au monde ainsi que l'instauration de liens d'interdépendance. Cette nécessité politique s'est traduite sur le plan juridique par l'introduction dans les constitutions de l'après-guerre de dispositions d'ouverture autorisant les limitations de souveraineté ou les transferts de compétences. C'est ainsi que la Constitution française de 1946¹⁷⁴ et la Constitution italienne de 1948¹⁷⁵ énoncèrent respectivement que la France et l'Italie consentaient aux limitations de souveraineté nécessaires à la paix tandis que la Loi fondamentale allemande de 1949 posait pour sa part que la Fédération pouvait transférer des compétences à des organisations internationales¹⁷⁶. Contrebalançant le principe de souveraineté dans son acception traditionnelle, ce phénomène d'internationalisation des constitutions s'est peu à peu généralisé à la faveur des transitions démocratiques au sud et à l'est de l'Europe. Facilitant la conclusion des traités et l'appartenance à des organisations internationales, il a été à l'origine de l'émergence d'un véritable statut du droit international – y compris européen – en droit constitutionnel interne.

2) L'eupéanisation des constitutions

Initialement, ce n'est qu'en tant que branche du droit international que le droit communautaire a pu pénétrer les ordres juridiques nationaux. En dépit des déclarations d'indépendance prononcées par la Cour de Luxembourg dès ses premiers grands arrêts *Van Gend en Loos* ou bien *Costa c/ Enel*¹⁷⁷, la spécificité et l'autonomie du droit communautaire

¹⁷⁴ Le préambule de la Constitution de la IV^{ème} République dispose que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international (...). Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

¹⁷⁵ Aux termes de l'article 11, « (...) [l'Italie] consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les nations ».

¹⁷⁶ En vertu de l'article 24 I, « la Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales ». Sur le même modèle de transfert des pouvoirs, v. également l'article 92 de la Constitution néerlandaise, l'article 49 bis de la Constitution luxembourgeoise, l'article 20 de la Constitution danoise, l'article 90 de la Constitution polonaise ou encore l'article 10a de la Constitution tchèque.

¹⁷⁷ On rappellera pour mémoire les célèbres formules utilisées par la Cour à ces deux occasions : « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les États membres ont

n'ont généralement pas été reconnues en tant que telles par les constitutions des États membres de l'Union avant la ratification du traité de Maastricht. Il est vrai que, jusqu'en 1992, les « Communautés européennes » ne se distinguaient guère des organisations internationales classiques alors que le traité créant l'Union européenne a marqué un tournant qualitatif dans la construction de l'Europe. Dans un mouvement d' « européanisation » des constitutions nationales, plusieurs constitutions ont été révisées à cette occasion afin d'y intégrer des dispositions *propres* à l'Union européenne¹⁷⁸. Si ces dispositions sont hétérogènes (a), elles consacrent la spécificité du droit de l'Union en droit national (b).

a) La diversité des clauses Europe

Il est possible de distinguer trois grandes catégories parmi les dispositions constitutionnelles spécifiques à l'UE. En premier lieu, certaines sont censées permettre le transfert de compétences dans le cadre particulier de l'Union européenne. Elles peuvent être générales comme au Portugal¹⁷⁹, en Suède¹⁸⁰, en Slovaquie¹⁸¹ ou en Roumanie¹⁸². Elles

limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, *Rec.* 3) ; « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leur juridiction » (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Rec.* 1141).

¹⁷⁸ Sur ce sujet, dans une approche comparative, v. RIDEAU J. (dir.), *Les États membres de l'Union européenne. Adaptations, mutations, résistances*, LGDJ, 1997 ; DE WITTE B., « Constitutional Aspects of European Union Membership in the Original Six Member States : Model Solutions for the Applicant Countries ? », in KELLERMANN A.E., DE SWAAN J.W., CZUCZAI J. (ed.), *EU Enlargement. The Constitutional Impact at EU and National Level*, T.M.C. Asser Press, 2001, p. 65 ; ZILLER J. (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, 2003 ; ALBI A., « « Europe » Articles in the Constitutions of Central and Eastern European Countries » (2005) 42 *CMLR*, p. 399 ; CLAES M., « Constitutionalizing Europe at its Source: The 'European Clauses' in the National Constitutions: Evolution and Typology » (2005) 24 *YEL* 1, p. 81.

¹⁷⁹ L'article 7 § 6 de la Constitution portugaise dispose : « Sous réserve de réciprocité, en observant les principes fondamentaux de l'état de droit démocratique et le principe de la subsidiarité, le Portugal peut s'accorder sur l'exercice en commun, grâce à la coopération ou grâce aux institutions de l'Union, des pouvoirs nécessaires à l'édification et à l'approfondissement de l'Union européenne, aux fins d'assurer la cohésion économique, sociale et territoriale, un espace de liberté, de sécurité et de justice. Il définit une politique extérieure, de sécurité et de défense communes qu'il applique ».

¹⁸⁰ Aux termes de l'article 5 du chapitre X de la Constitution suédoise, « le Riksdag peut transférer à l'Union européenne son pouvoir de décision dans la mesure où cela n'affecte pas les principes de la Constitution ».

¹⁸¹ Sur la base de l'article 7 § 2 de la Constitution de la Slovaquie, « la République slovaque peut, par un traité international, qui sera ratifié et promulgué selon la procédure fixée par la loi, ou sur la base d'un tel traité, transférer l'exercice d'une partie de ses compétences aux Communautés européennes et à l'Union européenne. Les normes juridiquement obligatoires des Communautés européennes et de l'Union européenne jouissent de la primauté sur les lois de la République slovaque. La transposition des normes juridiquement obligatoires qui doivent être appliquées est réalisée par la loi ou par le pouvoir réglementaire, conformément à l'article 120, alinéa 2 ».

peuvent également être circonscrites à un ensemble de compétences dont l'exercice par l'Union a préalablement été déclaré inconstitutionnel. C'est ainsi le cas de la France où chaque révision a individuellement répondu aux objections soulevées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions successives¹⁸³. En second lieu, les constitutions étatiques peuvent présenter des articles relatifs à la participation des organes nationaux au processus de décision communautaire. Il en est ainsi des dispositions permettant au Parlement de contribuer à la prise de décision à travers l'examen des projets d'actes législatifs¹⁸⁴, de leur compatibilité avec le principe de subsidiarité¹⁸⁵ et de la mise en œuvre des procédures de révision simplifiée¹⁸⁶. Les régions elles-mêmes sont parfois associées à la prise de décision en matière communautaire, notamment dans les États fédéraux¹⁸⁷. En dernier lieu, les constitutions des États membres ont pu se doter de clauses générales subordonnant à certaines conditions le principe de l'appartenance de l'État en question à l'UE. Il en est notamment ainsi de l'article 23 de la Loi fondamentale allemande¹⁸⁸, des articles 7 § 6 et 8 § 4 de la Constitution portugaise¹⁸⁹ et de l'article 5 du chapitre X de la Constitution suédoise¹⁹⁰. Ces différentes dispositions témoignent de ce que la doctrine italienne a appelé les *controlimiti*, autrement dit les limites matérielles de la participation de l'État membre à l'UE¹⁹¹. A l'origine

¹⁸² En vertu de l'article 148 § 1 de la Constitution roumaine, « l'adhésion de la Roumanie aux traités constitutifs de l'Union européenne, aux fins du transfert de certaines attributions envers les institutions communautaires, ainsi que de l'exercice en commun avec les autres États membres des compétences prévues par ces traités, se réalise par une loi adoptée en séance commune de la Chambre des Députés et du Sénat, à une majorité de deux tiers du nombre des députés et des sénateurs ».

¹⁸³ Voir les articles 88-2 (issu de la révision de 1992, abrogé en partie par celle de 2008), 88-3, 88-4, 88-6 et 88-7.

¹⁸⁴ Article 88-4 C. Pour l'Allemagne, v. les articles 23 III à V LF.

¹⁸⁵ V. Article 88-6 de la Constitution française ; de même, v. article 23 I a) de la Loi fondamentale allemande.

¹⁸⁶ Article 88-7 C.

¹⁸⁷ Par exemple, v. l'article 23 VI de la Loi fondamentale allemande.

¹⁸⁸ Aux termes de l'article 23 I, « pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. L'article 79, al. 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels modifications ou compléments ».

¹⁸⁹ Article 7 § 6 précité. Aux termes de l'article 8 § 4, « les traités de l'Union européenne et les normes édictées par ses institutions, dans le cadre de leurs compétences, sont applicables dans l'ordre interne, conformément au droit de l'Union, en observant les principes fondamentaux de l'État de droit démocratique ».

¹⁹⁰ « Le Riksdag peut transférer à l'Union européenne son pouvoir de décision dans la mesure où cela n'affecte pas les principes de la Constitution. Ce transfert suppose que la protection des droits et des libertés dans le champ de la coopération qui est concerné par ce transfert correspond à celle qui est donnée par cette Constitution et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

¹⁹¹ V. notamment RUGGERI A., « "Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tra teorie delle fonti e teoria dell'interpretazione" », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 102.

créations jurisprudentielles nées en Italie et en Allemagne¹⁹². les *controlimiti* ont été intégrées dans certaines constitutions écrites, ainsi que l'illustrent les exemples précédents. Délimitant un cœur constitutionnel, il ressort qu'elles renvoient en pratique à la protection des droits de l'homme, au principe démocratique et à l'État de droit. Certes, ces éléments constituent autant de conditions susceptibles de faire obstacle à l'application uniforme du droit de l'Union. En un sens, il apparaît même que la définition de l'UE va relever – du moins en partie – de la constitution des États. Néanmoins, il s'agit d'admettre que des clauses de ce type reconnaissent dans le même temps l'importance et la spécificité de l'Union européenne en droit interne.

b) La reconnaissance constitutionnelle du statut spécifique du droit de l'Union

Les clauses Europe suggèrent que l'on ne peut traiter le droit de l'Union comme le droit international classique : à situation différente, traitement différent. En pratique, il s'agit de déterminer en quoi consiste cette différence de traitement. Si l'on admet que la raison d'être de ces clauses ne peut se réduire à leur dimension symbolique, on supposera alors qu'elles ont pour objet de restreindre les hypothèses de contrôle des normes de l'Union par rapport à celles issues des traités de droit commun, l'objectif ultime étant de limiter les censures et les déclarations d'inconstitutionnalité afin de faciliter la pénétration du droit de l'Union en regard du droit international. A titre d'exemple, on se référera à l'article 29.4.6 de la Constitution irlandaise. En effet, dès son adhésion au marché commun, l'Irlande a amendé sa Constitution en adoptant notamment une disposition censée assurer l'immunité des normes européennes et des normes internes présentant un lien avec le droit de l'Union. Ainsi, aux termes de l'actuel article 29.4.6 issu de la révision permettant la ratification du traité de Lisbonne,

« aucune disposition de la présente Constitution n'annule les lois promulguées, les actes accomplis ou les mesures adoptées par l'État avant, pendant ou après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, en application des obligations souscrites comme membre de l'Union européenne (...) ou n'empêche d'avoir force de loi dans l'État les

¹⁹² Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973, *Frontini*, sentence n.183/73, 18 *Giur. Cost.* I 2401 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

lois promulguées, les actes accomplis et les mesures prises par ladite Union européenne (...). »

En première analyse, la couverture constitutionnelle apparaît illimitée : l'ensemble des normes prises « en application des obligations souscrites comme membre de l'Union européenne » semblent pouvoir bénéficier de l'immunité contentieuse. Il reste cependant à voir comment réagira la Cour suprême à l'occasion de prochains litiges. En effet, dès 1986 dans son célèbre arrêt *Crotty vs. An Taoiseach* relatif à l'Acte unique européen¹⁹³, la haute juridiction irlandaise avait interprété restrictivement cette disposition. Elle avait en effet limité le champ d'application de la clause d'immunité en jugeant que celle-ci était bornée par le critère de nécessité résultant expressément de la clause d'immunité qui était rédigée de manière légèrement différente avant la révision de 2009. Celle-ci faisait en effet état que

« aucune disposition de la présente Constitution n'annule des lois promulguées, des actes accomplis, ou des mesures adoptées par l'État, qui sont rendus nécessaires par les obligations découlant de l'adhésion à l'Union européenne ou aux Communautés. »

Du fait de cette formulation, l'Irlande n'a pas pu s'appuyer sur cet article et a dû procéder à une révision de sa Constitution à chaque nouveau traité. Il en fut de même s'agissant du sort de certaines mesures nationales prises en application d'un acte de droit dérivé laissant une marge d'appréciation discrétionnaire aux autorités irlandaises¹⁹⁴. Or, il se pourrait fort bien que, dans sa nouvelle rédaction, l'article 29.4.6 de la Constitution irlandaise retrouve tout son potentiel et remplisse finalement l'objectif de facilitation de l'insertion du droit communautaire en Irlande. Dans ce contexte, il n'est pas exclu que l'article 88-1 de la Constitution française puisse à son tour jouer un tel rôle dans l'avenir.

¹⁹³ *Crotty v. An Taoiseach* [1987] IR 713.

¹⁹⁴ *V. Greene v. Minister for Agriculture* [1990] 1 IR 17; *Maher v. Minister for Agriculture and Food* [2001] 2 IR 139. Notons cependant que la jurisprudence relative au critère de nécessité s'est avérée fluctuante. Pour une interprétation souple, voir par exemple: *Lawlor v. Minister for Agriculture* [1990] 1 IR 356 ; *Meagher v. Minister for Agriculture and Food* [1994] 1 IR 329. De manière générale sur cette thématique, v. HOGAN G., WHYTE G., J.M. Kelly *The Irish Constitution*, Lexis Nexis Butterworths, 4th éd., 2003, pp. 513s.

B. L'article 88-1, clause d'intégration de la Constitution française dans la limite du respect de l'identité constitutionnelle ?

Si l'article 88-1 de la Constitution française commence à déployer quelques effets (1), il présente selon nous un potentiel tel qu'il pourrait devenir, à l'image de l'article 23 de la Loi fondamentale allemande, une véritable clause d'intégration sous réserve qu'il fasse l'objet d'une nouvelle rédaction intégrant l'identité constitutionnelle (2).

1) L'utilisation actuelle de l'article 88-1 C

Aux termes de l'article 88-1,

« la République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. »

Si, au moment de son introduction par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, cette disposition semblait ne présenter qu'une valeur symbolique (a), il fut récemment « découvert » par les juridictions françaises (b).

a) Un énoncé initialement déclaratoire et symbolique

À partir de 1992, on assiste en France à une prise en compte croissante de la spécificité du droit de l'Union à travers l'adoption puis les révisions successives de l'actuel titre XV de la Constitution intitulé *De l'Union européenne*. Pendant longtemps cependant, ces dispositions n'ont traduit aucune réelle différence de traitement par rapport au droit international public. Non seulement nous savons que l'examen de la constitutionnalité des traités communautaires est identique à celui des autres traités, mais le *modus operandi* choisi par le pouvoir constituant dérivé aux fins de faire entrer l'Union européenne au sein de la loi

fondamentale française ne témoigne guère d'une réelle volonté de créer un statut du droit de l'Union en droit interne.

Le constituant français tend en effet à procéder à des révisions-adjonctions au coup par coup afin de surmonter les déclarations d'inconstitutionnalité. Il a adopté des amendements *ad hoc* pour permettre en 1992 la monnaie unique¹⁹⁵ ainsi que le droit de vote des ressortissants européens aux élections locales¹⁹⁶ et, en 2003, l'instauration du mandat d'arrêt européen¹⁹⁷. De même, à partir de Maastricht, il a institué des procédures constitutionnelles associant le Parlement¹⁹⁸ au processus de décision communautaire afin de répondre aux exigences du droit de l'Union. Certes, ces nouvelles dispositions sont en un sens spécifiques à celui-ci étant donné qu'elles autorisent sa mise en œuvre concrète. Cependant, elles ne reflètent pas *en tant que telle* la spécificité du droit de l'Union par rapport au droit international.

Initialement, l'article 88-1 n'avait pas été pensé de cette manière. D'abord, il doit être souligné que, dans son projet de loi constitutionnelle de 1992, le Gouvernement ne prévoyait pas d'introduire l'article 88-1 dans sa forme générale actuelle. Le projet se contentait de dispositions répondant aux motifs d'inconstitutionnalité soulevés par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Maastricht 1*. En réalité, l'article 88-1 est le résultat d'un amendement parlementaire proposé notamment par Alain Lamassoure visant précisément à ancrer la participation de la France dans la nouvelle « Union européenne¹⁹⁹ ». Si l'on pouvait penser qu'une telle disposition n'avait d'autre valeur que purement déclaratoire, les plus hautes juridictions nationales tendent désormais à lui attribuer quelque effet.

¹⁹⁵ Article 88-2 C (abrogé dans son premier alinéa en 2008).

¹⁹⁶ Article 88-3 C.

¹⁹⁷ Article 88-2 alinéa 2 (2003).

¹⁹⁸ Articles 88-4, 88-6 et 88-7 (respectivement sur le contrôle parlementaire des propositions d'actes législatifs européens, de leur compatibilité avec le principe subsidiarité et de la mise en œuvre des procédures de révision simplifiée).

¹⁹⁹ V. les rapports Gouzes n° 2676 et 2684 des 2 et 9 mai 1992 au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale. Aussi, compte-rendu intégral de la 1^{ère} séance du mardi 12 mai 1992 (Assemblée nationale), *JORF* n° 26 [1] du 13 mai 1992, p.1005, sp. 1012 ; compte-rendu intégral de la 1^{ère} séance du jeudi 18 juin 1992 (Assemblée nationale), *JORF* n° 50 [1] du 19 juin 1992, p. 2537, sp. 2541-2542. V. également GREWE C., « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, 11, p. 413, sp. 431.

b) Un énoncé gagnant en normativité

D'abord, dans sa décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*²⁰⁰, le Conseil constitutionnel a non seulement utilisé l'article 88-1 aux fins de relativiser le principe de primauté mais il en a également déduit des conséquences quant à la nature de l'Union. D'une part, les juges de la rue de Montpensier ont expressément assis la primauté du droit de l'Union sur l'article 88-1²⁰¹ sans toutefois lui reconnaître une portée absolue. L'interprétant à la lumière de la clause d'identité nationale présente à l'article I-5 TECE, ils n'ont pas hésité à réaffirmer dans le même temps « la place [de la Constitution française] au sommet de l'ordre juridique interne²⁰² ». Ce faisant, les Sages semblent s'être montrés particulièrement monistes sur un plan théorique dans la mesure où ils ont rattaché le droit de l'Union à une disposition constitutionnelle nationale faisant office de norme d'habilitation. Néanmoins, la reconnaissance de la primauté matérielle – sinon formelle – du droit de l'Union est remarquable. En ne se fondant pas sur l'article 55 C²⁰³, elle constitue la première illustration jurisprudentielle du statut particulier réservé à celui-ci par le droit constitutionnel interne. D'autre part, bien que le Conseil constitutionnel considéra que le nouveau traité de Rome « conservait le caractère d'un traité international²⁰⁴ », il admit pour la première fois, toujours sur la base de l'article 88-1, que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international²⁰⁵ », faisant écho à la jurisprudence communautaire la plus classique.

Dépassant la simple reconnaissance symbolique, le Conseil constitutionnel a également dégagé de l'article 88-1 C une obligation constitutionnelle de transposition des directives assortie d'un contrôle restreint de la compatibilité des lois de transposition avec la

²⁰⁰ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173.

²⁰¹ Considérant n° 13.

²⁰² Considérant n° 10. Notons au passage que le Conseil a fait ici implicitement usage de la technique de la réserve d'interprétation que nous retrouverons plus loin. En effet, le principe de primauté a été interprété conformément à la Constitution française afin de pouvoir être validé. Ceci pose le problème du statut des réserves d'interprétation des traités (v. *infra* pp. 170-171).

²⁰³ Aux termes de l'article 55, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Comme on le sait, cette disposition justifie en France l'exercice d'un contrôle de conventionnalité par les juges ordinaires, que ce soit au regard du droit international ou du droit de l'Union. Dans ce contexte, la découverte d'un fondement distinct pour la pénétration de ce dernier est tout à fait remarquable.

²⁰⁴ Considérant n° 9.

²⁰⁵ Considérant n° 11. La formule a été reprise dans la décision relative au traité de Lisbonne (considérant n° 7).

directive²⁰⁶ tandis que, trois ans plus tard, le Conseil d'État faisait lui-même dériver de l'article 88-1 une *exigence*²⁰⁷ constitutionnelle de transposition justifiant la suspension de principe de son contrôle des règlements de transposition. Ces évolutions jurisprudentielles sont notables dans la mesure où elles témoignent, à travers la suspension de principe du contrôle de constitutionnalité et l'exercice d'un « contrôle-qualité » en matière de transposition²⁰⁸, de la volonté de réserver un traitement spécifique au droit de l'Union.

Enfin, la dernière rédaction de l'article 88-1 C telle qu'elle résulte de la révision permettant la ratification du traité de Lisbonne a pu être interprétée comme comportant une « autorisation-balai de ratification²⁰⁹ ». Il est vrai en effet que le pouvoir constituant dérivé a abrogé partiellement l'article 88-2 en ce que celui-ci autorisait les transferts de compétences nécessaires à la mise en place de l'union économique et monétaire ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières. Désormais, il apparaît que le nouvel article 88-1 permet de « couvrir l'ensemble des transferts de compétences opérés antérieurement au traité de Lisbonne et par ce dernier traité²¹⁰ », ce qui ne saurait en aucun cas signifier qu'il valide a priori les futurs transferts de compétences sans révision préalable. Au vu de ces récentes évolutions, il est permis de se demander dans quelle mesure l'article 88-1 C pourrait à l'avenir se voir reconnaître de nouvelles vertus normatives.

2) *L'utilisation potentielle de l'article 88-1 C*

Plus qu'une obligation constitutionnelle de transposition des directives, l'article 88-1 C pourrait contenir en germe à la fois une clause d'intégration et une clause de sauvegarde, à l'image de l'article 23 I de la Loi fondamentale allemande. À la lumière de la réserve d'identité constitutionnelle, il pourrait en effet produire des effets substantiels destinés à limiter, en rapport avec la construction européenne, les révisions-adjonctions de la

²⁰⁶ V. la décision précitée *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* du 10 juin 2004.

²⁰⁷ Sur la distinction entre obligation et exigence constitutionnelle de transposition, v. MAGNON X., « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2007, 3, p. 578.

²⁰⁸ Opérant depuis l'arrêt *Nicolo* un contrôle de conventionnalité sur la base de l'article 55 C, y compris des lois postérieures aux traités en cause, le Conseil d'État n'avait bien entendu pas à préciser qu'il contrôle la compatibilité du texte de transposition avec la directive.

²⁰⁹ SAULNIER-CASSIA E., « Pour une lecture actualisée de l'article 88-1 de la Constitution », *AJDA*, 2010, p. 1505.

²¹⁰ V. le rapport Gélard n° 175 du 23 janvier 2008 au nom de la Commission des lois du Sénat.

Constitution de la Ve République (a). Pour ce faire, un effort interprétatif de la part du Conseil constitutionnel ne saurait remplacer à notre sens une nouvelle rédaction inspirée de l'exemple allemand (b).

a) La finalité : asseoir l'autorité de la Constitution tout en facilitant l'insertion du droit de l'Union en droit interne

Avec les institutions et les droits fondamentaux, la participation de la France à l'Union européenne est l'un des trois principaux motifs de révision constitutionnelle. En effet, entre 1992 et 2008, la Constitution de la Ve République a été modifiée à cinq reprises en raison de son appartenance à l'UE²¹¹. Or, cette instabilité constitutionnelle chronique apparaît porteuse d'externalités négatives, tant pour la Constitution elle-même que pour l'Union européenne.

Tout d'abord, on ne garantit pas l'autorité de la Constitution en la révisant à chaque fois qu'un nouveau traité ou, le cas échéant, un acte de droit dérivé est inconstitutionnel. Louis Favoreu dénonça en son temps ces révisions-adjonctions qui seraient à l'origine selon lui d'une Constitution duale ou d'une Constitution bis²¹². Non seulement celles-ci seraient source d'instabilité mais elles seraient également facteur d'incohérence face aux dispositions relatives à la souveraineté nationale que le doyen d'Aix-en-Provence interprétait de manière traditionnelle. Prenant acte de cette critique, il s'agirait donc de permettre une réduction des hypothèses de révision constitutionnelle tout en posant dans le même temps une limite ultime de l'appartenance de l'État à l'Union européenne, sans quoi la Constitution ne serait *de facto* plus que lettre morte.

²¹¹ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 (dispositions permettant de ratifier le traité de Maastricht) ; loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 (traité d'Amsterdam) ; loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 (mandat d'arrêt européen) ; loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 (traité établissant une Constitution pour l'Europe) ; loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution (traité de Lisbonne) ; loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République (non spécifique cependant à l'UE). Notons, d'une part, que la Constitution n'a pas dû être révisée en vue de la ratification du traité de Nice et que, d'autre part, la révision constitutionnelle de 2005 ouvrant la voie à la ratification du traité constitutionnel est restée partiellement caduque du fait de la non-entrée en vigueur de celui-ci.

²¹² « On ne peut introduire un titre sur mesure pour l'Union européenne sans toucher à la « vieille » Constitution : il ne peut y avoir une Constitution « duale » ou une Constitution *bis* à côté de la Constitution officielle » (FAVOREU L., « Constitution révisée ou Constitution bis ? », *Le Figaro*, 21 avril 1992 (reproduit in *La Constitution et l'Europe*, Montchrestien, 1992, p. 355). En conséquence, le doyen Favoreu plaidait en faveur d'une révision-modification de l'article 3 de la Constitution et de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Ensuite, il serait erroné de penser que l'Union européenne est indifférente à la manière par laquelle son droit est intégré au droit interne. Certes, l'effectivité et l'uniformité de son application constituent les principaux objectifs. Cependant, ceux-ci ne doivent pas éluder la question de sa légitimité²¹³. Or celle-ci passe entre autres par l'eupéanisation des constitutions nationales, autrement dit par son enracinement au sein même de ces dernières à travers des clauses générales dont la portée ne serait pas exclusivement symbolique²¹⁴. Par conséquent, l'article 88-1 « idéal » devrait à la fois faciliter la pénétration du droit de l'Union en droit interne (en d'autres termes, les transferts de compétences) tout en utilisant un langage qui serait compatible avec le droit de l'Union comme avec le droit national. Dans ce contexte, la notion d'identité constitutionnelle pourrait valablement faire son entrée dans la Constitution française.

b) Les moyens : une révision de l'article 88-1 à la lumière de l'article 23 I de la Loi fondamentale allemande et de la notion d'identité constitutionnelle

Si nous tendons à penser que la rédaction de l'article 88-1 devrait être inspirée de la « clause Europe » allemande (i), nous sommes conscients des difficultés, cependant non dirimantes selon nous, que cela pourrait engendrer (ii).

i. L'inspiration allemande

Au regard des finalités qui lui sont assignées, l'article 88-1 pourrait s'inspirer des deux dimensions de la « clause Europe » allemande afin de faciliter l'intégration européenne tout en sauvegardant l'identité constitutionnelle²¹⁵. Adopté afin de permettre la ratification du traité de Maastricht face aux changements qualitatifs que celui-ci engendrait, l'article 23 I de

²¹³ V. DUBOUT E., NABLI B., « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », *RFDA*, 2010, p. 1021.

²¹⁴ Voyant dans l'eupéanisation des Constitutions des États membres un élément essentiel du processus de constitutionnalisation de l'Union européenne, v. CLAES M., *op. cit.*, 83.

²¹⁵ Suggérant également une clause Europe à l'allemande pour l'Italie, v. LA PERGOLA A., « Quale Europa-Artikel per l'Italia ? », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Giuffrè, 1998, p. 537. Dans cette étude, l'auteur propose également d'intégrer les contrelimites italiennes dans la clause Europe (*ibid.* 545).

la Loi fondamentale allemande²¹⁶ constitue aussi bien une clause d'ouverture qu'une clause de fermeture, une clause d'intégration (*Integrationsöffnungsklausel*) qu'une clause de sauvegarde (*Bestandssicherungsklausel*). D'un côté, il autorise largement et *a priori* les transferts de compétences vers l'Union européenne²¹⁷ même si ceux-ci ne peuvent être entérinés par une loi ordinaire votée à la majorité des voix par le Bundestag mais exigent non seulement une majorité qualifiée dans cette enceinte mais aussi l'approbation du Bundesrat²¹⁸. D'un autre côté, l'article 23 I pose deux types de limites à la participation de l'Allemagne dans l'Union européenne. D'une part, en définissant de manière normative les contours de l'UE dans son premier alinéa, il impose à ceux-ci de respecter un certain nombre de principes, en l'occurrence la démocratie, l'État de droit, l'État social, le principe fédératif, la subsidiarité et une protection comparable des droits fondamentaux. Ce faisant, il exprime l'exigence de *congruence structurelle*, c'est-à-dire de compatibilité de fond entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique allemand²¹⁹. D'autre part, il verrouille ce dernier dans son alinéa 3 en subordonnant l'intégration européenne au respect des limites matérielles de la révision constitutionnelle posées par l'article 79 III LF²²⁰. Traditionnellement qualifiée de « clause d'éternité », cette disposition protège le fédéralisme, les droits fondamentaux et l'État démocratique et social contre toute révision. Prises ensemble, on constate non seulement que ces deux limites se recoupent mais qu'elles constituent une « zone tabou »²²¹ relativement étendue que le droit de l'Union ne peut en aucun cas pénétrer. Largement spécifiques au droit allemand, ces limites nous renvoient directement à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne. Si l'expression n'est pas utilisée, il apparaît en fin de compte que l'article 23 I a pour objet de favoriser l'intégration européenne dans le respect de l'identité constitutionnelle nationale.

²¹⁶ Pour un commentaire de l'article 23, v. en particulier celui de Rupert Scholz, in MAUNZ T., DÜRIG G. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, 2011 (www.beck-online.beck.de).

²¹⁷ Défendant l'idée que l'adoption de l'article 23 I était elle-même contraire aux limites matérielles de la révision en ce que cette disposition permettrait l'évolution de l'Union vers un État fédéral et la rétrogradation consécutive de l'Allemagne du rang d'État souverain à celui d'État membre, v. DI FABIO U., « Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung? », (1993) 32 *Der Staat* 2, p. 191, sp. 199 et 206 ; soutenant par suite la nécessaire intervention du pouvoir constituant originaire via référendum, v. MURSWIEK D., « Maastricht und der Pöuvoir Constituant. Zur Bedeutung der verfassungsgebenden Gewalt im Prozess der Europäischen Integration », (1993) 32 *Der Staat* 2, p. 161.

²¹⁸ V. articles 23 I et 79 II LF.

²¹⁹ V. EVERLING U., « Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes », *DVBl*, 1993, p. 936, sp. 944-945. On a pu dénoncer à ce propos « l'impérialisme constitutionnel » de l'article 23 I.

²²⁰ Aux termes de l'article 79 III LF, « toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ».

²²¹ V. BREUER R., « Die Sackgasse des neuen Europaartikels (Art. 23 GG) », *NVwZ*, 1994, 5, p. 417, sp. 419.

Dès lors, nous suggérons que le constituant français s'inspire du modèle allemand et adopte une nouvelle rédaction de l'article 88-1 du type :

« La République française participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences. Dans la limite du respect de son identité constitutionnelle, elle consent aux transferts de compétences et aux normes de droit dérivé qui résultent de son statut d'État membre de l'Union européenne. »

Une telle constitutionnalisation de la réserve d'identité n'est pas absolument inédite. En effet, les fins connaisseurs des débats parlementaires relatifs au traité de Maastricht se souviendront de l'amendement proposé par Nicole Catala. Avant même que ne soit adopté en Allemagne l'actuel article 23 I, la députée gaulliste avait suggéré une définition positive de l'Union européenne en introduisant dans la Constitution les principes essentiels gouvernant l'Union et ses rapports avec la France, en l'occurrence le respect des principes fondamentaux, de l'ordre juridique constitutionnel interne et de l'identité nationale ainsi que le cantonnement des pouvoirs de l'Union à l'exercice des compétences strictement nécessaires à l'application du traité²²². Plus récemment, à l'occasion de la révision constitutionnelle ouvrant la voie à la ratification du traité de Lisbonne, Joël Rideau proposa l'insertion d'une réserve de constitutionnalité qui aurait expressément fait référence à l'identité constitutionnelle de la France : si et seulement si le Conseil constitutionnel déclarait un engagement communautaire contraire à celle-ci, la ratification de cet engagement ne pourrait intervenir qu'après révision constitutionnelle²²³. Face à cette suggestion, on regrettera que le rapporteur du Sénat se contenta de noter que « la solution d'une clause générale autorisant par avance des transferts de compétences ne [faisait] pas consensus²²⁴ ».

²²² V. le rapport supplémentaire n° 2684 de M. Gérard Gouzes, précité.

²²³ Le professeur Rideau suggérait ainsi de rédiger les articles 88-1 et 88-2 dans les termes suivants : *Art. 88-1.*- « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences dans le cadre des traités sur lesquels repose l'Union européenne et de leurs modifications. » ; *Art. 88-2.*- « Si le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un nouvel engagement pris dans le cadre de l'Union européenne comporte une clause contraire à l'identité constitutionnelle, la ratification ou l'approbation de l'engagement en cause ne peut intervenir qu'en vertu d'une loi constitutionnelle autorisant la ratification et procédant en cas de besoin à la révision de la Constitution. »

²²⁴ V. le rapport Gélard, précité, qui ajoutait : « Il faut également noter qu'en l'espèce une telle clause n'aurait pas suffi à éviter une révision de la Constitution. Une nouvelle révision eût en effet été nécessaire pour permettre à l'Assemblée nationale et au Sénat d'exercer leurs nouvelles prérogatives en matière de subsidiarité et de « clauses passerelles ».

Compte tenu des finalités assignées à un nouvel article 88-1, nous souscrivons plus à la prise de position du professeur Rideau qu'à l'amendement Catala en ce que ce dernier, d'une part, va bien au-delà de ce que la jurisprudence constitutionnelle exige aujourd'hui et, d'autre part, ne permet pas à l'identité constitutionnelle de remplir sa mission de conciliation. Néanmoins, la proposition de Joël Rideau ne nous paraît pas pleinement satisfaisante en ce que celle-ci lie exclusivement l'identité constitutionnelle à l'exercice du contrôle de constitutionnalité. À notre sens, une formulation unissant les approches allemande et irlandaise à l'égard de l'Union présenterait plusieurs avantages. D'abord, elle établirait explicitement un pont entre le droit de l'Union et le droit national. Ensuite, à travers le recours au concept d'identité constitutionnelle, elle permettrait de souligner la spécificité de l'Union en réorientant le contrôle du Conseil constitutionnel dans un sens plus restrictif. Enfin, elle signifierait qu'une révision de la Constitution ne saurait intervenir qu'en cas de modification substantielle des traités européens ou d'atteinte caractérisée à l'identité constitutionnelle²²⁵. Cependant, nous reconnaissons que cette rédaction n'est pas sans présenter également quelques inconvénients, non dirimants néanmoins.

ii. Des difficultés surmontables

En premier lieu, on pourrait nous opposer le fait que l'on suggère encore une nouvelle révision du titre XV de la Constitution alors que l'encre est à peine sèche. Cet argument n'est pas concluant selon nous. En effet, non seulement cette révision aurait pour objet d'éviter à l'avenir les révisions-adjonctions, mais l'article 88-1 devra en tout état de cause faire l'objet d'une nouvelle révision à l'occasion de l'adoption d'un nouveau traité étant donné qu'il fait expressément référence au traité de Lisbonne alors qu'il était rédigé de manière plus neutre auparavant²²⁶.

En deuxième lieu, les disciples de Louis Favoreu verront dans la nouvelle rédaction de l'article 88-1 un pis-aller ne résolvant en aucun cas le problème de la Constitution duale. Certes, la Constitution duale au sens du doyen d'Aix subsistera étant donné que les articles de

²²⁵ Dans cette hypothèse, la révision supposera nécessairement la tenue d'un référendum (cf. plus haut les développements relatifs au pouvoir constituant dans le contexte d'une atteinte à l'identité constitutionnelle).

²²⁶ Jusqu'en 2008, il se référait en effet « aux traités qui les [la Communauté européenne et l'Union européenne] ont institués ».

la souveraineté demeureront inchangés. Cependant, nous considérons que ceux-ci ne doivent pas nécessairement être révisés car, d'une part, la souveraineté nationale n'est pas intrinsèquement incompatible avec le transfert de compétences substantielles à l'Union européenne et, d'autre part, la « dualité » de la Constitution de la Vème République ne remonte pas à 1992 mais à 1971 lorsque le Conseil constitutionnel a reconnu que le préambule de la Constitution de 1946 – et avec lui l'autorisation des limitations de souveraineté – faisait partie du bloc de constitutionnalité.

En troisième lieu, on nous reprochera que la notion d'identité constitutionnelle est non seulement trop obscure mais également trop conservatrice pour faire son entrée dans le texte de la Constitution. Or, nous tendons à penser que le flou qui enveloppe ce concept est justement un gage de flexibilité. Loin d'inscrire dans le marbre un ensemble de principes constitutifs comme en Allemagne, la simple mention de l'identité constitutionnelle octroie une marge de manœuvre significative au Conseil constitutionnel dans sa fonction d'interprète authentique. Elle permet ainsi d'envisager le caractère évolutif et non pas figé de l'identité constitutionnelle conformément à la théorie du changement de circonstances.

En dernier lieu, on nous interrogera sur le sort réservé aux cas intermédiaires qui auraient traditionnellement fait l'objet d'une censure de la part du Conseil constitutionnel, autrement dit des transferts de compétences ou des modalités nouvelles d'exercice de celles-ci qui s'avéreraient contraires aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Dans ces hypothèses non négligeables, on pourrait imaginer qu'elles ne donnent plus lieu à une révision mais à la mise en œuvre d'une procédure législative plus solennelle que la ratification simplement autorisée par une loi ordinaire. Le droit comparé peut encore une fois nous éclairer étant donné que plusieurs États membres recourent à des procédures législatives plus complexes de préférence à une révision constitutionnelle dans l'hypothèse de la ratification d'un nouveau traité. Ainsi, des majorités qualifiées dans les deux assemblées vont être exigées non seulement en Allemagne²²⁷ mais aussi aux Pays-Bas²²⁸, en Pologne²²⁹,

²²⁷ V. *supra*.

²²⁸ Aux termes de l'article 91.3 de la Constitution néerlandaise: « lorsqu'un traité comporte des dispositions qui dérogent à la Constitution ou contraignent à y déroger, les Chambres ne peuvent donner leur approbation qu'aux deux tiers au moins des voix exprimées ».

²²⁹ L'article 90 § 2 de la Constitution de la Pologne dispose que « la loi autorisant la ratification du traité visé au premier alinéa est adoptée par La Diète à la majorité des deux tiers des voix, la moitié au moins du nombre constitutionnel des députés étant présents et par le Sénat, à la majorité des deux tiers des voix, la moitié au moins du nombre constitutionnel des sénateurs étant présents ».

en Grèce²³⁰ ou en Roumanie²³¹. En France, on pourrait tout à fait imaginer un mécanisme de ce type à moins que l'on ne préfère recourir à une loi organique par exemple.

En toute hypothèse, il apparaît que l'entrée de l'identité constitutionnelle dans la Constitution de 1958 serait d'autant plus opportune qu'elle renforcerait la dimension coopérative de celle-ci, mettant ainsi un peu plus en évidence le caractère encore très défensif de l'approche allemande.

²³⁰ En vertu de l'article 28 § 3 de la Constitution grecque, « la Grèce procède librement, par une loi adoptée à la majorité absolue du nombre total des députés, à des restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où cela est dicté par un intérêt national important, ne lèse pas les droits de l'homme et les fondements du régime démocratique et est effectué sur la base du principe de l'égalité et sous la condition de réciprocité ».

²³¹ Aux termes de l'article 148 § 1 de la Constitution roumaine, « l'adhésion de la Roumanie aux traités constitutifs de l'Union européenne, aux fins du transfert de certaines attributions envers les institutions communautaires, ainsi que de l'exercice en commun avec les autres États membres des compétences prévues par ces traités, se réalise par une loi adoptée en séance commune de la Chambre des Députés et du Sénat, à une majorité de deux tiers du nombre des députés et des sénateurs ».

Chapitre 2 : Une stratégie relativement solitaire en Allemagne

Avec l'Italie, l'Allemagne est le premier État membre à avoir opposé des réserves de constitutionnalité à l'intégration européenne. La saga est suffisamment connue pour qu'il ne soit pas nécessaire d'entrer dans tous les détails. On se contentera donc de rappeler à ce stade qu'en 1974, la Cour constitutionnelle fédérale insista dans son arrêt *Solange I*²³² sur le fait qu'elle se réservait le droit de se prononcer sur la conformité du droit communautaire au regard des droits fondamentaux constitutionnellement garantis aussi longtemps que la protection communautaire de ceux-ci ne serait pas suffisante. Constatant en 1986 que celle-ci était désormais comparable à la protection assurée par la Loi fondamentale, elle décida d'adopter une attitude plus coopérative et de suspendre son contrôle aussi longtemps que le droit communautaire garantirait une protection équivalente à celle du droit constitutionnel (*Solange 2*)²³³. Compte tenu de l'importance des droits fondamentaux dans l'ordre juridique allemand, on pouvait *a priori* voir dans cette décision un tournant dans la jurisprudence européenne de la Cour constitutionnelle. Or, à l'occasion de l'examen du traité de Maastricht²³⁴, celle-ci exprima à nouveau sa résistance vis-à-vis d'une construction européenne qui ne serait pas maîtrisée. Alors qu'elle venait à peine de neutraliser sa réserve des droits fondamentaux, elle en édicta une nouvelle en se reconnaissant le droit de contrôler si la Communauté européenne ne venait pas à outrepasser ses compétences en violation du principe des compétences d'attribution (*contrôle ultra vires*). Présentant un contraste singulier avec l'arrêt *Solange 2*, cette décision fut accueillie avec un grand scepticisme par la doctrine qui put y voir l'expression de l'État *über alles*²³⁵ tant la rhétorique utilisée par la Cour était étatiste.

²³² BVerfGE 37, 271.

²³³ BVerfGE 73, 339.

²³⁴ BVerfGE 89, 155.

²³⁵ V. WEILER J.H.H., « The State “über alles“. Demos, Telos and the German Maastricht decision », *Jean Monnet Working Paper* n° 6/95.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la décision des juges de Karlsruhe relative au traité de Lisbonne, dans laquelle est apparue la notion d'identité constitutionnelle (*Verfassungsidentität*)²³⁶. En effet, la continuité avec l'arrêt *Maastricht* est palpable, non seulement par la rhétorique utilisée mais également par l'édiction d'une nouvelle réserve de constitutionnalité²³⁷. Dès lors, il pourrait sembler à première vue que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a désormais fait le choix d'une approche résolument conservatrice et peu prompte au dialogue dans la mesure où elle persiste dans son usage des concepts classiques de l'État souverain et crée même de nouvelles réserves. Or, une analyse plus poussée montre que si la stratégie allemande de l'identité constitutionnelle présente indéniablement une dimension défensive forte (**Section 1**), elle n'est cependant pas entièrement dénuée d'esprit de réconciliation avec le droit de l'Union européenne (**Section 2**)²³⁸.

²³⁶ Pour une analyse contextualisée en français, v. MAYER F.C., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011, p. 63.

²³⁷ Soulignant la continuité de la jurisprudence communautaire de la Cour constitutionnelle fédérale depuis la décision *Solange 2* jusqu'à l'arrêt *Lisbonne* en passant par *Maastricht* : GRIMM D., « Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts » (2009) 48 *Der Staat* 4, p. 475 ; NICOLAYSEN G., « Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts » *EuR*, 2010, Beiheft, 9.

²³⁸ Montrant les fluctuations de la jurisprudence constitutionnelle allemande entre euroscepticisme et bienveillance depuis plus de 40 ans, v. MAYER F.C., « Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in GIEGERICH T. (Hrsg.), *Der « offene Verfassungsstaat » des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, Duncker & Humblot, 2010, p. 237.

SECTION 1 : UNE DIMENSION DÉFENSIVE FORTE

Lors de l'examen du traité de Lisbonne, la Cour constitutionnelle fédérale eut à connaître de la loi d'approbation de celui-ci (*Zustimmungsgesetz*) ainsi que de deux lois d'accompagnement, l'une modifiant la Loi fondamentale pour permettre la ratification du traité, la seconde prévoyant l'extension et le renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat en matière européenne. Si elle décida de censurer cette dernière pour violation des règles relatives aux élections des membres du Bundestag, en lien avec le principe démocratique, elle rejeta à l'unanimité les griefs d'inconstitutionnalité soulevés à l'encontre du traité lui-même. Dans ce contexte, on pourrait en conclure que les juges constitutionnels allemands se sont montrés particulièrement favorables à l'intégration européenne. Or, le résultat ne saurait occulter le raisonnement eurosceptique élaboré par la Cour.

S'agissant en particulier de notre objet, il ressort de la lecture de la décision *Lisbonne* du 30 juin 2009²³⁹ que l'identité constitutionnelle occupe une place centrale dans le raisonnement juridique. Mentionnée à de multiples reprises, elle n'est cependant à aucun moment théorisée avec rigueur, conformément à sa nature de signal adressé aux institutions européennes mais aussi aux autorités législatives et exécutives allemandes. Si ses contours – incertains – semblent renvoyer à la souveraineté ainsi qu'à un bloc de compétences inaliénables (I), sa portée est plus clairement définie puisqu'elle est conçue non seulement comme intangible mais aussi comme justiciable (II).

²³⁹ BVerfGE 123, 267. Une traduction française du jugement est disponible sur le site de la Cour constitutionnelle (www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208fr.html). Pour un commentaire de la décision dans ses différents aspects, voir PACHE E., « Das Ende der europäischen Integration ? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie » (2009) 36 *EuGRZ* 12, p. 285; également, EVERLING U., « Europas Zukunft unter der Kontrolle der nationalen Verfassungsgerichte. Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009 über den Vertrag von Lissabon », *EuR*, 2010, p. 91.

I. LES CONTOURS INCERTAINS DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE EN ALLEMAGNE

À la différence de la France²⁴⁰, le concept d'identité constitutionnelle outre-Rhin se rapproche de la notion de souveraineté (A) et de l'idée d'un bloc de compétences réservées à l'État membre (B).

A. La confusion entre identité constitutionnelle et souveraineté

Si l'expression *identité constitutionnelle*, présentée comme limite intangible à la participation de l'Allemagne à la construction européenne, est récurrente dans la décision *Lisbonne* (1), il est cependant frappant de constater que, dans le sillage de l'arrêt *Maastricht*, le langage de la souveraineté - inhabituel en droit allemand - est aussi ardemment utilisé (2). Ceci témoigne selon nous de l'indistinction conceptuelle entre souveraineté et identité constitutionnelle en Allemagne, la Cour faisant un usage principalement rhétorique de l'identité afin d'affirmer la souveraineté résiduelle de l'Allemagne à l'encontre de l'Union européenne (3).

1) *L'identité constitutionnelle de l'Allemagne, limite de l'intégration européenne*

Si l'on en croit le nombre des occurrences de l'expression *identité constitutionnelle* ou de l'un de ses dérivés dans la décision *Lisbonne*²⁴¹, un des principaux apports de celle-ci se trouve dans l'édition d'une nouvelle réserve de constitutionnalité ayant pour objet de limiter l'effet utile du droit de l'Union sur le territoire allemand. Après avoir relié la notion d'identité constitutionnelle à l'article 79 III de la Loi fondamentale qui pose des limites matérielles à la révision de cette dernière²⁴², la Cour constitutionnelle fédérale a en substance posé le principe

²⁴⁰ Pour une comparaison soulignant déjà l'approche plus coopérative de la jurisprudence constitutionnelle française, v. WALTER M., « Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive », *ZaöRV*, 2012, p. 177.

²⁴¹ L'expression revient 13 fois.

²⁴² § 216-218.

de l'ouverture de la Constitution allemande aux normes externes – singulièrement aux normes européennes – sous réserve du respect de l'identité constitutionnelle conçue comme inaliénable²⁴³. Ceci vaut non seulement pour les transferts de droits de souveraineté (*Hoheitsrechte*²⁴⁴) à l'occasion d'un nouveau traité mais aussi pour toute la production dérivée du droit de l'Union²⁴⁵, la Cour se reconnaissant une compétence pour sanctionner les violations de l'identité²⁴⁶. Malgré ces précisions, les contours de l'identité constitutionnelle restent d'autant plus flous que les juges constitutionnels recourent aussi abondamment aux concepts relevant du champ lexical de l'État souverain.

2) *Une insistance sur la souveraineté déjà palpable dans la décision Maastricht du 12 octobre 1993*

Alors que le droit allemand tend en général à faire un usage modéré du concept de souveraineté, le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale relative au traité de Lisbonne se singularise tout d'abord par le fait que la rhétorique de l'État souverain est omniprésente. On y trouve en effet de nombreuses occurrences de termes que l'on peut rattacher à la théorie de l'État la plus classique. Il est ainsi question de souveraineté (*Souveränität*)²⁴⁷, d'État constitutionnel souverain (*souveräner Verfassungsstaat*)²⁴⁸ ou encore de la compétence de la compétence (*Kompetenz-Kompetenz*)²⁴⁹. Non seulement la Cour constitutionnelle interdit l'évolution de l'Union européenne vers un État fédéral (*Bundesstaat*)²⁵⁰, mais cette dernière ne serait rien de plus qu'un regroupement d'États demeurant souverains (*Verbindung souverän bleibender Staaten*)²⁵¹ au sein duquel les États membres restent les maîtres des traités (*Herren der Verträge*)²⁵². Le droit de l'Union pour sa part n'est pas perçu comme un droit autonome mais comme un ordre juridique dérivant du droit national (*abgeleitete*

²⁴³ § 219.

²⁴⁴ § 226 et 239.

²⁴⁵ § 240.

²⁴⁶ § 235, 240 et 241.

²⁴⁷ § 223, 224, 228, 231, 248 et 263.

²⁴⁸ § 221 et 226.

²⁴⁹ § 233 et 239.

²⁵⁰ § 228 et 263.

²⁵¹ § 229 et 249.

²⁵² § 231 et 235

Grundordnung)²⁵³ et tirant sa validité d'une habilitation constitutionnelle (*deutsches Rechtsanwendungsbefehl*)²⁵⁴.

Déjà à l'occasion de l'examen du traité de Maastricht, la Cour constitutionnelle fédérale avait fait montre d'un grand classicisme dans son approche²⁵⁵. Insistant déjà sur le fait que la compétence de la compétence devait rester du ressort des États maîtres des traités, elle avait également manifesté sa réticence à reconnaître l'autonomie de l'ordre juridique communautaire²⁵⁶. Cependant, la Cour s'était alors fondée plus sur le respect du principe démocratique²⁵⁷ que sur la souveraineté pour justifier les limites de l'intégration²⁵⁸. En ce sens, la décision *Lisbonne* semblerait plus « souverainiste » encore si les juges de Karlsruhe ne s'avaient pas considéré les notions de souveraineté, de démocratie et d'identité constitutionnelle comme sensiblement interchangeables.

3) *L'indistinction conceptuelle entre souveraineté, démocratie et identité constitutionnelle*

En première analyse, on pourrait croire que le recours au concept d'identité constitutionnelle souligne un changement de paradigme – ou du moins de perspective – de la part de la Cour constitutionnelle fédérale qui accorderait désormais plus d'importance à *l'État constitutionnel*²⁵⁹ qu'à l'État souverain. Or, si celle-ci a pu déjà dans le passé faire référence à l'identité de la Constitution dans le contexte de la protection des droits fondamentaux, laissant entrevoir une véritable évolution sémantique (a), le concept d'identité constitutionnelle tel qu'il ressort de la décision *Lisbonne* semble simplement nous renvoyer à l'identité étatique et à la souveraineté nationale, donnant ainsi le sentiment qu'il n'y aurait ni rupture, ni même infléchissement de la jurisprudence européenne de la Cour de Karlsruhe (b).

²⁵³ § 231.

²⁵⁴ § 240.

²⁵⁵ Afin de mieux comprendre l'orientation des décisions *Maastricht* et *Lisbonne*, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que les juges-rapporteurs de ces jugements – respectivement Paul Kirchhof et Udo di Fabio – sont connus pour leur euroscepticisme, ainsi que leurs écrits doctrinaux en attestent.

²⁵⁶ BVerfGE 89, 155, 190.

²⁵⁷ BVerfGE 89, 155, 184-186.

²⁵⁸ V. cependant les références à l'Union comme association d'États souverains et au principe de l'égalité souveraine des États (BVerfGE 189, 155, 186 et 190).

²⁵⁹ Sur ce concept de *Verfassungsstaat* très usité outre-Rhin, v. HÄBERLE P., *L'État constitutionnel*, Coll. Droit public positif, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 ; également, dans une perspective européenne, GIEGERICH T., « Die Zähmung des Leviathan – Deutschlands unvollendeter Weg vom nationalen Machtstaat zum offenen und europäischen Verfassungsstaat », in GIEGERICH T. (Hrsg.), *op. cit.*, 13.

a) L'identité de la Constitution comme garantie des droits fondamentaux

Avant l'apparition de la notion d'identité constitutionnelle proprement dite, la Cour constitutionnelle a fait référence à deux reprises à l'*identité de la Constitution* en rapport avec la protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne. C'est en effet dans leurs décisions *Solange* que les juges de Karlsruhe ont considéré que les autorités nationales ne pouvaient consentir aux transferts de droits souverains dans la mesure où ceux-ci viendraient à méconnaître l'identité de la Loi fondamentale²⁶⁰. Il était alors clair que l'identité constitutionnelle, conformément à son sens ontologique en lien avec l'État constitutionnel²⁶¹, renvoyait notamment aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis en tant que partie essentielle de la Constitution²⁶². Le respect de l'identité constitutionnelle impliquait ainsi la protection effective des droits. Cependant, la question des droits fondamentaux semble être passée au second plan dans les jugements ultérieurs.

b) L'identité constitutionnelle comme garantie de la souveraineté

Dans leur décision *Lisbonne*, les juges de Karlsruhe ont renoué avec une approche très classique et conservatrice des rapports entre ordres juridiques dans laquelle la figure de l'État est centrale²⁶³. En effet, la Loi fondamentale est perçue de manière instrumentale comme un verrou empêchant à la fois la perte par l'Allemagne de la qualité d'État mais également l'acquisition de cette même qualité par l'Union. Certes, les limites constitutionnelles de l'intégration européenne sont définies en termes d'identité constitutionnelle. Cependant, au-delà des mots, elles renvoient selon nous avant tout à des réserves de souveraineté plutôt qu'à des réserves de constitutionnalité. Avant de protéger telle ou telle disposition de la Loi fondamentale qui s'avérerait *cruciale et distinctive* pour reprendre l'expression du Président Mazeaud, la Cour constitutionnelle fédérale semble plutôt désireuse de préserver la souveraineté de l'Allemagne en tant qu'État et en tant que peuple. Par le rattachement de

²⁶⁰ BVerfGE 37, 271, 279; BVerfGE 73, 339, 375.

²⁶¹ Cf. introduction pour une définition ontologique du concept d'identité constitutionnelle.

²⁶² V. GRIMM D., *op. cit.*, 479.

²⁶³ V. notamment MESTMÄCKER E.-J., « Im Schatten des Leviathan. Anmerkungen zum Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 », *EuR*, 2010, Beiheft, p. 35; aussi, HÄBERLE P., « Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinerte Maastricht II-Entscheidung », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2010, p. 317.

l'identité constitutionnelle à l'article 79 III de la Loi fondamentale²⁶⁴, on pourrait penser que la haute juridiction a justement cherché à mettre l'identité en relation avec l'État constitutionnel, protecteur des droits fondamentaux, de l'État de droit, de l'État social et de l'État fédéral. Si un tel lien peut apparaître maladroit compte tenu de la fonction originelle de la clause d'éternité, on peut toutefois le comprendre s'il avait comme principal objet la protection de l'Allemagne comme État constitutionnel, c'est-à-dire la préservation de ses spécificités et de son modèle social, politique et juridique. En effet, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Allemagne s'est construite une nouvelle identité dont la nature est essentiellement constitutionnelle, ainsi qu'en témoigne le type de patriotisme – lui-même dit « constitutionnel » - promu outre-Rhin. Préférant se définir en termes de procédures, de droits fondamentaux, de soumission au droit, elle a écarté les approches ethnique mais aussi étatiste ou souverainiste de l'identité.

Or, il est remarquable que, dans l'esprit des juges de Karlsruhe, l'article 79 III puisse renvoyer, dans le contexte de l'intégration européenne, à l'identité *étatique* qui se trouve de fait confondue avec l'identité constitutionnelle²⁶⁵. Ceci ressort clairement de l'une des citations centrales du jugement *Lisbonne* :

« avec cette « garantie de pérennité » [l'article 79 III], même le législateur constitutionnel ne peut disposer de l'identité de l'ordre constitutionnel libéral. Ainsi,

²⁶⁴ Cette disposition est mieux connue sous le nom de *clause d'éternité* en ce qu'elle a pour fonction originelle de poser des limites matérielles aux révisions constitutionnelles afin d'éviter une situation semblable à celle de 1933, en l'occurrence l'instauration d'une dictature dans le respect de la légalité formelle.

²⁶⁵ Notons que, dans les décisions *Solange*, la notion d'identité constitutionnelle n'était pas encore rattachée à la clause d'éternité ou même à la souveraineté de l'État. Néanmoins, une certaine confusion était déjà en germe dans la mesure où le lien établi entre droits fondamentaux et identité constitutionnelle était principalement conjoncturel. En réalité, ces décisions avaient plutôt mis l'accent sur les rapports *structurels* entre identité de la Constitution et clause d'éternité, les droits fondamentaux n'étant que la partie émergée de l'iceberg. Ainsi, on peut lire dans *Solange 1* : « l'article 24 de la Loi fondamentale [autorisant le transfert de droits souverains à des organisations internationales] doit être entendu et interprété dans le cadre de l'ensemble de la Constitution. Cela signifie qu'il ne permet pas que la structure fondamentale de la Constitution, qui confère à celle-ci son identité, soit modifiée sans révision constitutionnelle, et notamment par la législation de l'institution interétatique (...) [II] fait obstacle à une modification du Traité qui affecterait les structures qui forment la Constitution en vigueur en République fédérale d'Allemagne et qui supprimerait de ce fait son identité » (BVerfGE 37, 271, 279-280 ; traduction française in *RTDE* 1975, p. 316); et dans *Solange 2* : « l'article 24 (...) n'autorise pas à aliéner, par le biais de l'attribution de droits souverains à des institutions interétatiques, l'identité de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne par une irruption dans ces éléments fondamentaux dans les structures qui le constituent » (BVerfGE, 73, 339, 375-376 ; traduction française in *RTDE* 1987, p. 537). On remarquera que le langage ici utilisé fait référence à la Constitution en tant que structure, à l'image de la formulation retenue par l'article 4 paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne.

la Loi fondamentale ne présuppose-t-elle pas seulement la qualité d'État souverain de l'Allemagne, mais elle la garantit aussi²⁶⁶. »

Si la tradition académique allemande tend à privilégier la théorie de l'État à la théorie constitutionnelle – y compris lorsqu'elle pense s'adonner au deuxième exercice²⁶⁷ - ceci ne justifie cependant guère la confusion qui en résulte entre l'identité constitutionnelle et la souveraineté étatique²⁶⁸ ou entre l'identité constitutionnelle et le principe démocratique d'autodétermination²⁶⁹. Ressortant déjà de la décision *Maastricht* qui voyait dans la clause d'identité nationale du traité sur l'Union européenne un gage de respect de la souveraineté²⁷⁰, cette confusion apparaît sans ambiguïté dans le paragraphe 340 du jugement *Lisbonne* :

« La Loi fondamentale poursuit l'objectif d'une intégration de l'Allemagne dans une communauté de droit composée d'États pacifiques et libéraux. Elle ne renonce cependant pas à la souveraineté, résidant dans la prérogative de la Constitution allemande de garder le dernier mot, en tant que droit d'un peuple de trancher directement les questions fondamentales relatives à sa propre identité. »

En une phrase, les juges réalisent la prouesse de mettre en relation l'identité avec la souveraineté – inaliénable – du peuple mais aussi avec le respect, d'une part, de la *Kompetenz-Kompetenz* et, d'autre part, d'un bloc de compétences devant rester du ressort de l'État membre.

²⁶⁶ § 216: « *Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnung selbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen. Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch* ». Pour un écho de cette formule chez le rapporteur de la décision *Maastricht*, v. KIRCHHOF P., « Die Identität der Verfassung », in ISENSEE J., KIRCHHOF P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. 2, C.F. Müller, 3e éd., 2005, § 25.

²⁶⁷ On pense ici notamment à la théorie de la Constitution de Carl Schmitt qui, sans être une théorie de l'État, n'est pas non plus une théorie constitutionnelle au sens libéral du terme. Pour s'en convaincre, v. la préface d'Olivier Beaud à l'ouvrage du juriste de Weimar (SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, PUF, 1993, pp. 59s.).

²⁶⁸ Cette confusion fut notamment soulignée par HATJE A., « Demokratische Kosten souveräner Staatlichkeit im europäischen Verfassungsverbund – zu den Perspektiven der Demokratie in der Europäischen Union nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon », *EuR*, 2010, Beiheft, p. 123. Pour une même confusion entre identité nationale, souveraineté et pouvoir de décision en dernier ressort, voir aussi le jugement de la Cour constitutionnelle de Lettonie relatif au traité de Lisbonne (7 avril 2009, N° 2008-35-01 ; extrait en anglais disponible sur le site de la Cour).

²⁶⁹ Sur le recoupement entre identité constitutionnelle et démocratie, v. KOTTMANN M., WOHLFAHRT C., « Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil », *ZaöRV*, 2009, p. 443, sp. 444-449; SCHORKOPF F., « The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon » (2009) 10 *German Law Journal* 8, 1219, sp 1223.

²⁷⁰ BVerfGE 89, 155, 189: « le traité sur l'Union tient compte de l'indépendance (*Unabhängigkeit*) et de la souveraineté (*Souveränität*) des États membres en ce qu'il impose à l'Union le respect de l'identité nationale des États membres ».

B. La confusion entre identité constitutionnelle et compétences réservées de l'État membre

Outre la confusion entre identité et souveraineté, il est notable que la Cour constitutionnelle fédérale tend également à voir dans le respect de l'identité la garantie d'un ensemble de compétences réservées à l'État membre. Déjà à l'occasion de l'examen du traité de Maastricht, la Cour avait suggéré – à propos des principes de subsidiarité et de proportionnalité – que la protection des compétences étatiques allât de pair avec la préservation de l'identité nationale²⁷¹. Cette idée fut exprimée avec plus de netteté dans la décision *Lisbonne* où les juges de Karlsruhe ont arrêté la liste des domaines sensibles impliquant la détention par l'État membre de compétences exclusives et inaliénables (1). Ce faisant, ils semblent avoir figé l'intégration européenne en interdisant à l'avenir tout nouveau transfert de compétences dans les matières où les États membres bénéficient encore de la compétence à titre principal (2).

1. La définition de domaines sensibles, approximation de l'identité et justification de la compétence exclusive de l'Allemagne

En apparence, la question du respect de l'identité constitutionnelle et celle des compétences sont distinctes. Elles sont d'ailleurs traitées séparément par la Cour pour laquelle

« la Loi fondamentale habilite certes le législateur à procéder à un transfert étendu de droits de souveraineté à l'Union européenne, mais cette habilitation est liée à la condition que soit d'une part, respectée la qualité d'État constitutionnel souverain sur le fondement d'un programme d'intégration régi par le principe d'attribution et respectant l'identité constitutionnelle des États membres et d'autre part, conservée la capacité des États membres d'aménager politiquement et socialement et sous leur propre responsabilité les conditions de vie²⁷² ».

Or, nous sommes en présence d'une fausse distinction, au demeurant trahie par le rapprochement effectué ici entre le principe des compétences attribuées et le respect de

²⁷¹ BVerfGE 89, 155, 211-213.

²⁷² § 226.

l'identité. En effet, la définition par la Cour constitutionnelle fédérale d'un certain nombre de domaines sensibles censés demeurer l'apanage des États (sans que l'Union européenne ne puisse interférer de quelque manière que ce soit) est en théorie un moyen de garantir le principe démocratique mais aussi le respect de l'identité nationale²⁷³. On peut en effet concevoir que la maîtrise de certains domaines soit un enjeu tel qu'elle justifie par suite la compétence du seul État membre. Ceci se laisse implicitement déduire de ces lignes de la Cour constitutionnelle :

« Il faut constater que la perception publique de certains sujets et des dirigeants politiques reste considérablement liée à des modèles d'identification nationaux, linguistiques, historiques et culturels. Pour cette raison, tant le principe de démocratie que le principe de subsidiarité, également exigé structurellement par l'article 23 alinéa 1 phrase 1 LF, exigent que le transfert et l'exercice de droits de souveraineté au niveau de l'Union européenne soient matériellement limités de façon prévisible, en particulier dans des domaines politiques centraux de l'espace d'épanouissement personnel et d'organisation sociale des conditions de vie. Dans ces domaines, il est particulièrement opportun de tracer la limite là où la coordination de situations transfrontalières est objectivement nécessaire²⁷⁴. »

Même si la Cour ne fait pas référence à l'identité constitutionnelle, cette dernière se trouve selon nous en filigrane derrière l'idée de « modèles d'identification nationaux, linguistiques, historiques et culturels ». Certes, il ne s'agit pas de l'identité constitutionnelle *stricto sensu* au sens où l'entend la Cour mais plutôt de l'identité nationale telle qu'elle peut être organisée par la Constitution en termes de compétences. Ainsi, pour les juges de Karlsruhe,

« les domaines particulièrement sensibles pour la capacité d'autodétermination démocratique d'un État constitutionnel sont depuis toujours les décisions relatives au droit pénal matériel et formel, la disposition du monopole de la force – force de police à l'intérieur, force armée vers l'extérieur –, les décisions fondamentales fiscales relatives aux recettes et aux dépenses publiques – notamment celles motivées par des considérations de politique sociale –, la réglementation des conditions de vie par l'État social, ainsi que les décisions particulièrement importantes du point de vue culturel,

²⁷³ V. SCHOLZ R., « Art. 23 », in MAUNZ T., DÜRIG G. (Hrsg.) *Grundgesetz-Kommentar*, 63. Ergänzungslieferung, C.H. Beck, 2011, § 75.

²⁷⁴ § 251.

par exemple relatives au droit de la famille, au système scolaire et de l'éducation nationale, ou encore au traitement de communautés religieuses²⁷⁵. »

Dans ce contexte, il apparaît que la Cour constitutionnelle a non seulement une conception extensive mais également précise de l'identité constitutionnelle *lato sensu* puisque, à la différence du juge français, elle s'est aventurée sur le terrain glissant de l'élaboration d'une liste des domaines dits sensibles.

2) La définition peu motivée des domaines sensibles

Il est particulièrement audacieux pour un juge, même constitutionnel, de définir *ex cathedra* les éléments susceptibles de relever matériellement de l'identité nationale et d'en déduire l'existence de compétences non transférables de l'État. Non seulement on peut douter que ceci relève de l'office du juge dans une démocratie, mais il s'agit d'une opération délicate qui doit obéir à des critères précis et ne saurait donc être improvisée. À cet égard, le choix des matières relevant des compétences réservées des États membres selon la Cour prête le flanc à la critique tant il peut sembler arbitraire et insuffisamment motivé. Loin de produire une théorie de la démocratie ou des fonctions de l'État contemporain pouvant justifier l'attribution de telle ou telle compétence à l'État plutôt qu'à l'Union²⁷⁶, la Cour s'est en effet bornée à souligner que les compétences en question appartenaient à l'État « depuis toujours ».

Cette approche que nous qualifierons d'historique ou de mémorielle nous semble insatisfaisante à plusieurs égards. Tout d'abord, dans un monde interdépendant et globalisé, la question du niveau adéquat de l'exercice des compétences a évolué²⁷⁷. Les considérations techniques concurrencent les exigences démocratiques tandis même que ces dernières se métamorphosent. Sans nécessairement céder à la théorie des circonstances ou du changement perpétuel contre l'idée de permanence, nous devons admettre que le passé peut certes éclairer l'avenir mais ne peut plus le dicter. De plus, certaines compétences relevant

²⁷⁵ § 252. Voir également les développements sur ces matières dans les paragraphes suivants (§ 253-260).

²⁷⁶ Suggéré par NETTESHEIM M., « Die Karlsruher Verkündigung – Das BVerfG in staatsrechtlicher Endzeitstimmung », *EuR*, 2010, Beiheft, p. 101, sp. 115-116. Déplorant pour sa part l'absence de dogmatique constitutionnelle, SCHÖNBERGER C., « Die Europäische Union zwischen « Demokratiedefizit » und Bundesstaatsverbot » (2009) 48 *Der Staat* 4, p. 535, sp. 551s.

²⁷⁷ Pour une critique à cet égard des compétences réservées en matière pénale et sociale, v. DENNINGER E., « Identität versus Integration ? », *JZ*, 2010, p. 969, sp. 972-973.

traditionnellement de l'État souverain ne garantissent plus aujourd'hui la maîtrise par celui-ci de son destin. Les instruments de la puissance ne sont plus les mêmes. L'Union européenne et ses États membres en ont d'ailleurs déjà pris acte en établissant une monnaie unique, en abolissant les contrôles aux frontières intérieures, en créant des législateurs et des juges supranationaux susceptibles de *donner et de casser la loi*. Les marques de souveraineté que définissait notamment Jean Bodin se sont largement évaporées.

En tout état de cause, il apparaît que la Cour constitutionnelle fédérale s'est en réalité départie de toute méthode, y compris historique, dans sa définition des domaines sensibles. Ceux-ci semblent en effet correspondre aux compétences résiduelles des États²⁷⁸, compétences « retenues » aux yeux de l'Union européenne, sans quoi on ne comprendrait guère pourquoi le droit de battre monnaie est le grand absent de cette liste de droits de souveraineté inaliénables. Ce faisant, la Cour apparaît avoir verrouillé toute évolution de la construction européenne en mettant un terme aux transferts de compétences. Dans ce contexte, on regrettera d'autant plus que la Cour n'ait pas défini l'identité constitutionnelle de manière plus rigoureuse que la portée de celle-ci apparaît fondamentale en droit allemand.

II. LA PORTÉE SIGNIFICATIVE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE EN ALLEMAGNE

Alors que les contours de l'identité constitutionnelle en tant que concept demeurent encore flous et indéterminés, il apparaît que sa portée est mieux définie dans la mesure où les juges de Karlsruhe l'ont reconnue intangible (A) et l'ont assortie d'un contrôle juridictionnel spécifique garantissant son effectivité (B).

²⁷⁸ Dénonçant une définition négative des domaines sensibles principalement destinée à bloquer l'intégration, v. SCHÖNBERGER C., *op. cit.*, 554-555 ; aussi, HALBERSTAM D., MÖLLERS C., « The German Constitutional Court says « Ja zu Deutschland ! » » (2009) 10 *German Law Journal* 8, 1241, sp. 1249-1251.

A. Une notion rigide : la supraconstitutionnalité de l'identité constitutionnelle

Adossée à la clause d'éternité de la Loi fondamentale allemande, l'identité constitutionnelle est intangible et ne peut donc être révisée par le pouvoir constituant dérivé (1), laissant ainsi le juge constitutionnel maître de la pénétration du droit de l'Union en droit interne (2).

1) L'intangibilité controversée de l'identité constitutionnelle au titre de l'article 79 III LF

Avant d'être définie par son contenu, l'identité constitutionnelle en Allemagne est définie par son statut d'inaliénabilité. Opérant une lecture conjointe des articles 23 I 3 et 79 III de la Loi fondamentale²⁷⁹, la Cour constitutionnelle fédérale considère, à la différence du Conseil constitutionnel, que l'identité constitutionnelle allemande est inaliénable et ne peut donc faire l'objet d'une révision constitutionnelle. La clause d'éternité constitue même le point de départ de son raisonnement depuis l'arrêt *Maastricht* qui vit en elle pour la première fois la limite absolue de la participation de l'Allemagne à l'Union²⁸⁰.

Cette approche a suscité une certaine controverse dans la doctrine outre-Rhin. Cette dernière a en effet souligné que la vocation de la clause d'éternité était de faire obstacle aux dictatures légales et non à l'intégration européenne²⁸¹. S'il est effectivement maladroit de donner le sentiment que ces questions sont similaires à un point tel qu'elles sont de nature à donner lieu au même traitement, nous avons vu cependant que l'article 79 III peut être utilisé

²⁷⁹ Aux termes de l'article 23 I 3 LF, « l'article 79, al. 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels modifications ou compléments » ; l'article 79 III dispose pour sa part que « toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20 [soit la dignité de l'être humain, les droits fondamentaux, la nature fédérale, démocratique et sociale de l'État], est interdite. ».

²⁸⁰ BVerfGE 89, 155, 179.

²⁸¹ V. HALBERSTAM D., MÖLLERS C., *op.cit.*, 1254 ; mais aussi SCHÖNBERGER C., « Lisbon in Karlsruhe : Maastricht's Epigones at Sea » (2009) 10 *German Law Journal* 8, p. 1155.

à d'autres fins que celles initialement envisagées²⁸², notamment s'il s'agit de bloquer l'évolution de l'Union vers un véritable État fédéral.

2) *L'impossible évolution vers un État fédéral européen*

Pour les juges de Karlsruhe,

« si le seuil vers un État fédéral et une renonciation à la souveraineté nationale était franchi – ce qui, en Allemagne, exigerait une libre décision du peuple qui irait au-delà de la Loi fondamentale actuellement en vigueur – les exigences démocratiques devraient être respectées à un degré correspondant totalement à la légitimité d'une entité de pouvoir organisée sous la forme d'un État. Un tel niveau de légitimité ne pourrait alors plus être imposé par les ordres constitutionnels nationaux. Il y aurait un déficit démocratique structurel intolérable au regard de l'article 23 combiné à l'article 79 alinéa 3 LF, si l'étendue des compétences, le pouvoir d'action politique et le degré de formation autonome de la volonté des organes de l'Union atteignaient un niveau correspondant à celui du niveau de la fédération dans un État fédéral (niveau analogue à celui d'un État), par exemple parce que les compétences législatives essentielles à l'autodétermination démocratique seraient exercées en plus grande partie à l'échelon de l'Union. Si, dans le cadre de l'évolution de l'intégration européenne, une disproportion devait surgir entre la nature et l'étendue des droits de souveraineté exercés d'une part, et le degré de légitimité démocratique d'autre part, il appartiendrait à la République fédérale d'Allemagne en raison de sa responsabilité d'intégration d'agir en vue d'apporter un changement à une telle situation et, en ultime recours, de refuser de continuer à participer à l'Union européenne²⁸³. »

Il apparaît donc que le principe démocratique associé au respect de la souveraineté de l'État exige une nouvelle Loi fondamentale en cas d'évolution qualitative profonde de l'Union européenne vers la figure classique de l'État. Si une telle perspective semble de plus en plus improbable, l'idée d'adopter une nouvelle Constitution dans cette hypothèse nous semble conforme à la distinction opérée plus haut entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, seul le premier étant susceptible d'aliéner les principes les plus

²⁸² V. *supra* pp. 93s.

²⁸³ § 263-264.

fondamentaux de l'ordre constitutionnel national²⁸⁴. Une telle approche laisse transparaître que la figure du juge constitutionnel agit en véritable chef d'état-major de la stratégie de l'identité constitutionnelle.

B. Une notion effective : le contrôle juridictionnel du respect de l'identité

Si l'on admet que le droit n'est effectif qu'en présence d'une sanction, il faut alors en déduire que l'identité constitutionnelle ne peut fonctionner que si elle est assortie d'une procédure juridique la mettant en œuvre. La décision *Lisbonne* a ainsi mis en place un contrôle du respect de l'identité constitutionnelle (*Identitätskontrolle*) (1) qui se distingue encore du contrôle du respect du principe des compétences attribuées prévu par la décision *Maastricht* (*Ultravires-Kontrolle*) (2).

1) L'instauration d'un contrôle du respect de l'identité

La Cour constitutionnelle fédérale ne s'est pas contentée de poser de manière abstraite le respect de l'identité constitutionnelle comme limite de la participation de l'Allemagne à l'Union européenne. Ne se cantonnant pas à l'examen des transferts de compétences prévus par les traités, elle a également ouvert la voie à un contrôle des actes de droit dérivé dont les contours, le fonctionnement et l'effectivité restent encore flous²⁸⁵. La seule certitude est que les juges de Karlsruhe se refusent à annuler une norme du droit de l'Union mais se réservent le droit de la déclarer inapplicable en Allemagne en cas de méconnaissance de l'identité constitutionnelle²⁸⁶. En dehors de cela, le fondement et les effets du contrôle sont incertains. S'agissant de la base juridique, la Cour a envisagé – sans toutefois en faire le portrait – la mise en place d'un mécanisme de contrôle spécifique²⁸⁷ mais elle a considéré que l'atteinte à

²⁸⁴ V. *supra* pp. 63s.

²⁸⁵ § 240.

²⁸⁶ § 241.

²⁸⁷ Proposant la mise en place d'un contrôle abstrait des actes de droit dérivé à l'initiative du Gouvernement fédéral, d'un exécutif régional ou d'une majorité qualifiée au Bundestag ou au Bundesrat, v. SAUER H., « Kompetenz- und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil. Ein neues Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ? », *ZRP*, 2009, p. 195, sp. 198.

l'identité pourrait être simplement constatée à l'issue des procédures de contrôle déjà existantes en contentieux constitutionnel (contrôle abstrait ou concret des normes, règlement des litiges entre organes de la Fédération ou entre la Fédération et les Länder, recours constitutionnel pour violation des droits fondamentaux)²⁸⁸. S'agissant des effets, elle s'est montrée consciente du fait qu'un tel contrôle serait de nature à relativiser le principe de primauté étant donné que « la primauté d'application du droit de l'Union ne s'applique qu'en vertu et dans les limites de l'habilitation constitutionnelle persistante²⁸⁹ ». En cela notamment, il doit être rapproché du contrôle *ultra vires*.

2) Un mécanisme à rapprocher du contrôle *ultra vires*

Le principe du contrôle *ultra vires* a été posé pour sa part par la Cour de Karlsruhe en 1993 à l'occasion de sa décision relative au traité de Maastricht. Ce contrôle, réaffirmé par le jugement *Lisbonne*²⁹⁰, a pour objet de vérifier le respect du principe de la compétence d'attribution de l'Union européenne. Il a également pour effet de laisser inappliquées les dispositions du droit dérivé de l'Union qui outrepasseraient les compétences attribuées (*ausbrechende Rechtsakte*).

Dans la décision *Lisbonne*, ce contrôle est encore présenté comme distinct du contrôle de l'identité. Or, nous avons vu que la question des compétences et celle de l'identité constitutionnelle étaient proches dans l'esprit des juges. Dès lors, il apparaît opportun d'unifier deux contrôles qui partagent non seulement le même objet et la même sanction²⁹¹, mais également la même finalité. Sans toutefois développer un tel raisonnement, la Cour a elle-même envisagé la possibilité d'une nouvelle procédure contentieuse, « spécialement aménagée en vue du contrôle *ultra vires* et du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle²⁹² ». Insistant sur le fait que « l'exercice de cette compétence de contrôle tirée de la Loi fondamentale respecte le principe de l'ouverture de la Loi fondamentale à

²⁸⁸ § 241.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ § 238-240.

²⁹¹ V. EVERLING U., *op. cit.*, 101.

²⁹² § 241 (souligné par nous).

l'égard du droit européen²⁹³ », les juges de Karlsruhe ont démontré que leur approche n'était pas exclusivement solitaire.

²⁹³ § 240.

SECTION 2 : UNE DIMENSION COOPÉRATIVE PERCEPTIBLE

À la lecture de l'arrêt *Lisbonne*, il semble que la notion d'identité constitutionnelle revêt une certaine dimension coopérative dans la mesure où, contrairement aux apparences immédiates, elle traduirait l'ouverture de l'ordre constitutionnel allemand au droit de l'Union (I). Si nous concéderons que cette ouverture n'est que relative dans la décision du 30 juin 2009, elle apparaît plus notoire dans des jugements récents (II).

I. LA MANIFESTATION DE LA RELATIVE OUVERTURE DU DROIT ALLEMAND AU DROIT DE L'UNION

Si la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne parle plus comme à l'accoutumée de « relation de coopération » entre les juges nationaux et la CJUE, elle insiste cependant sur l'exigence de bienveillance à travers le concept *d'Europarechtsfreundlichkeit* (A). C'est sur ce fondement ainsi que sur le principe de coopération loyale (B) qu'elle parvient à justifier le contrôle de l'identité constitutionnelle.

A. L'exigence de bienveillance du droit national à l'égard du droit de l'Union

L'exigence d'ouverture de la Loi fondamentale au droit communautaire n'est plus exprimée dans les termes de la « relation de coopération » (1) mais reste néanmoins perceptible dans l'arrêt *Lisbonne* (2).

1) *L'abandon de l'exigence d'une « relation de coopération »*
(Kooperationsverhältnis)

En dépit d'un tropisme déjà considéré trop étatiste à l'époque, la décision *Maastricht* avait pu être néanmoins louée pour son insistance sur une relation de coopération entre les juges de Luxembourg et les juges de Karlsruhe dans l'application du droit dérivé, notamment dans le cadre de la protection des droits fondamentaux conformément à l'esprit de *Solange 2*²⁹⁴. Sur cette base, un dialogue devait naître entre ces deux protagonistes du droit constitutionnel européen, notamment au moyen de la question préjudicielle²⁹⁵. Or, la décision *Lisbonne* s'est abstenue de reprendre cette terminologie conciliatrice, laissant même entendre que la Cour constitutionnelle fédérale elle-même – et non pas le Gouvernement ou le peuple allemand – était le véritable maître des traités, susceptible de prendre en dernier ressort des décisions unilatérales s'agissant des rapports entre l'Union et les États membres²⁹⁶. Un tel signal négatif vis-à-vis de l'Union européenne doit cependant être relativisé par la reconnaissance de l'ouverture européenne de la Loi fondamentale.

2) *Le principe de l'ouverture au droit européen*
(Europarechtsfreundlichkeit)

La décision *Lisbonne*, malgré sa rhétorique défensive, a consacré plusieurs développements à l'idée d'ouverture de l'ordre juridique allemand et notamment à l'objectif de permettre à l'Allemagne de faire partie d'un « ordre international et européen de paix²⁹⁷ ». Elle souligne en effet que le principe démocratique tel qu'il résulte de la Loi fondamentale n'est pas en soi incompatible avec le principe – également constitutionnel – d'ouverture à l'égard du droit international²⁹⁸ du moment que l'Allemagne se lie avec d'autres États partageant les mêmes valeurs et poursuivant des intérêts communs²⁹⁹. Se séparant d'une

²⁹⁴ BVerfGE 89, 155, 175.

²⁹⁵ V. STREINZ R., « Das « Kooperationsverhältnis » zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof nach dem Maastricht-Urteil », in IPSEN J. et al. (Hrsg.), *Verfassungsrecht im Wandel*, Carl Heymanns Verlag, 1995, p. 663, sp. 668s.

²⁹⁶ Notons que la Cour s'est en effet réservé le pouvoir de constater l'atteinte à l'identité constitutionnelle ou à la répartition verticale des compétences par un acte de droit dérivé (§ 241).

²⁹⁷ § 219s.

²⁹⁸ § 219.

²⁹⁹ § 221.

« conception autoritaire et autarcique de la souveraineté³⁰⁰ » en jugeant que « l'État n'est ni un mythe, ni une fin en soi³⁰¹ », la Cour constitutionnelle énonce un principe spécifique – difficilement traduisible – d'ouverture à l'Union européenne : *Europarechtsfreundlichkeit*³⁰². Sur la base de ce principe directeur, elle défend notamment l'exercice du contrôle de l'identité en bonne entente avec le droit de l'Union³⁰³, ce qui pourrait se traduire le cas échéant par une question préjudicielle de la Cour constitutionnelle fédérale à la Cour de justice³⁰⁴.

Cependant, cette bienveillance n'est pas sans limites puisqu'elle doit être interprétée à la lumière du concept – nouveau lui aussi – de « responsabilité d'intégration » (*Integrationsverantwortung*)³⁰⁵. Par ce terme, la Cour n'entend pas que les autorités nationales doivent approfondir l'intégration en toutes circonstances mais met avant tout l'accent sur l'idée de responsabilité. Au stade du transfert de compétences mais aussi de la prise de décision communautaire, les autorités exécutives, législatives et juridictionnelles sont dans l'obligation de prendre en compte les exigences démocratiques fondamentales. Ainsi, la responsabilité d'intégration peut aussi bien être invoquée pour préserver un ensemble de compétences ou le noyau dur de l'identité constitutionnelle³⁰⁶, voire également pour justifier un retrait de l'Union européenne³⁰⁷. Naviguant toujours entre deux eaux, la Cour semble donc appeler à trouver un point d'équilibre entre des exigences contradictoires. Ce faisant, elle souligne que la bienveillance ne vaut que si elle se plie aux exigences de la réciprocité.

³⁰⁰ § 223.

³⁰¹ § 224

³⁰² Littéralement, « amitié » vis-à-vis du droit européen.

³⁰³ § 240 et surtout 340: « sur le fond, il n'y a pas de contradiction avec l'objectif d'ouverture au droit européen – c'est-à-dire avec le concours de la République fédérale d'Allemagne à l'édification d'une Europe unie exigé par la Constitution (Préambule et article 23 I 1 LF) – si, exceptionnellement et sous des conditions particulières et strictes, la Cour constitutionnelle fédérale déclare une norme de droit de l'Union européenne inapplicable en Allemagne ».

³⁰⁴ § 240-241. Pour Ulrich Everling, un tel renvoi ne préjugerait pas de la compétence de dernier ressort de la Cour constitutionnelle pour déclarer inapplicable un acte de droit de l'Union qu'elle jugerait contraire à l'identité constitutionnelle (EVERLING U., *op. cit.*, 102).

³⁰⁵ § 236, 238, 239, 240 et 245. Soulignant le rôle central de cette notion dans l'économie de la décision *Lisbonne*, v. KOTTMANN M., WOHLFAHRT C., *op. cit.*, 454-460.

³⁰⁶ § 240.

³⁰⁷ § 264.

B. L'attente d'une bienveillance réciproque

Même si la responsabilité d'intégration nuance en général l'ouverture du droit allemand au droit de l'Union, la protection de l'identité constitutionnelle est présentée sous un angle eurocompatible dans la mesure où la Cour étaye son raisonnement en s'appuyant sur le traité de Lisbonne lui-même, d'abord sur l'article 4 paragraphe 2 TUE (1), ensuite sur le principe de coopération loyale (2).

1) La justification tirée de l'article 4 § 2 TUE : les garanties de l'identité constitutionnelle « main dans la main »

La Cour de Karlsruhe justifie adroitement son approche en invoquant, voire en instrumentalisant le droit de l'Union. Tout d'abord, opérant selon le même procédé que le Conseil constitutionnel, elle constate que le respect de l'identité nationale n'est pas seulement un principe constitutionnel national mais est aussi un principe de droit européen, « expression dans les traités du fondement de la puissance publique de l'Union dans les constitutions des États membres³⁰⁸ ». Elle reconnaît même explicitement la fonction de l'identité constitutionnelle en tant que charnière entre ordres juridiques puisque « les garanties de l'identité constitutionnelle dans l'espace juridique européen par la Constitution d'une part, et par le droit de l'Union d'autre part, se rejoignent-elles [littéralement, « avancent main dans la main »]³⁰⁹ ». Ensuite, d'une manière encore plus habile, les juges constitutionnels s'appuient sur le célèbre arrêt *Kadi* rendu par la Cour de justice, plaçant ainsi cette dernière dans la position de l'arroseur arrosé. Selon cette décision, des principes fondamentaux de l'ordre communautaire peuvent être opposés à l'applicabilité d'une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies, compte tenu notamment des défaillances du système de protection des droits fondamentaux à l'échelle onusienne³¹⁰. Aux dires de la Cour constitutionnelle, « la Cour de justice a [ainsi] placé dans un cas limite la préservation de l'identité propre d'une

³⁰⁸ § 234.

³⁰⁹ § 240.

³¹⁰ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat c/ Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec. I*-6351.

communauté de droit au-dessus de l'engagement autrement respecté³¹¹ ». Dès lors, les juges allemands s'estiment autorisés à leur tour de faire prévaloir, dans certaines circonstances, l'identité de leur ordre juridique sur le droit de l'Union. Ceci semble d'ailleurs également permis par le principe de coopération loyale.

2) *L'expression mutuelle du principe de coopération loyale*

Traditionnellement, on considère que le principe communautaire de coopération loyale ne comporte que des obligations unilatérales à la charge des États et non pas des obligations synallagmatiques. Or, sous l'empire du traité de Lisbonne, il apparaît que la coopération loyale présente désormais une dimension de réciprocité plus affirmée³¹². Une telle interprétation fournit un nouveau point d'appui à la Cour constitutionnelle dans son entreprise d'autojustification. En effet, loin de traduire une méconnaissance du principe de coopération loyale, le contrôle de l'identité vu par le juge constitutionnel allemand « respecte le principe d'ouverture de la Loi fondamentale à l'égard du droit européen et, pour cette raison, elle n'est pas contraire au principe de coopération loyale³¹³ ». A première vue, cette affirmation est assez péremptoire, le lien de cause à effet n'étant pas nécessairement évident. Cependant, elle peut s'appuyer sur l'argumentation – plus substantielle – en vigueur dans la décision *Maastricht*. En effet, la Cour insista sur le fait que ce principe imposait aux institutions européennes une obligation de prise en considération mutuelle (*wechselseitige Rücksichtnahme*) des principes constitutionnels et des intérêts élémentaires des États³¹⁴. En particulier, les institutions se doivent de prendre au sérieux les dispositions constitutionnelles contraires au droit communautaire et s'efforcer de trouver une solution au conflit qui soit respectueuse du droit constitutionnel des États membres³¹⁵. Il ne saurait *a fortiori* en être autrement des dispositions constitutionnelles les plus fondamentales, regroupées sous le label de l'identité constitutionnelle. Cependant, une telle approche pourrait conduire à l'ouverture de la boîte de Pandore si la Cour venait à interpréter de manière extensive l'identité constitutionnelle. Dès lors, si l'exigence de réciprocité a un sens pour la Cour

³¹¹ § 340.

³¹² V. *infra*.

³¹³ § 240.

³¹⁴ BVerfGE 89, 155, 184.

³¹⁵ BVerfGE 89, 155, 202.

constitutionnelle, elle ne devrait pas non plus conduire à un renforcement de l'identité constitutionnelle face au droit de l'Union.

II. VERS UN ASSOUPPLISSEMENT DE LA PORTEE DE L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE ?

À l'avenir, il semble que l'on puisse s'attendre en tout état de cause à un assouplissement de l'approche allemande de l'identité constitutionnelle compte tenu de la réduction croissante du périmètre des réserves de constitutionnalité outre-Rhin ainsi qu'en attestent, d'une part, l'extension constante du champ de la jurisprudence *Solange 2* (A) et, d'autre part, les évolutions récentes qu'a connues le contrôle *Ultravires* (B).

A. L'extension du champ de la jurisprudence *Solange 2*

Établie initialement pour les actes de droit dérivé, la jurisprudence *Solange 2* vaut aussi pour les lois de transposition (1) et les mesures nationales d'exécution du droit de l'Union (2).

1) *Le cas des lois de transposition*

Qu'il s'agisse des anciennes décisions-cadres ou des directives, la Cour constitutionnelle fédérale a distingué deux situations selon que le législateur bénéficierait ou non d'une marge de transposition, c'est-à-dire selon que l'acte de droit dérivé serait ou non impératif (*zwingend*)³¹⁶. Dans la première hypothèse, la Cour renonce en principe à son contrôle des droits fondamentaux en application de la jurisprudence *Solange 2* alors qu'elle l'exerce dans le second cas.

³¹⁶ Par disposition *impérative*, le juriste de droit français comprendra « disposition se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive ».

Ainsi, dans sa décision du 18 juillet 2005³¹⁷, la Cour a annulé la loi transposant le mandat d'arrêt européen dans la mesure où le législateur n'avait pas épuisé la marge de manœuvre qui lui était laissée³¹⁸. Elle a jugé que la loi de transposition méconnaissait l'article 16 II LF en ne remplissant pas la condition de sauvegarde des principes de droit fondamental à laquelle l'extradition d'un citoyen allemand vers un État membre de l'UE est subordonnée. Il incombait en effet au législateur de transposer la décision-cadre de telle façon que l'atteinte au principe de non-extradition d'un Allemand soit proportionnée. Pour les juges de Karlsruhe, cette atteinte devait notamment avoir lieu dans le plus grand respect possible des droits fondamentaux (*möglichst grundrechtsschonende Umsetzung*) de manière à préserver les principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Or, la Cour considéra que le respect de ces principes eût été assuré si la loi avait prévu que l'extradition d'un Allemand ne pouvait être demandée lorsque les faits qui lui étaient reprochés avaient un lien décisif avec le territoire national (*maßgeblicher Inlandsbezug*). En l'espèce, la loi de transposition n'avait établi aucune différence de traitement selon que les faits incriminés avaient été commis en Allemagne ou à l'étranger. La Cour jugea donc l'extradition légitime dans le second cas seulement, le criminel devant rendre compte de ses actes devant les juridictions du pays dont il a violé les règles pénales.

À l'inverse, en l'absence de marge de transposition, la Cour a été conduite à ne pas examiner un texte de transposition dans sa décision du 13 mars 2007 : l'*Arcelor allemand*³¹⁹. En effet, comme dans l'affaire *Arcelor* – au surplus citée par la Cour de Karlsruhe³²⁰ – était en cause la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 13 octobre 2003 relative au système d'échanges de quotas d'émissions de gaz à effet de serre. A la différence de la France, ce texte a été transposé par voie législative. Un Land allemand contesta la conformité à la Constitution de la loi portant sur le plan national d'allocation de quotas dans sa disposition prévoyant un traitement différencié des entreprises ayant diminué leurs émissions de gaz avant 2005. Pour la Cour, «une disposition nationale transposant en droit allemand une directive n'est pas examinée au regard des droits fondamentaux garantis

³¹⁷ BVerfGE 113, 273.

³¹⁸ Aux termes de l'article 4 7°) a) de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen du 13 juin 2002, « l'autorité judiciaire d'exécution *peut* refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen lorsqu'il porte sur des infractions qui, selon le droit de l'État membre d'exécution, ont été commises en tout ou partie sur le territoire de l'État membre d'exécution ou en un lieu considéré comme tel » (souligné par nous).

³¹⁹ BVerfGE, 118, 79. Pour une comparaison avec la jurisprudence française, v. MAYER F.C., LENSKI E., WENDEL M., « Der Vorrang des Europarechts in Frankreich – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'État vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.) », *EuR*, 2008, 1, p. 63, sp. 82s.

³²⁰ BVerfGE 118, 79, 96.

par la Loi fondamentale lorsque le droit communautaire ne laisse aucune marge de transposition (*Umsetzungsspielraum*) mais édicte des règles impératives (*zwingende Vorgaben*)³²¹ ». En conséquence, il incombe au juge devant lequel est soulevé l'inconstitutionnalité de la loi de transposition, non de la contrôler lui-même, mais de poser une question préjudicielle à la CJCE³²² afin que soit examinée la validité de la directive et notamment son respect des droits fondamentaux garantis par l'Union³²³. Une telle solution vaut également pour les mesures nationales d'exécution.

2) *Le cas des mesures d'exécution*

Dans leur décision du 4 octobre 2011³²⁴, les juges de Karlsruhe ont, d'une part, étendu le champ d'application de la jurisprudence *Solange 2* aux normes nationales de mise en œuvre du droit de l'Union, et d'autre part, démontré leur volonté d'approfondir le dialogue avec la Cour de justice de Luxembourg en imposant aux juridictions ordinaires une obligation inédite de renvoi préjudiciel en interprétation. Dans cette affaire, la Cour a été saisie par le tribunal financier du Land Sachsen Anhalt (*Finanzgericht*) afin qu'elle examine la constitutionnalité de la loi relative aux subventions aux investissements au regard du principe constitutionnel de non-rétroactivité. En effet, la loi en question avait été modifiée afin de tenir compte d'une décision de la Commission européenne imposant à l'Allemagne de modifier sa législation en matière d'aides d'État destinées à favoriser la commercialisation de certains produits agricoles. La nouvelle réglementation, entrée en vigueur le 24 décembre 1998, prévoyait la suppression des aides pour des produits fabriqués après le 2 septembre 1998. Dans le litige au principal, la requérante s'était vue refuser le bénéfice d'aides aux investissements dans la mesure où ces derniers étaient intervenus postérieurement à la date du 2 septembre mais antérieurement à la

³²¹ BVerfGE 118, 79, 95.

³²² Cette possibilité a été ouverte – sans toutefois être utilisée – par la Cour de Karlsruhe dans sa décision relative à la directive sur la rétention de données (BVerfG, 1 BvR 256/08, 2 mars 2010, § 180-187). Cette dernière confirme par ailleurs la jurisprudence du 13 mars 2007.

³²³ Dans le cadre de la procédure de référé-suspension d'une loi de transposition, il est intéressant de constater à titre de comparaison avec la France que le juge constitutionnel manifeste une grande retenue due au caractère solennel de la loi, expression de la volonté du peuple, ainsi qu'à l'impératif d'effectivité des directives impératives. L'octroi d'une suspension exige donc de mettre en balance, dans le cadre d'un bilan coûts/avantages, différents intérêts opposés, soit d'un côté l'existence d'un risque de dommage particulièrement sérieux et irréversible et, de l'autre côté, l'intérêt public inhérent à la bonne application du droit communautaire. Ainsi, dans le cadre de l'examen de la loi transposant la directive relative à la rétention de données, la Cour constitutionnelle a accepté par ordonnance du 11 mars 2008 de suspendre l'application des dispositions relatives à l'utilisation des données aux fins de poursuites pénales (BVerfGE, 121, 1, 15-19).

³²⁴ BVerfG, 1 BvL 3/08, 4 octobre 2011.

publication de l'amendement législatif. Celle-ci souleva donc devant le *Finanzgericht* le moyen tiré de la méconnaissance du principe de non-rétroactivité par la loi modifiée. Or, la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est refusée à statuer sur la question en considérant que la demande était irrecevable en l'absence de preuve rapportée par le juge ordinaire spécialisé (*Fachgericht*) du fait que la nouvelle norme aurait été prise par le législateur national dans l'exercice de sa compétence discrétionnaire résiduelle (*verbleibender Gestaltungspielraum*).

En premier lieu, il résulte de la présente décision que le contrôle de constitutionnalité sera en principe irrecevable tant que le droit de l'Union protège correctement les droits fondamentaux. Ici, la Cour reprit la distinction évoquée plus haut selon que la norme communautaire à appliquer laisse ou non une marge d'appréciation (*Gestaltungsspielraum*) au législateur national³²⁵. Dans le premier cas, le renvoi à la Cour constitutionnelle est recevable dans la mesure où l'examen par celui-ci de l'utilisation de la marge d'appréciation ne devrait *a priori* pas affecter la validité du droit de l'Union. Dans le second cas en revanche, le renvoi est irrecevable sur le fondement de la jurisprudence *Foto Frost* qui interdit tout contrôle, même indirect, du droit dérivé de l'Union.

En second lieu, sans qu'il ne soit expressément fait mention de la « relation de coopération » entre juges nationaux et communautaire, il ressort cependant de cette décision une véritable volonté d'approfondir le dialogue : d'une part, la Cour de Karlsruhe impose aux juges ordinaires de saisir la CJUE dans certaines circonstances ; d'autre part, elle s'est abstenue de faire référence aux réserves exceptionnelles que sont le contrôle ultra vires et le contrôle de l'identité. D'abord, il est notable que les juges de Karlsruhe aient, contre la lettre de l'article 267 TFUE, imposé à toute juridiction de saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel permettant à cette dernière de se prononcer sur l'existence d'une marge d'appréciation éventuellement laissée par les normes de l'Union au pouvoir normatif national. Cette innovation est d'autant plus remarquable qu'elle témoigne selon nous du fait que les juges allemands ont tiré toutes les conséquences – voire plus – du droit de l'Union, notamment de l'arrêt *Melki et Abdeli*³²⁶. En effet, à la différence du droit français, l'arrêt du 4 octobre 2011

³²⁵ Notons qu'il appartient au juge ordinaire de déterminer l'existence d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la CJUE.

³²⁶ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, *Rec. I-5667*. V. aussi CJUE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci c/ Swedex GmbH*, C- 555/07, *Rec. I-365*.

n'impose aucun ordre de priorité entre un renvoi au BVerfG et un renvoi à la CJUE³²⁷ même si l'on peut percevoir une certaine préférence pour un traitement prioritaire des questions de droit de l'Union lorsque le litige présente à la fois une dimension communautaire et une dimension constitutionnelle nationale³²⁸.

Ensuite, l'esprit de dialogue qui anime cette décision est amplement confirmé par le fait que la Cour constitutionnelle fédérale ne s'est pas prononcée sur les réserves de constitutionnalité mises en avant avec force dans ses arrêts *Maastricht* et *Lisbonne*. En première analyse, on pourrait interpréter un tel silence comme un recul de la Cour vis-à-vis de ces hypothèses polémiques. Pour notre part, nous y voyons plutôt l'expression d'une volonté d'apaisement sans que l'on puisse pour autant en tirer des conséquences radicales quant à la pérennité des réserves de constitutionnalité allemandes. Il est à cet égard notable que la Cour ait justifié son omission en jugeant que les réserves de *l'ultra vires* et de l'identité n'étaient pas en cause dans le cas d'espèce³²⁹. Certes, ceci est vrai mais une telle approche tranche avec celle, par exemple, du Conseil constitutionnel français qui n'hésite pas à donner – et à rappeler – le mode d'emploi de l'identité constitutionnelle face au droit de l'Union. En s'abstenant de le faire, on regrettera que le juge constitutionnel ne fixe pas au plus vite les bornes du concept problématique d'identité constitutionnelle en droit allemand, comme il l'a fait récemment à propos du contrôle *ultra vires*.

³²⁷ § 56: „Steht in Streit, ob eine im Ausgangsverfahren entscheidungserhebliche Rechtsvorschrift mit Unionsrecht und Verfassungsrecht vereinbar ist, gibt es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts grundsätzlich keine feste Rangfolge unter den vom Fachgericht gegebenenfalls einzuleitenden Zwischenverfahren nach Art. 267 Abs. 2 oder 3 AEUV und der Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG. Ein Gericht, das sowohl unionsrechtliche als auch verfassungsrechtliche Zweifel hat, darf daher nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden, welches Zwischenverfahren es zunächst einleitet.“

³²⁸ § 47: „Stellt sich einem Fachgericht die Frage der Vereinbarkeit eines für sein Verfahren entscheidungserheblichen, aus dem Unionsrecht abgeleiteten Gesetzes mit den Grundrechten, ist es daher zunächst seine Aufgabe - gegebenenfalls durch eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 1 AEUV - zu klären, ob das Unionsrecht dem deutschen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum belässt. Erst wenn dies feststeht, kann das Bundesverfassungsgericht unterliegen und damit eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht in Betracht kommen.“

³²⁹ § 46: „(...) übt das BVerfG – jenseits des hier nicht in Rede stehenden *Ultravires*- und *Verfassungsidentitätsvorbehalts* – seine Gerichtsbarkeit nicht mehr aus“.

B. Les conséquences potentielles de la neutralisation du contrôle *ultravires*

Dans une importante décision de 2010, la Cour constitutionnelle fédérale a fait montre de bienveillance à l'égard de l'Union européenne en limitant les hypothèses de contrôle *ultravires* (1), laissant ainsi entrevoir de nouvelles perspectives pour l'identité constitutionnelle (2).

1) L'édition de critères plus stricts dans la décision *Honeywell*

L'importance de la décision *Honeywell*³³⁰ outre-Rhin est inversement proportionnelle à la publicité qu'elle a reçue en France. En effet, elle mit un terme à une longue controverse juridico-politique relative aux réformes adoptées sous le chancelier Schröder visant à une flexibilité accrue du marché du travail destinée à favoriser l'emploi des seniors. Se trouvait en cause la légalité des dispositions facilitant l'embauche de ces derniers à durée déterminée³³¹. Dans le cadre d'un litige porté devant un tribunal allemand, une question préjudicielle relative à la validité de ces mesures au regard du droit de l'Union avait été posée à la Cour de justice de Luxembourg et avait donné lieu au très critiqué arrêt *Mangold*³³². Dans cette décision, le juge communautaire décida de censurer le dispositif allemand sur le fondement de la violation de la directive anti-discrimination 2000/78/EC ainsi que d'un principe général du droit découvert pour l'occasion : la non-discrimination des travailleurs en fonction de l'âge. Cet arrêt déclencha une salve de critiques acerbes dénonçant notamment le fait que la Cour de justice aurait outrepassé ses compétences³³³. C'est sur la base de cette décision que le Tribunal fédéral du travail – à l'occasion d'un autre litige mettant en cause les mêmes dispositions – s'est refusé à faire application de la législation en cause et décida par conséquent que la relation de travail n'avait pas pris fin malgré la survenance du terme.

³³⁰ 2 BvR 2661/06.

³³¹ Le § 14.3 de la loi allemande relative au travail à temps partiel et aux contrats à durée déterminée ouvrait la possibilité d'embaucher à durée déterminée des personnes de plus de 52 ans sans raison objective par exception à la règle selon laquelle la conclusion d'un contrat à durée déterminée doit être justifiée par de telles raisons.

³³² CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold c/ Rüdiger Helm*, C-144/04, *Rec.* I-9981.

³³³ V. notamment la critique de l'ancien Président fédéral: HERZOG R., GERKEN L., « Stoppt den Europäischen Gerichtshof », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 septembre 2008. Se trouvèrent également fort critiquées, d'une part, l'application de la directive à la situation en cause alors même que le délai de transposition n'était pas encore expiré au moment des faits et, d'autre part, la découverte prétorienne d'un tel principe général du droit communautaire.

L'employeur – le sous-traitant automobile Honeywell – saisit alors la Cour de Karlsruhe d'un recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) pour violation de la liberté contractuelle et du droit au juge par le jugement du tribunal fédéral du travail. Il invitait notamment la Cour à faire usage de son pouvoir de contrôle *ultra vires* en considérant que le Tribunal fédéral ne pouvait s'appuyer sur une décision dans laquelle la Cour de justice avait outrepassé ses compétences.

Dans sa décision du 6 juillet 2010, la Cour constitutionnelle fédérale a retenu une approche résolument pacifique en rendant, à propos de la question de la répartition verticale des compétences, un arrêt dans l'esprit de *Solange 2*³³⁴. Rejetant comme non fondé le recours de la société *Honeywell*, la Cour a jugé que le contrôle *ultra vires* ne pouvait conduire à une censure de l'action d'un organe de l'Union qu'en cas de violation suffisamment caractérisée (*hinreichend qualifiziert*) et évidente (*offensichtlich*) du principe des compétences attribuées ayant des conséquences considérables sur le système de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, notamment la naissance d'un déséquilibre structurel au détriment des États³³⁵. Elle a par ailleurs exigé le renvoi préjudiciel à la Cour de justice préalablement à toute censure éventuelle de sa part³³⁶.

Par cet arrêt, le juge constitutionnel allemand semble non seulement avoir neutralisé le contrôle *ultra vires* mais également relancé *de facto* la « relation de coopération » entre Karlsruhe et Luxembourg. D'une part, il a fait preuve d'une grande retenue s'agissant du respect du principe des compétences attribuées. Les conditions susceptibles de conduire à l'inapplication d'un acte de droit dérivé pour excès de pouvoir de l'Union européenne apparaissent désormais difficiles à remplir. De plus, la rédaction de l'arrêt n'est pas sans évoquer *Solange 2*. En dehors d'hypothèses extrêmes et improbables, il semble dorénavant que le contrôle *ultra vires* subisse le sort, à l'instar du contrôle des droits fondamentaux, de la Belle au Bois dormant. D'autre part, même si le terme n'est toujours pas réutilisé, il ressort que la « relation de coopération » est bien de retour. Insistant sur l'importance de l'application uniforme du droit de l'Union, la Cour considère que « les tensions inévitables doivent être aplanies de manière coopérative en harmonie avec l'idée d'intégration européenne et désamorçées grâce à une prise en compte réciproque (*wechselseitige Rücksichtnahme*)³³⁷. »

³³⁴ V. notamment MAYER F.C., WALTER M., « Die Europarechtsfreundlichkeit des BVerfG nach dem Honeywell-Beschluss », *Jura*, 2011, p. 532.

³³⁵ § 61.

³³⁶ § 60.

³³⁷ § 57.

Elle en conclut que le contrôle *ultra vires* doit être exercé avec retenue et bienveillance vis-à-vis du droit de l'Union (*zurückhaltend und europarechtsfreundlich*)³³⁸. Dans ce contexte, on peut se demander si cette évolution jurisprudentielle sur le front du contrôle de l'excès de pouvoir n'ouvre pas de nouvelles perspectives pour l'identité constitutionnelle en Allemagne.

2) *Perspectives pour l'identité constitutionnelle : vers une jurisprudence des circonstances exceptionnelles en matière européenne ?*

La restriction des hypothèses du contrôle *ultra vires* est-elle de nature à ancrer la place de l'identité constitutionnelle – en tant que notion fonctionnelle – au sein de l'ordre juridique allemand ? Cette question appelle paradoxalement une réponse positive selon nous. Certes, le sens de l'histoire de la jurisprudence constitutionnelle semble à long terme tendu vers la disparition des réserves de constitutionnalité, comme l'indique la diminution constante de leur périmètre. Ainsi, l'identité constitutionnelle subirait le même sort que les droits fondamentaux et les compétences. Cependant, nous pensons que l'identité constitutionnelle pourrait au contraire profiter de la relative neutralisation des contrôles des droits fondamentaux et des compétences. Dernier né parmi les réserves de constitutionnalité, elle pourrait en effet grandir en prenant l'espace laissé par ses aînées.

Tout d'abord, l'identité constitutionnelle bénéficie de sa fonction de pont entre ordres juridiques susceptible de résoudre enfin le conflit normatif alors que l'on a pu constater les limites, à cet égard, des droits fondamentaux et de la répartition verticale des compétences³³⁹. En effet, le concept d'identité constitutionnelle permet d'inclure ce qui est « crucial et distinctif », en d'autres termes ce qui pose problème du point de vue de l'Union européenne. Il va sans dire que, pour être pleinement efficace, le contrôle de l'identité devra lui-même être exercé « avec retenue et bienveillance », comme l'indique également à son propos la Cour constitutionnelle dans la décision *Honeywell*³⁴⁰. Ceci pourrait néanmoins conduire à un

³³⁸ § 58-59.

³³⁹ Sur ces questions, nous nous permettons de renvoyer le lecteur nos contributions : « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, p. 307 ; « The Respect for National Constitutional Identity in the European Legal Space: An Approach to Federalism as Constitutionalism », in AZOULAI L. (ed.), *The EU as a Federal Order of Competences ?*, Oxford UP, à paraître début 2013.

³⁴⁰ § 59 où la Cour mit sur le même plan le contrôle *ultra vires* et le contrôle de l'identité.

sursaut du contrôle des droits fondamentaux, du moins dans l'hypothèse où ceux-ci seraient essentiels et spécifiques³⁴¹.

Ensuite, les questions des compétences, des droits fondamentaux et de l'identité de l'État souverain – i.e. l'identité constitutionnelle *stricto sensu* – semblent pouvoir être valablement regroupées sous le chapeau d'une identité constitutionnelle conçue de manière plus large comme l'ensemble des principes et règles de valeur constitutionnelle qui seraient non seulement spécifiques mais fondamentaux du point de vue du droit allemand. S'agissant du recoupement avec les compétences³⁴², nous l'avons déjà suffisamment évoqué pour qu'il ne soit pas la peine d'y revenir. S'agissant du recoupement avec les droits fondamentaux, la Cour l'a déjà laissé entendre dans son arrêt du 2 mars 2010 relatif à la loi transposant la directive relative à la rétention de données³⁴³ puisqu'elle a évoqué la question de la liberté individuelle sous l'angle de l'identité constitutionnelle³⁴⁴. Plus adapté que la rhétorique de la souveraineté étatique ou de l'identité nationale dans un pays que l'on qualifie souvent d' *État constitutionnel*, le langage de l'identité constitutionnelle autorise ainsi l'inclusion des spécificités (*das Wesen*) et des compétences inhérentes à l'Allemagne³⁴⁵.

Enfin, la Cour constitutionnelle a tout intérêt à poursuivre avec les autres cours constitutionnelles européennes une stratégie coordonnée de résistance vis-à-vis de l'intégration européenne. A cette fin, la notion d'identité constitutionnelle semble être le candidat naturel lorsqu'il s'agit à la fois de former des coalitions³⁴⁶ et de retenir un concept empruntant à la fois au droit de l'Union et aux droits nationaux. Néanmoins, l'indétermination de son contenu et, par suite, son possible abus posent problème.

³⁴¹ Suggéré par SAUER H., « Europas Richter Hand in Hand? Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH nach Honeywell », *EuZW*, 2011, p. 94, sp. 96-97.

³⁴² A la lumière de la décision *Honeywell*, v. PROELSS A., « Zur verfassungsrechtlichen Kontrolle der Kompetenzmässigkeit von Massnahmen der Europäischen Union: Der „ausbrechende Rechtsakt“ in der Praxis des BVerfG », *EuR*, 2011, p. 241, sp. 249 et 261.

³⁴³ BVerfG, 1 BvR 256/08.

³⁴⁴ § 218.

³⁴⁵ Voir NETTESHEIM M., *op. cit.*, 113-114.

³⁴⁶ Si les juges de Karlsruhe citent la décision du Conseil constitutionnel relative au traité de Lisbonne (§ 312), on regrettera qu'ils ne s'appuient pas sur la jurisprudence française relative à l'identité constitutionnelle. Notons que, dans l'arrêt *Solange 2*, ils avaient fait référence à la jurisprudence constitutionnelle italienne dite des *contrelimites* (BVerfGE 73, 339, 376).

TITRE 2 : LES CONTOURS DE LA STRATÉGIE

Avant de renvoyer à un contenu précis, l'identité constitutionnelle est d'abord une stratégie, un signal adressé aux institutions de l'Union mais également aux autorités nationales. Elle semble se définir avant tout par sa fonction de résistance vis-à-vis des normes de l'Union européenne. Compte tenu à la fois de la nature fonctionnelle et du caractère exceptionnel de l'identité constitutionnelle, on peut dès lors se demander s'il est réellement nécessaire de tâcher d'en déterminer les contours concrets dans différents États membres, d'autant plus que cette mission semble singulièrement délicate.

Une réponse positive s'impose selon nous pour des raisons ayant trait non seulement au développement de la science du droit mais également à l'exigence de sécurité juridique. D'une part, si l'identité constitutionnelle présente avant tout une dimension dissuasive, elle renvoie néanmoins aussi à un contenu opposable le cas échéant. Il appartient au chercheur de dégager ce contenu, même s'il n'est pas chose aisée de connaître et reconnaître les contours de l'identité constitutionnelle. D'autre part, il est opportun, pour des raisons de sécurité juridique, de connaître *a priori* les éléments qu'un État membre est susceptible d'opposer à une norme de l'Union. Pour ce faire, il nous incombe ici de penser l'identité constitutionnelle à l'aune des conditions de son émergence, autrement dit dans le contexte de l'intégration européenne. Il s'agit en effet de garder à l'esprit sur un plan méthodologique que l'on ne recherche pas ce que l'identité constitutionnelle est *en soi* mais seulement ce qu'elle est *au contact de l'Union européenne*. En d'autres termes, il convient de ne pas oublier que l'identité constitutionnelle est avant tout une notion fonctionnelle qui nous renvoie à ce qui est non seulement *crucial* mais également *distinctif* au sein d'un ordre constitutionnel donné³⁴⁷. Il en ressort que l'identité constitutionnelle ne se confondra donc pas avec l'ensemble des dispositions formellement ou matériellement constitutionnelles d'un État membre et,

³⁴⁷ Sur l'identité constitutionnelle comme représentant à la fois ce qui est *crucial* et *distinctif*, v. les vœux du Président Mazeaud : vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 3 janvier 2005 (cf. CCC n° 18, juillet 2005).

également, qu'elle ne saura être appréhendée indépendamment de l'esprit et des caractéristiques du droit de l'Union européenne³⁴⁸.

Une fois acquise la conviction qu'il est nécessaire de déterminer le contenu de l'identité constitutionnelle, il est ensuite fondamental d'adopter une méthode d'interprétation de l'objet « identité constitutionnelle » qui permette de répondre au problème de son indétermination. En recherchant ce qui est *crucial* dans une constitution, on laisse entendre que les constitutions ne sont pas des blocs mais qu'il est au contraire possible de distinguer en leur sein les dispositions majeures des dispositions mineures. S'il est d'usage de distinguer dans les manuels la constitution formelle et la constitution matérielle, nous sommes moins familiers de l'idée d'une hiérarchie intraconstitutionnelle en vertu de laquelle il y aurait dans les constitutions des normes plus importantes que d'autres, qui bénéficieraient par suite d'un traitement privilégié potentiellement dérogatoire du droit constitutionnel commun. Pourtant, une telle distinction n'est pas inédite en théorie constitutionnelle. Dans le passé, plusieurs auteurs se sont en effet attachés, chacun à leur manière, à montrer que certaines dispositions constitutionnelles méritaient une attention particulière. Ainsi, pendant l'entre-deux-guerres, le juriste italien Costantino Mortati voyait dans « la Constitution au sens matériel », autrement dit dans les fins politiques décidées par le parti unique, le noyau inviolable de l'ordre juridique étatique³⁴⁹. Evoquant une « superlégalité constitutionnelle », le doyen Maurice Hauriou considérait pour sa part que la constitution sociale – soit les principes fondamentaux, les libertés individuelles et la vie privée – l'emportait sur la constitution politique, en d'autres termes les « détails d'organisation »³⁵⁰. Aujourd'hui encore, notamment aux États-Unis, on trouve des théories qui sont fondées sur la distinction entre les dispositions techniques des constitutions relatives à l'organisation des pouvoirs publics et celles relatives aux garanties fondamentales d'égalité et de liberté³⁵¹.

³⁴⁸ Opérant en revanche une analyse de ce que pourrait être l'identité constitutionnelle de la France *en soi*, voir DUBOUT E., « Les « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, 3, p. 451

³⁴⁹ V. MORTATI M., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, 1998 ; analysant de manière critique cette théorie à la lumière de la discussion sur les contrelimites, v. CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, 1995, pp. 150-167 ; pour une critique en français d'une théorie qualifiée de dangereuse et d'inutile, v. LAFAILLE F., « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati », *Jus Politicum* n° 7, 2012 (www.juspoliticum.com/La-notion-de-constitution-au-sens.html).

³⁵⁰ V. HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929, p. 611. Pour un commentaire, v. FOULQUIER N., « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1829) », *Jus Politicum*, n° 2, 2009 (www.juspoliticum.com).

³⁵¹ V. par exemple TUSHNET M., *Taking the Constitution Away from the Court*, Princeton UP, 1999, pp. 9-14. Distinguant respectivement entre « thick Constitution » et « thin Constitution », l'auteur développe sur cette base sa théorie du « constitutionnalisme populaire » en vertu de laquelle il appartient au peuple – et non aux juges –

Si l'on compare ces approches, il est intéressant de constater la diversité des critères susceptibles de servir à l'identification de *l'important en droit constitutionnel*. Pour Mortati, il s'agit de ce qui est considéré comme tel par le parti unique. Pour Hauriou, il s'agit de ce qui fait l'objet du « consentement coutumier des sujets », autrement dit les principes ancrés dans la durée qui constituent une véritable légitimité constitutionnelle³⁵². En tout état de cause, la découverte d'un critère adapté constitue une entreprise singulièrement difficile³⁵³. Dans l'hypothèse de l'identité constitutionnelle, il nous appartient donc de déterminer ce qui, pour un État membre, sera dans le même temps *crucial* et *distinctif*. A cet égard, il semble qu'une approche matérielle permette de suppléer aux carences d'une approche exclusivement formaliste.

L'approche formaliste conduit à dégager un critère formel de l'identité³⁵⁴ et/ou à voir dans les dispositions non révisables des constitutions des États le cœur intangible de ces mêmes constitutions. Elle nous renvoie ainsi à l'identité constitutionnelle conçue comme ce qui ne peut changer à travers le temps³⁵⁵. Outre le fait qu'une telle thèse ne semble valoir que dans les pays familiers de la « supraconstitutionnalité »³⁵⁶, elle présente également l'inconvénient de mettre l'accent sur l'indisponibilité de certains principes vis-à-vis non seulement de l'Union européenne, mais également des pouvoirs constitués, pouvoir constituant dérivé inclus. Or, on regrettera dans ce schéma l'absence de prise en compte de la spécificité de l'identité constitutionnelle en tant que celle-ci est avant tout, d'une part, un concept du droit de l'Union encadrant l'exercice des compétences de celle-ci et, d'autre part, un concept du droit interne opposable aux normes de l'Union. Par ailleurs, une telle approche tend à figer l'identité en ce qu'elle présuppose sa permanence à travers le temps³⁵⁷. Elle ne

de s'emparer de la « thin Constitution », autrement dit d'interpréter ses grands principes contenus dans le Préambule et dans la Déclaration d'indépendance. Cette théorie est stimulante pour notre objet d'étude dans la mesure où elle laisse entendre que les dispositions fondamentales des Constitutions doivent être définies par le peuple et non par les juges. Logiquement, l'auteur exprime donc sa préférence pour les révisions constitutionnelles décidées par le peuple (*Ibid.* 177s.).

³⁵² HAURIOU M., *op. cit.*, 94-97.

³⁵³ Sur la difficulté de l'entreprise, MATHIEU B., « Les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une catégorie juridique fonctionnelle à définir », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 977, sp. 987 ; également, dans le contexte de la détermination des « principes structurels » invariants des ordres juridiques, v. MARCOU G., « Introduction », in MARCOU G. (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, L'Harmattan, 1995, pp. 14-16.

³⁵⁴ Pour une telle approche, v. TROPER M., « Identité constitutionnelle », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008: Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, AFDC, Dalloz, 2008, p. 123, sp. 125.

³⁵⁵ Ainsi le professeur Troper précise-t-il que : « Il doit s'agir de principes structurels, donc permanents » (TROPER M., *op. cit.*, 124).

³⁵⁶ V. *supra*.

³⁵⁷ Notons à cet égard que l'article 79 III de la Loi fondamentale allemande – posant les limites matérielles du pouvoir de révision constitutionnelle – est habituellement connu sous le nom révélateur de *clause d'éternité*.

permet pas de penser l'identité en termes dynamiques alors que l'on verra que celle-ci est certes lente dans ses transformations mais n'en est pas moins évolutive. Si l'on ne saurait occulter la pertinence de l'approche formaliste pour notre objet, il apparaît qu'elle doit être à tout le moins complétée.

Dans le contexte de l'intégration européenne, nous tendons ainsi à préférer une approche matérielle conduisant à déterminer les dispositions fondamentales et spécifiques des ordres constitutionnels nationaux. Par approche matérielle de l'identité constitutionnelle, nous entendons nous placer sur le terrain sociopolitique des rapports entre constitutions étatiques et identité nationale et souligner l'étroitesse des liens existants entre identité constitutionnelle et identité nationale. Cette imbrication des deux concepts est une donnée politique reconnue par le droit de l'Union lui-même. En effet, les constitutions représentent des ordres de valeurs procédant d'une « démarche culturelle qui les fait apparaître comme l'expression normative d'une éthique socialement acceptée à un moment donné de l'histoire d'une communauté politique »³⁵⁸. Elles reflètent *de facto* l'identité nationale d'un État membre, autrement dit ces éléments hérités d'un passé plus ou moins lointain et faisant l'objet d'un attachement viscéral de la part de communautés nationales. Le traité relatif à l'Union européenne a pour sa part pris acte de cette réalité en mettant en relation constitution et identité nationale. Ainsi, aux termes de l'article 4 § 2 TUE, « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Le lien étant expressément opéré par cette disposition entre l'identité nationale et les structures non seulement constitutionnelles mais également politiques, il s'agit donc pour nous de dégager les règles et principes essentiels – d'un point de vue substantiel – des ordres juridiques internes.

Une telle approche ne manquera pas de susciter des critiques, cependant surmontables selon nous. Tout d'abord, on soulignera l'indétermination en droit de ce qui est *fondamental* d'un point de vue substantiel. Les positivistes les plus orthodoxes nous opposeront la subjectivité de la démarche, jugeant que le chercheur en droit n'est pas en mesure de découvrir ce qui est *essentiel* dans un ordre constitutionnel donné compte tenu du principe de neutralité axiologique³⁵⁹. Ensuite, en tant que les constitutions sont elles-mêmes les normes *fondamentales* des ordres juridiques et sont caractérisées notamment par leur relative stabilité

³⁵⁸ V. PIERRE-CAPS S., « La Constitution comme ordre de valeurs », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 282 sp. 288.

³⁵⁹ V. par exemple PFERSMANN O., « La Constitution comme norme », in FAVOREU L. et al., *Droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2007, pp. 68-72.

à travers le temps, elles semblent fondamentales et, par suite, identitaires dans leur ensemble. Ainsi, il serait facile pour un État tel que le Portugal dont la Constitution ne compte pas moins de 295 articles de se prévaloir de l'ensemble de ces dispositions contre l'Union européenne. Or, une interprétation aussi extensive ne saurait avoir cours. D'une part, le principe de primauté du droit de l'Union européenne tel qu'il est issu de la jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* s'y oppose radicalement. D'autre part, les États membres eux-mêmes utilisent l'identité constitutionnelle pour ne désigner qu'une partie seulement de leur droit constitutionnel, en aucun cas la totalité de leur constitution.

En réalité, la notion d'identité constitutionnelle a été forgée pour préserver les caractères les plus fondamentaux des ordres constitutionnels internes. La question se pose alors de savoir ce que recouvre l'idée de *fondamentalité* dans un tel schéma. On pourrait faire le choix de retenir l'approche en vertu de laquelle une disposition constitutionnelle est fondamentale lorsque la constitution la décrit comme telle. En France, l'identité constitutionnelle serait donc ainsi composée des droits fondamentaux, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou encore des principes fondamentaux définis à l'article 34 de la Constitution. Si un tel nominalisme ne peut être le seul point d'appui de notre réflexion, il présente cependant l'intérêt de nous renvoyer intuitivement à l'idée d'une « échelle de fondamentalité »³⁶⁰ : tous les principes ne sont pas fondamentaux et certains droits sont plus fondamentaux que d'autres. Tout est question d'intensité, en somme. Cependant, ceci ne règle pas le problème de savoir où se situe le point de rupture entre le non-fondamental et le fondamental. Dans ce contexte, il est donc impératif de disposer d'un appareil méthodologique et d'une herméneutique de l'identité constitutionnelle.

Dans le contexte d'une recherche sur les rapports entre constitutions et identité nationale, déterminer ce qui relève de l'identité constitutionnelle revient donc à déterminer ce qui est fondamental au sein d'un ordre juridique³⁶¹ donné à la lumière de considérations extrajuridiques, tirées de l'identité nationale notamment. En effet, non seulement le droit de l'Union ne respecte-t-il les structures constitutionnelles nationales que pour autant que celles-ci expriment l'identité nationale, mais il est notable que les cours constitutionnelles des États

³⁶⁰ Nous empruntons cette expression au professeur Picard qui l'utilisa dans le contexte des droits fondamentaux. V. PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* numéro spécial, 20 juillet-20 août 1998, p. 6, sp. 32-34.

³⁶¹ Nous insistons ici sur l'idée d'ordres juridiques plutôt que sur celle d'ordres constitutionnels. En effet, tout ce qui est fondamental n'est pas forcément inscrit dans le texte de la Constitution, ni n'a valeur constitutionnelle *ab initio*. Nous verrons qu'une telle approche n'est pas sans effet sur la place des sources non écrites ainsi que des sources non strictement constitutionnelles dans l'appréhension de l'identité constitutionnelle de l'Etat.

membres se focalisent désormais largement sur cette même identité telle qu'elle est inscrite dans le logiciel constitutionnel national. Il s'agit en effet aujourd'hui avant tout de ne pas renoncer à certains traits nationaux auxquels chaque peuple d'Europe apparaît singulièrement attaché³⁶². Il n'est pas possible de se borner à une approche exclusivement positiviste de la science du droit, en particulier à la conception dynamique des rapports normatifs. On va s'intéresser au contenu de la norme et pas seulement à sa validité. Par suite, nous sommes nécessairement conduits à examiner l'ordre juridique à l'aune de l'ordre social. Nous nous pencherons ainsi sur les rapports entre droit et politique, retenant ainsi une approche du type *droit politique*³⁶³. Nous devons aussi nous intéresser à l'historicité du droit et aux relations qu'entretiennent le droit, la durée et la mémoire. En effet, si les constitutions sont déjà en soi caractérisées par leur stabilité – ainsi qu'en atteste la lourdeur des procédures de révision – l'identité constitutionnelle bénéficiera *a fortiori* d'un fort ancrage dans le temps. Enfin, nos réflexions sur l'identité nous conduiront nécessairement à examiner les rapports entre droit et culture. En effet, le droit est le droit d'une communauté. Il s'insère dans un système de croyances, de pratiques et de coutumes³⁶⁴ dont les constitutions sont l'expression.

Une telle approche nous éloigne nécessairement de l'universel en nous renvoyant largement au particulier, au contexte, au droit et à la constitution d'une communauté donnée. Ce constat est essentiel pour notre propos car il illustre une distinction fondamentale entre les deux idéaux types de constitutionnalisme soulignés en introduction : le constitutionnalisme libéral et le constitutionnalisme national à tendance communautaire. Le premier a une propension à l'universel, à l'abstraction. Il est potentiellement hors sol. Expression de la raison kantienne, il insiste sur les droits des individus qui seront d'ailleurs dégagés – le plus souvent par des juges – à la suite d'interprétations audacieuses et évolutives des constitutions, ces dernières étant avant tout perçues sous l'angle de la garantie des droits et de la limitation du pouvoir³⁶⁵. Le second est beaucoup plus concret. Il est le résultat de la volonté d'un pouvoir constituant représenté par *Nous, le peuple*. Il renvoie aux règles écrites ou non-écrites d'une communauté ayant non seulement une histoire mais surtout une mémoire. Cette

³⁶² On comprend ainsi mieux la démarche de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa recherche délibérée des matières sensibles relevant nécessairement de la compétence de l'État. De même pour la France, voir la tentative, opérée par le Conseil constitutionnel en 1997, d'identification des éléments susceptibles de relever de la « tradition constitutionnelle française » (CCC n° 4, 1998, p. 67).

³⁶³ Notons qu'une telle approche est notamment celle retenue par la revue électronique éponyme *Jus Politicum*.

³⁶⁴ V. KAHN P.W., *The Cultural Study of Law : Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, 1999 ; LEGRAND P., *Fragments on Law-as-Culture*, Willink, 1999.

³⁶⁵ En ce sens, l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen renvoie à titre principal à la conception libérale des constitutions en ce qu'elle insiste sur la société (plutôt que sur la communauté) ainsi que sur les droits et la séparation des pouvoirs.

dimension communautaire relativise la centralité des droits individuels en insistant sur les valeurs du groupe ainsi que sa pérennité, notamment à travers l'usage en droit des concepts d'intérêt général ou de bien commun. Par suite, ce modèle semble moins propice à conduire à des interprétations actualisées des constitutions, mais favorise au contraire des interprétations plus littérales par lesquelles on va parfois rechercher l'intention originelle des rédacteurs de la constitution³⁶⁶. Dès lors, il apparaît que, du point de vue des États, l'identité constitutionnelle sera le plus souvent appréhendée sous un angle conservateur. Cependant, il ne s'agit pas nécessairement de la seule interprétation. En effet, la notion d'identité est équivoque. Elle peut ainsi s'accommoder du changement et les constitutions peuvent nous renvoyer elles-mêmes, d'une part, à la métaphore du bateau de Thésée et, d'autre part, à la distinction développée par Paul Ricoeur entre *identité-ipséité* et *identité-mêmeté* (ou *identité-idem*).

La métaphore du bateau de Thésée est bien connue. Dans *Les vies des hommes illustres*, Plutarque raconte :

« Le vaisseau sur lequel Thésée alla et retourna était une galiote à trente rames, que les Athéniens gardèrent jusqu'au temps de Démétrius le Phalérien, en ôtant toujours les vieilles pièces de bois, à mesure qu'elles se pourrissaient, et en y remettant des neuves à leur place : tellement que depuis, dans les disputes des Philosophes touchant les choses qui s'augmentent, à savoir si elles demeurent une, ou si elles se font autres, cette galiote était toujours alléguée pour l'exemple de doute, parce que les uns maintenaient que c'était un même vaisseau, les autres, au contraire, soutenaient que non »³⁶⁷.

Cette métaphore nautique tirée de la mythologie grecque souligne le problème de l'identité à travers le temps ainsi que le paradoxe du changement. Elle illustre le fait que les éléments de l'identité ne sont pas figés mais peuvent au contraire évoluer à la faveur des circonstances sans que l'essence ne soit pour autant nécessairement remise en cause. L'identité n'est donc pas seulement la propriété de ce qui reste identique à soi-même au cours des âges. Elle

³⁶⁶ V. le débat américain relatif à l'interprétation constitutionnelle qui oppose les tenants de *l'original intent* à ceux de la *living constitution*. A ce sujet, voir par exemple RAYNAUD P., *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Le temps des idées, Armand Colin, 2008.

³⁶⁷ PLUTARQUE, « Vie de Thésée », *Les vies des hommes illustres*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1951, vol. 1, p. 21.

renvoie au contraire au soi, à un ensemble de caractéristiques constitutives de la spécificité de l'objet appréhendé et susceptibles de transformations entre le moment t et le moment $t + 1$ ³⁶⁸.

Paul Ricoeur a décrit ce paradoxe en distinguant entre *identité-mêmeté* et *identité-ipséité* :

« L'identité, au sens d'idem, déploie elle-même une hiérarchie de significations (...) et dont la *permanence dans le temps* constitue le degré le plus élevé, à quoi s'oppose le différent au sens de changeant, variable. Notre thèse constante sera que l'identité au sens d'ipse n'implique aucune assertion concernant un prétendu noyau non changeant de la personnalité (...). L'identité-ipse met en jeu une dialectique complémentaire de celle de l'ipséité et de la mêmeté, à savoir la dialectique du soi et de l'autre que soi³⁶⁹. »

On lit aussi ailleurs :

« L'ipséité, à la différence de la mêmeté typique de l'identité biologique et caractérielle d'un individu, consiste en une volonté de constance, de maintien de soi, qui met son sceau sur une histoire de vie confrontée à l'altération des circonstances et aux vicissitudes du cœur. C'est une identité maintenue malgré...³⁷⁰. »

Le changement dans la continuité en somme. Il apparaît en effet que l'identité renvoie à une permanence nominale sans laquelle il ne pourrait pas y avoir d'identité, faute d'un *soi*. Le bateau de Thésée reste le bateau de Thésée, même après avoir subi de multiples transformations. Le fleuve d'Héraclite reste le fleuve d'Héraclite, même si son cours et son eau changent. Dans le même temps cependant, il est indubitable que l'identité est confrontée aux changements de circonstances. Il serait donc erroné de la voir exclusivement sous un angle conservateur, notamment dans le contexte de l'intégration européenne, puissant facteur de changement. Comme l'a indiqué Eric Hobsbawm, l'identité est aussi une construction, ce n'est pas seulement un héritage. Chaque tradition est une invention à la base. Chaque tradition

³⁶⁸ Sans vouloir ici abuser des références mythologiques, la dimension temporelle de l'identité a fait également l'objet de l'aphorisme d'Héraclite : « on ne se baigne pas deux fois dans le même fleuve » (voir la thèse du mobilisme universel contre la permanence de Parménide). On pourrait également citer le morceau de cire de Descartes : reste-t-il le même sous l'effet de la chaleur, autrement dit des circonstances ? Sur l'ensemble de cette problématique, v. FERRET S., *Le bateau de Thésée. Le problème de l'identité à travers le temps*, Editions de Minuit, 1996.

³⁶⁹ RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990, pp. 12-13.

³⁷⁰ RICOEUR P., *Parcours de la reconnaissance*, Stock, 2004, p. 191.

commence comme innovation³⁷¹. Sur un plan juridique, la constitution est à même de forger les mentalités, elle est donc susceptible de façonner elle-même l'identité. Par suite, même s'il existe une présomption en ce sens, l'identité constitutionnelle ne renverra pas nécessairement à la seule continuité historique et politique³⁷², ainsi qu'en atteste le fait que certaines juridictions et certains peuples des États membres ont déjà pris acte des changements de société et infléchi certaines conceptions réputées intangibles tant elles sont ancrées dans l'histoire et la culture des communautés nationales.

Dans ce contexte, si l'examen des sources permet d'identifier un certain nombre de modèles de l'identité constitutionnelle (**Chapitre 1**), les exemples français et irlandais illustrent le paradoxe de ces identités, entre fixité et mutabilité (**Chapitre 2**).

³⁷¹ HOBBSAWM E., « Introduction : Inventing Traditions », in HOBBSAWM E., RANGER T. (ed.), *The Invention of Tradition*, Cambridge UP, 1983, p. 1.

³⁷² Considérant qu'il y a, en matière constitutionnelle, une présomption en faveur de la continuité, v. RAZ J., « On the Authority and Interpretation of Constitutions : Some Preliminaries », in RAZ J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford UP, 2009, p. 323, sp. 354.

Chapitre 1 : Modélisation des identités constitutionnelles

L'idée que la constitution a non seulement une histoire, mais que c'est une histoire qui se raconte n'est pas nouvelle. Déjà à la fin du 18^e et au 19^e siècle, le mythe de la constitution venue du fond des âges faisait florès en réaction contre le rationalisme abstrait et l'esprit géométrique des Lumières, mis en musique par la Révolution française notamment. On le retrouve principalement en France, au Royaume-Uni et en Allemagne chez les penseurs contre-révolutionnaires. Ainsi en France, Joseph de Maistre se fit le pourfendeur non seulement de l'universalisme mais également de la constitution écrite, jugeant que ce qui est véritablement fondamental n'est jamais écrit mais trouve son origine en Dieu, la seule constitution légitime étant celle issue de la nature des choses³⁷³. C'est donc une conception organique et concrète des constitutions qui prévalait pour lui par opposition au constitutionnalisme libéral d'un Montesquieu, dont la Déclaration des Droits de l'homme constitue l'une des expressions. Au Royaume-Uni, Edmund Burke est connu pour son rejet de la Révolution française. Bien que lui-même libéral, il s'avère par-dessus tout anglais et manifeste par suite un attachement tout particulier vis-à-vis des traditions britanniques, qui sont le résultat d'un processus de sédimentation à partir de *l'Ancient Constitution*³⁷⁴. Outre-Rhin, c'est sur les décombres du Saint Empire Romain Germanique et à la faveur du nationalisme né du romantisme allemand mettant en avant le *Volksgeist* (le génie du peuple) que va se développer l'école historique du droit représentée par Savigny notamment. Née en opposition au mouvement rationaliste de codification, cette école défend la thèse du développement organique du droit, auquel elle assigne comme fondement la conscience populaire, la « commune conviction du peuple »³⁷⁵. Dans les trois cas, c'est bien le rattachement au passé, l'importance de l'histoire qui comptent par dessus tout dans la

³⁷³ V. DE MAISTRE J., *Considérations sur les France ; suivi de Essai sur le principe générateur des Constitutions politiques*, Ed. Complexe, 2006.

³⁷⁴ V. BURKE E., *Réflexions sur la Révolution de France*, Pluriel, Hachette, 2011.

³⁷⁵ V. DUFOUR A., « La théorie des sources du Droit dans l'Ecole du Droit historique », *Archives de philosophie du droit*, tome 27, 1982, p. 85, sp. 97.

conception que ces auteurs se font du système politico-juridique. La constitution est toujours vue avant tout comme un héritage.

Comme en témoigne l'étude des sources, le concept d'identité constitutionnelle semble de même nous renvoyer à un héritage, à l'identité historique de l'ordre politique et social, autrement dit à ses valeurs fondatrices inscrites dans la durée. À première vue, il peut apparaître étrange de s'interroger sur les sources de l'identité constitutionnelle comme on s'interroge traditionnellement sur les sources du droit. Or, s'il s'agit dans le second cas de déterminer le siège des normes juridiques, il nous appartient, dans la première hypothèse, de savoir où localiser les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle des États membres. L'examen de la constitution « hypervisible » comme de la constitution invisible (**Section 1**) permettent de dégager plusieurs modèles de l'identité constitutionnelle en droit comparé (**Section 2**). A cet égard, nous avons fait le choix d'étudier la France et l'Irlande à titre principal, l'Allemagne, la Hongrie et la Pologne à titre secondaire, du fait que ces États représentent différents types d'identités constitutionnelles. Alors que la problématique identitaire est très présente dans les deux premiers États compte tenu de leur attachement respectif aux valeurs de la République et du christianisme, elle se pose en des termes différents en Allemagne et dans les pays de l'Europe centrale eu égard au contexte historique qui leur a imposé de largement reconstruire leur identité en adoptant de nouvelles constitutions conformes aux canons du constitutionnalisme des droits subjectifs universels³⁷⁶.

³⁷⁶ Si l'Allemagne fait figure de protagoniste majeur du récit de l'identité constitutionnelle, nous ne l'étudierons que de manière ponctuelle dans la mesure où nous avons vu plus haut que l'identité y est plus conçue en termes de compétences réservées qu'en termes de spécificités nationales. Outre-Rhin, la stratégie de l'identité constitutionnelle se confond en effet largement avec la souveraineté et la détention de compétences alors que nous souhaitons ici nous concentrer sur des spécificités nationales que le droit de l'Union est susceptible d'accueillir avec méfiance. Par ailleurs, comme nous le verrons plus bas, l'identité constitutionnelle allemande est en phase avec le constitutionnalisme des droits subjectifs. Par suite, elle est largement « congruente » avec l'identité constitutionnelle de l'Union et présente donc moins de zones de conflit. Dans ce contexte, il est alors patent que ce qui semble poser principalement problème dans les rapports entre l'UE et l'Allemagne est moins l'identité constitutionnelle au sens des valeurs communautaires héritées que la souveraineté dans son acception la plus classique.

SECTION 1 : LES SOURCES VISIBLES ET INVISIBLES DES IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES

Si le texte constitutionnel, singulièrement son incipit, semble être le réservoir naturel où puiser l'identité constitutionnelle (I), celle-ci nous renvoie également au contexte incarné par ce que l'on a pu poétiquement appeler la constitution invisible (II).

I. LE FRONTISPICE DES CONSTITUTIONS

En les insérant parmi leurs toutes premières lignes, la majorité des constitutions donnent une forte visibilité aux déclarations d'intention de nature politique qui définissent l'esprit et les valeurs de l'ordre constitutionnel qu'elles établissent. L'identité constitutionnelle sera ainsi essentiellement – et naturellement – localisable dans les préambules (A) ainsi que dans les premiers articles des constitutions (B).

A. Les préambules

Les préambules, largement répandus dans les constitutions des États européens³⁷⁷, semblent en première analyse constituer des déclarations politiques dépourvues de normativité. Pour un auteur, les préambules « ne sauraient être rangés parmi les textes juridiques. Ils se distingueraient plutôt par un style épique ou lyrique, une terminologie dramatique et des phrases solennelles, qui les rapprochent davantage de la formulation des proclamations ou d'autres actes politiques³⁷⁸ ». Or, s'il est juste que leur style est souvent

³⁷⁷ La majorité des constitutions des États membres de l'Union européenne disposent d'un préambule. Il n'est en outre qu'en Belgique, en Finlande, au Danemark, en Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas, en Autriche et en Suède.

³⁷⁸ KUTLESIC V., *Les constitutions postcommunistes européennes. Etude de droit comparé de neuf États*, Bruylant, 2009, p. 18.

fleuri, l'exemple français – bien connu – nous a appris que cette interprétation était loin d'être toujours vérifiée. Non seulement les préambules peuvent-ils être normatifs mais il apparaît aussi qu'ils peuvent orienter l'interprétation juridictionnelle dans une certaine direction et fournir une clé de compréhension fondamentale de l'ordre constitutionnel d'une entité politique. C'est pour cette raison que l'identité constitutionnelle va trouver une source privilégiée dans les préambules des constitutions. Plus encore que leur contenu, leur fonction apparaît fondamentale dans l'économie des constitutions.

Véritables chansons de Roland constitutionnelles, les préambules ont une fonction d'énonciation symbolique de l'identité constitutionnelle. Ils posent en effet le soubassement idéologique de l'ensemble du système juridique. Placés au fronton des constitutions, ils ne sont pas dénués d'une certaine solennité, voire d'un lyrisme assumé du fait de l'enthousiasme inhérent à la fondation d'un nouveau régime dont ils narrent un morceau – choisi – de l'histoire. À cet égard, il est peu surprenant que les préambules insistent en général à la fois sur la rupture et sur la continuité, sauf peut-être – à l'image de la Constitution de 1958 – lorsque le changement constitutionnel est plus d'inspiration réformatrice que proprement révolutionnaire. L'adoption d'une nouvelle constitution témoigne en effet non seulement de la volonté de prendre ses distances vis-à-vis du passé proche mais aussi de s'inscrire dans la longue durée en rattachant le nouvel ordre à un passé plus lointain. Le but ultime est ici d'asseoir la légitimité de la nouvelle constitution et, plus largement, du nouveau régime. Le besoin se fait alors sentir de s'appuyer sur des mythes ou du moins sur un passé idéalisé susceptible de fournir des assises historiques solides au nouvel ordre constitutionnel. À la suite du préambule, les premiers articles des constitutions vont pour leur part poser les fondements socio-politiques de l'ordre juridique.

B. Les premiers articles des constitutions

Les articles introductifs des constitutions ne se distinguent guère des préambules, autorisant ainsi René Cassin à parler à leur propos de « préambule prolongé »³⁷⁹. Si, à la différence de ces derniers, ils semblent détenir une normativité renforcée du fait de leur nature

³⁷⁹ GENEVOIS B., *op. cit.*, 484.

d'articles, leur contenu et leur fonction sont largement similaires³⁸⁰. A l'image des préambules, les premiers articles des constitutions tendent à poser les fondations du système politique. Ils définissent en effet la forme de l'État et du régime (État fédéral ou unitaire, République ou monarchie) en précisent les valeurs fondamentales et les symboles (hymne, langue nationale, drapeau).

Présentant souvent une dimension politique et déclaratoire non négligeable, ils définissent l'identité de l'État et/ou de la nation et peuvent donc être considérés, au même titre que les préambules, comme une source de l'identité constitutionnelle. La forme de l'État et du régime, les valeurs fondatrices et les symboles sont à ce titre dignes de respect. Cependant, les dispositions écrites formellement constitutionnelles n'épuisent pas l'identité constitutionnelle.

II. LA CONSTITUTION INVISIBLE

« L'essentiel est invisible pour les yeux », faisait dire Antoine de Saint-Exupéry au renard dans *Le Petit Prince*. Une telle affirmation ne saurait mieux se vérifier que pour l'identité constitutionnelle : c'est autant, voire plus, dans l'esprit que dans le texte de la constitution que cette identité est palpable. A cet égard, l'expérience britannique fait figure d'exemple paradigmatique du fait qu'un État puisse tirer ses règles constitutionnelles de sources non écrites enracinées dans le passé. Outre-Manche, « ce qui est plus important est ce qui est venu avant »³⁸¹. Cependant, le Royaume-Uni n'a pas le monopole de la constitution non-écrite. Il apparaît en effet que le droit constitutionnel en général ne se résume pas au texte constitutionnel, y compris sur le Continent. Les normes de valeur constitutionnelle ne résultent en effet pas exclusivement de la lettre de la constitution mais elles vont aussi découler de son esprit. En arrière-plan du texte constitutionnel existe en effet une

³⁸⁰ Notons que la relative confusion entre préambule et articles introductifs est confirmée par le fait que la seule recommandation émise par le Comité Veil de réflexion sur le préambule de la Constitution française fut non pas une modification du préambule mais un amendement de l'article Premier de la Constitution afin d'y intégrer le respect de l'égalité de dignité de chaque être humain. D'après le comité, « l'article 1^{er} de la Constitution qui suit immédiatement le Préambule et est placé avant le titre Ier (...) fait intellectuellement partie du Préambule » (*Redécouvrir le préambule de la Constitution. Rapport du comité présidé par Simone Veil*, La Documentation française, 2008, p. 13).

³⁸¹ BARANGER D., *Ecrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Léviathan, PUF, 2008, p. 172.

« constitution invisible »³⁸². Il appartient au juge – notamment constitutionnel – de faire remonter à la surface certaines normes implicites enfouies dans l’inconscient juridique afin de dégager le sens profond de la constitution. Aussi, il semble possible de trouver l’identité constitutionnelle, à la lumière de l’histoire et du contexte, dans des sources formellement extraconstitutionnelles, autrement dit des sources qui ne sont constitutionnelles que d’un point de vue matériel³⁸³. Bénéficiant le plus souvent d’un fort ancrage historique, ces sources vont renvoyer à des normes dégagées principalement par les juridictions constitutionnelles en raison de l’importance sociale ou du caractère fondamental du principe ou de la valeur en cause. Ces sources extraconstitutionnelles écrites mais aussi non écrites s’avèrent constituer un bon révélateur de l’identité constitutionnelle des États membres.

Tout d’abord, c’est sur la base de dispositions non constitutionnelles que certains principes fondamentaux vont être découverts en ce qu’ils reflètent une certaine continuité en ayant notamment « reçu application avec une constance suffisante dans la législation antérieure », souligne le président Genevois à propos des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en France³⁸⁴. Parfois, ces principes constitutionnels dégagés de manière prétorienne vont même faire figure de principes coutumiers du fait de leur usage répété et de la conscience de leur caractère obligatoire³⁸⁵. Ensuite, les juges sont également amenés à découvrir de nouveaux droits absents du texte constitutionnel, souvent appelés *droits non écrits* ou *droits non énumérés* (*unenumerated rights*)³⁸⁶. Pour ce faire, ils vont s’appuyer sur les identités nationales³⁸⁷, quitte à les réinventer ainsi qu’en témoignent les jurisprudences américaine³⁸⁸ et irlandaise³⁸⁹. Enfin, les « conventions de la constitution »,

³⁸² V. TRIBE L.H., *The Invisible Constitution*, Oxford UP, 2008 : « La Constitution visible flotte nécessairement dans un vaste, profond – et surtout invisible – océan d’idées, de propositions et de souvenirs remontés à la surface » (*ibid.* 9).

³⁸³ MATHIEU B., VERPEAUX M., « Les normes de référence extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes en l’honneur de Loïc Philip, Constitution et finances publiques*, Economica, 2006, p. 155.

³⁸⁴ GENEVOIS B., « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in AVRIL P., VERPEAUX M. (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon-Assas, LGDJ Diffuseur, 2000, p. 21, sp. 44.

³⁸⁵ V. BOUVIER V., « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » *Droits*, n° 3, 1986, p. 87.

³⁸⁶ V. notamment PONTTHOREAU M.-C., *La reconnaissance de droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994.

³⁸⁷ « Unenumerated rights might be those that are central to national identity, protected not by specific constitutional text (or in ways only loosely tied to constitutional text) but by the genius of the nation’s people » (TUSHNET M., « Can You Watch Unenumerated Rights Drift ? » (2006-2007) 9 *U. Pa. J. Const. L.* 1, p. 209, sp. 220).

³⁸⁸ A propos de la réinvention progressive par la Cour suprême des Etats-Unis de la tradition liée à la sainteté du mariage pour justifier d’abord la contraception, puis l’avortement, enfin les relations homosexuelles, v.

résultant également de l'esprit des constitutions, vont s'enraciner dans le paysage juridique du fait de leur usage répété et de la conviction de leur caractère obligatoire. Initialement théorisées par le juriste britannique Alfred Dicey, elles sont bien connues outre-Manche où elles constituent une importante source du droit dans un pays dépourvu de constitution écrite. Ce terme renvoie aux règles non écrites « qui définissent les usages parlementaires, la façon dont les pouvoirs discrétionnaires de la Couronne (ou des ministres en tant que serviteurs de la Couronne) doivent être exercés »³⁹⁰. Illustrations du droit politique³⁹¹, leur normativité découle largement de la continuité de leur application dans le temps. Si l'on s'attache désormais à appliquer notre méthode d'identification aux différents ordres juridiques considérés, il apparaît que ceux-ci renvoient à des identités héritées d'un passé plus ou moins lointain.

ROSENFELD M., *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge, 2010, pp. 75-127.

³⁸⁹ V. *infra* pp. 195s.

³⁹⁰ DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan and Co. Ltd, 1961, p. 422. A titre d'exemples, Dicey cite notamment l'assentiment royal à tout projet de loi adopté par les deux chambres du Parlement, la nomination comme Premier ministre du leader du parti majoritaire à la Chambre des communes, la démission des ministres ne bénéficiant plus de la confiance de la Chambre basse (*Ibid.* 26-27). Sur ce thème, voir en français MENY Y., « Conventions constitutionnelles », in DUHAMEL O., MENY Y. (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 232.

³⁹¹ V. AVRIL P., *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Léviathan, PUF, 1997. En France, les rapports entre le Président de la République et le Premier ministre mais aussi entre le Gouvernement et les Assemblées sont régis par les conventions de la Constitution. On peut citer la pratique des questions au Gouvernement à l'Assemblée nationale instaurée en 1974 à l'initiative du Président Giscard d'Estaing, les résolutions de l'article 88-4 (dont le champ a été progressivement étendu au-delà de la lettre de la Constitution) ou la démission du Premier ministre à la suite d'élections nationales, pratique qualifiée de « tradition républicaine » par François Mitterrand (*Ibid.* 95-101).

SECTION 2 : LES TYPES D'IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES

Il est possible de dégager trois principaux modèles d'identités constitutionnelles à partir de l'étude des sources. Alors que certains ordres juridiques s'inscrivent dans la longue durée et mettent en avant les valeurs du groupe et l'intérêt général qui s'attache au maintien de ces valeurs (I), d'autres vont se montrer détachés du passé et soucieux des droits individuels ainsi que de la responsabilité vis-à-vis des générations futures (II) tandis que d'autres encore vont embrasser une approche mixte (III). Dans tous les cas, cette classification témoigne de la diversité, dans un ordre juridique à l'autre, des rapports de l'identité constitutionnelle à l'identité nationale.

I. LES IDENTITÉS LOINTAINES FONDÉES SUR DES VALEURS ASSISES SUR L'INTÉRÊT GÉNÉRAL OU LE BIEN COMMUN : LES EXEMPLES FRANÇAIS ET IRLANDAIS

Les constitutions sont à la fois les témoins de la continuité et de la rupture. Elles marquent toujours une rupture – que celle-ci soit brutale ou pacifique – entre le passé immédiat et le présent³⁹². Cependant, elles prennent souvent soin, dans leur préambule notamment, de trouver un point d'attache dans la longue durée afin de relier les générations passées aux générations futures, soulignant ainsi l'identité (au sens de la permanence supposée) du peuple à travers le temps sur le modèle de « *nos ancêtres, les Gaulois* ». Ce passé rêvé est cependant plus ou moins lointain. Ainsi, certaines Constitutions vont se réclamer de très vieilles traditions prémodernes tandis que d'autres vont s'attacher à l'héritage révolutionnaire. Dans les deux cas, une même insistance sur les valeurs du groupe plutôt que sur les droits des individus est palpable, montrant ainsi que l'identité constitutionnelle est loin de renvoyer exclusivement aux droits fondamentaux, mais tend à reconnaître la place éminente de la communauté – nationale – sur l'individu, sur le fondement d'un intérêt

³⁹² V. notamment ROSENFELD M., *op. cit.*, 186.

général³⁹³ transcendant les intérêts individuels. Les valeurs républicaines en France (A) comme les valeurs du catholicisme en Irlande (B) sont typiques d'une approche de l'identité constitutionnelle étroitement liée à l'identité nationale en tant qu'identité collective d'un peuple doté d'une histoire et d'une mémoire.

A. L'identité républicaine de la France

En France, « la continuité constitutionnelle a une ossature républicaine », écrivait le doyen Favoreu à propos des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République³⁹⁴. Il apparaît en effet que l'identité constitutionnelle française se confond largement avec son identité républicaine. S'il est effectivement paradoxal d'associer les mots identité ou tradition avec République³⁹⁵, il n'en demeure pas moins que la France présente aujourd'hui une identité républicaine qui renvoie à la fois à son identité nationale et à son identité constitutionnelle. Si une telle conclusion résulte du fait que la Constitution en vigueur soit celle de la Cinquième *République* et que son article 89 pose le principe – très théorique – de l'intangibilité de la forme républicaine du Gouvernement, elle trouve ample confirmation dans les articles 1 et 2 (1) ainsi que dans le préambule en dépit du fait que celui-ci ne réponde pas aux canons habituels, ni dans son contenu, ni dans sa facture, ni dans son esprit (2).

1) Les articles 1 et 2 de la Constitution

Aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les

³⁹³ Les Constitutions irlandaise et polonaise, respectivement dans leur préambule et en leur article Premier, utilisent pour leur part le langage thomiste du bien commun, dont l'intérêt général est la version laïcisée.

³⁹⁴ FAVOREU L., « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La République en droit français*, Economica, 1999, p. 231, sp. 236.

³⁹⁵ V. PICARD E., « Préface », in VIMBERT C., *La tradition républicaine en droit public français*, LGDJ, 1992, p. 13 : « s'ils prenaient un peu conscience de ce qu'est la République et de ce qu'est la tradition, ceux qui l'invoquent en toute bonne foi républicaine n'associeraient sans doute pas aussi légèrement les deux mots : la République s'est proclamée à l'encontre de la tradition ; et pas seulement de la tradition particulière qu'a renversée la Révolution, celle de l'Ancien Régime, mais de la tradition en général en tant que source de légitimité et de pouvoir, en tant que fondement du droit et des institutions.(...) A tous égards, la République s'affirme comme l'antithèse même de toute tradition, quelle qu'elle soit ».

citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». L'article 2 énonce pour sa part : « la langue de la République est le français. L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge. L'hymne national est « La Marseillaise ». La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ». Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Ces deux dispositions placées au fronton de la Constitution française reflètent l'importance des principes républicains, en particulier du principe d'égalité³⁹⁶. En ce sens, ils apparaissent chargés d'une forte charge identitaire³⁹⁷ que le préambule vient confirmer.

2) *La singularité du préambule de 1958*

Aux termes du préambule,

« le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique. »

Ce texte court et peu emphatique ne marque tout d'abord pas une véritable volonté de rupture par rapport à la Quatrième République. Ceci ne saurait surprendre dans la mesure où, de fait, la continuité prévaut entre la Constitution de 1946 et celle de 1958, cette dernière ayant avant tout opéré un virage en matière d'équilibre des pouvoirs à travers le choix du parlementarisme rationalisé. Surtout, ce texte tient lieu – bien qu'indirectement – de catalogue de droits

³⁹⁶ V. *infra* pp. 187s.

³⁹⁷ Pour un rapprochement entre l'article 1er et l'identité constitutionnelle, v. PACTET P., MELIN-SOUCRAMANIE F., *Droit constitutionnel*, 26^e éd., Sirey, 2007, p. 545 ; de même à propos de l'article 2, v. LE POURHIET A.-M., « Les symboles identitaires dans la Constitution de 1958 », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, *op.cit.*, 133.

fondamentaux plutôt que de préambule. Ceci est compréhensible dans la mesure où celui-ci a été découvert par le Conseil constitutionnel en 1971 dans sa célèbre décision *Liberté d'association*³⁹⁸ afin de pallier une lacune de la Constitution française : l'absence de liste systématique de droits constitutionnellement garantis.³⁹⁹ A cette occasion, le juge constitutionnel vit dans le préambule de 1958 – à travers ses renvois à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et au Préambule de la Constitution de 1946 – le moyen de faire entrer par la petite porte les droits fondamentaux dans l'ordre constitutionnel et d'enrichir ainsi ce que l'on appelle aujourd'hui communément le « bloc de constitutionnalité », autrement dit les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Il s'ensuit que, en droit français, le préambule a été utilisé du fait de son contenu sans que l'ancienneté des principes auxquels le préambule renvoie ne soit déterminante en soi⁴⁰⁰.

Cependant, cela ne signifie pas pour autant que le préambule ne présente aucun intérêt pour notre objet. En premier lieu, il s'est vu enrichi en 2005 de la Charte de l'environnement. Certes, celle-ci concerne également les droits fondamentaux mais sa particularité est de protéger de nouveaux droits en lien avec l'idée de responsabilité vis-à-vis des générations futures. Faisant entrer la dimension du temps dans le préambule, cette innovation laisse par ailleurs entendre d'ores et déjà que l'identité constitutionnelle n'est pas exclusivement orientée vers le passé mais est susceptible de transformations⁴⁰¹. En second lieu, le préambule ne se réfère pas à des déclarations de droits quelconques mais bien à des textes historiques illustrant l'héritage républicain en matière de droits : d'une part, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen s'agissant notamment des grandes libertés publiques et des droits dits de première génération⁴⁰² ; d'autre part, le préambule de la Constitution de la 1946 avec ses principes *particulièrement nécessaires à notre temps*⁴⁰³, qui constituent le volet social d'une

³⁹⁸ Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec. 29. Pour se convaincre du recours au préambule comme moyen de défense des libertés, v. MATHIEU B. et al., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1983*, Dalloz, 2009, pp. 147-149 et pp. 207s.

³⁹⁹ Notons cependant que le préambule de la Constitution de 1958 a été mentionné pour la première fois dans le contexte des limitations de souveraineté (cf. visas de la décision n° 70/39 DC, 19 juin 1970, *Ressources propres des Communautés européennes*, Rec. 15 : « vu la Constitution et notamment son préambule »).

⁴⁰⁰ Voir GEORGEL J., « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue du droit public*, n° 1, 1960, p. 88 ; PELLOUX R., « Quelques réflexions sur le Préambule de la Constitution française de 1958 », in *Hommages d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, p. 389 ; GENEVOIS B., « Le préambule et les droits fondamentaux », in MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L. (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p. 483.

⁴⁰¹ Cf. *infra* pp. 185s.

⁴⁰² S'agissant des libertés publiques, le professeur Dord souligna qu'elles étaient « la contribution à la garantie des droits du modèle républicain à la fin du 19^e siècle » (DORD O., « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », in TRONQUOY P., *Les libertés publiques*, La Documentation française, 2000, p. 12).

⁴⁰³ Sur cette catégorie, v. RIVERO J., VEDEL G., « Les principes économiques et sociaux de la Constitution. Le préambule », *Droit social*, 1947, vol. 31, p. 13.).

République égalitaire. En troisième lieu, par son renvoi au préambule de 1946, la Constitution de 1958 inclut *ipso facto* les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité⁴⁰⁴. Or, les PFRLR apparaissent comme une source privilégiée de l'identité constitutionnelle en France tant par leur caractère fondamental que par leur rattachement à la législation républicaine. D'une part, ainsi que l'a souligné le professeur Champeil-Desplats, « est fondamental ce qui assure une fonction d'identité ou de cohérence »⁴⁰⁵. D'autre part, le concept insiste sur l'idée de durée et de continuité puisqu'il doit s'agir, selon le président Genevois, d'un « principe essentiel, posé par le législateur républicain dans le domaine des droits et libertés et qui a reçu application avec une constance suffisante antérieurement au Préambule de la Constitution de 1946 »⁴⁰⁶. Pouvant résulter aussi bien de lois adoptées sous les Première, Deuxième ou Troisième Républiques, les PFRLR peuvent donc aisément être comptés parmi les dispositions constitutionnelles *cruciales* tirant leur force normative des heures lointaines de la République militante. En dernier lieu, la réflexion sur le préambule de la Constitution menée en 2008 par le comité présidé par Simone Veil s'avère très instructive⁴⁰⁷. Certes, on regrettera que le comité se soit gardé de réfléchir de manière approfondie à la raison d'être du préambule alors même que la lettre de mission du Président de la République soulignait l'importance de ce texte introductif en tant que « socle des valeurs dans lesquelles chacun de nos concitoyens peut se reconnaître, des principes et valeurs qui, au fond, définissent l'identité républicaine, disent ce que nous sommes et vers quoi nous voulons aller ». Se bornant à énoncer approximativement que « Préambule se confond plus ou moins avec Déclaration des Droits »⁴⁰⁸, le rapport du comité a cependant débordé sur le débat relatif à l'identité

⁴⁰⁴ Notons du reste que c'est à l'occasion de la découverte de l'un d'entre eux – en l'occurrence, la liberté d'association – que le préambule de 1958 est devenue invocable. Sur ces principes, v. notamment RIVERO J., « Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.* 1972, chr. p. 265.

⁴⁰⁵ La théoricienne du droit ajoute que « les droits ou principes fondamentaux sont constitutifs : ils sont ce sur quoi tout est édifié et de quoi tout est dérivé ou déduit » (CHAMPEIL-DESPLATS V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, PUAM, Economica, 2001, p. 84).

⁴⁰⁶ GENEVOIS B., « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in AVRIL P., VERPEAUX M. (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, op. cit., 21. sp. 44-45. Sur la cristallisation des PFRLR, v. décision n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, Rec. 119, considérants 11 et 12 (refus de reconnaissance d'un PFRLR sur la base d'une loi de 1937 s'écartant de la tradition résultant de la grande majorité des textes en matière d'amnistie antérieurs à 1946).

⁴⁰⁷ *Redécouvrir le préambule de la Constitution. Rapport du comité présidé par Simone Veil*, La Documentation française, 2008. Pour des analyses du rapport, on lira notamment HENNETTE-VAUCHEZ S., « Redécouvrir le Préambule de la Constitution, ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », *RFDA* 2009, p. 397 ; FELDMAN J.-P., « Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme », *D.* 2009, p. 1036.

⁴⁰⁸ *Ibid.* 9.

constitutionnelle en s'interrogeant sur l'opportunité d'inscrire l'ancrage européen de la République dans le préambule. A cet égard, il est intéressant de constater que le comité s'est résolument prononcé contre un tel ajout sur la base de considérations techniques⁴⁰⁹ mais surtout politico-juridiques. Craignant qu' « une telle norme [puisse] laisser penser que la participation de la France à l'UE devrait désormais être regardée comme faisant partie de l'identité constitutionnelle de la République »⁴¹⁰, le comité exclut de manière générale toute référence aux traités de protection des droits fondamentaux conduisant à empêcher la France « de faire automatiquement prévaloir sur ces traités les valeurs attachées à sa spécificité constitutionnelle »⁴¹¹. Une tel positionnement est doublement instructif : d'une part, le comité indique implicitement que les dispositions du préambule sont appelées à refléter l'identité constitutionnelle ; d'autre part, il réaffirme de manière générale la primauté de la Constitution dans ses dispositions les plus fondamentales sur le droit européen et, singulièrement, la prévalence des droits et libertés constitutionnellement garantis. Si l'on peut déplorer que l'appartenance de la République française à l'Union européenne soit reléguée à l'article 88-1, on reconnaîtra cependant que le comité tient compte ce faisant de la normativité du préambule et des risques qui en découlent pour la protection de l'identité constitutionnelle face aux normes de l'Union⁴¹². Il n'en pourrait être autrement que si la valeur du préambule français était plus symbolique que pleinement normative, à l'image de l'Irlande.

B. L'identité catholique de l'Irlande

Alors que l'identité française a partie liée avec la religion républicaine et le culte de l'égalité, la Constitution irlandaise de 1937 est pour sa part imprégnée de catholicisme⁴¹³. Son préambule, placé sous les auspices de la Très Sainte Trinité, fait état de la longue lutte pour l'indépendance enfin conquise à la grâce de Dieu⁴¹⁴ et se réfère à certaines vertus cardinales

⁴⁰⁹ Le comité s'est notamment interrogé sur la terminologie à adopter (*ibid.* 45).

⁴¹⁰ *Ibid.* 51.

⁴¹¹ *Ibid.* 56.

⁴¹² En toute hypothèse, rappelons que le titre XV de la Constitution française relatif à l'Union européenne occupe déjà une place de choix au sein de la hiérarchie – matérielle – des normes constitutionnelles.

⁴¹³ Sur les rapports entre l'Eglise catholique et la Constitution, v. CHUBB B., *The Politics of the Irish Constitution*, Institute of Public Administration, 1991, pp. 45s ; HOGAN G., « Law and Religion : Church-State Relations in Ireland from Independence to the Present Day » (1987) 35 *Am. J. Comp. L.* 1, p. 47.

⁴¹⁴ Ainsi, on peut lire dans le préambule irlandais : « Reconnaissant humblement toutes nos obligations envers notre Seigneur, Jésus Christ, qui a soutenu nos pères pendant des siècles d'épreuve ».

et théologiques telles que la prudence, la justice et la charité tout en érigeant comme but ultime le bien commun cher à Saint Thomas d'Aquin. Ces vertus sont également mentionnées à l'article 45 relatif aux principes directeurs de la politique sociale – véritable condensé de la doctrine sociale de l'Église catholique – tandis que Dieu, source de tout pouvoir sur terre⁴¹⁵, doit être publiquement honoré⁴¹⁶. De même, plusieurs des dispositions du corps du texte sont empreintes d'un jusnaturalisme de source divine⁴¹⁷, notamment les articles 41 et 43 relatifs respectivement à la famille⁴¹⁸ et à la propriété privée⁴¹⁹.

Le jusnaturalisme a également trouvé écho devant le juge relativement à la question des droits fondamentaux et à celle du pouvoir de révision constitutionnelle. D'une part, c'est le droit naturel qui, à partir de 1965, a conduit le juge à dégager de nouveaux droits non écrits (*unenumerated rights*) dérivant de la « nature chrétienne et démocratique de la Constitution »⁴²⁰. D'autre part, à l'occasion du débat relatif à l'amendement constitutionnel autorisant l'avortement dans certaines circonstances, certaines voix s'étaient élevées pour que soit jugée inconstitutionnelle une telle révision sur le fondement de l'incompatibilité avec le droit naturel⁴²¹ mais la Cour suprême irlandaise en décida finalement autrement⁴²². En toute hypothèse, si nous verrons que l'interprétation de l'identité catholique de l'Irlande s'est transformée dans les trente dernières années, elle n'en reste pas moins encore prégnante dans la mesure où les évolutions sont lentes et tendent encore à favoriser les valeurs du groupe national plutôt que les droits individuels.

⁴¹⁵ L'article 6.1° dispose: « Tous les pouvoirs de gouvernement, législatif, exécutif et judiciaire, émanent, après Dieu, du peuple, qui a le droit de désigner les dirigeants de l'État et, en dernier ressort, de décider de toutes les questions d'intérêt national, conformément aux exigences du bien commun ».

⁴¹⁶ D'après l'article 44.1° de la Constitution, « l'État reconnaît que l'hommage de l'adoration publique est dû au Dieu Tout Puissant. Son nom est révérend et on doit respecter et honorer la religion ».

⁴¹⁷ D'après le juge Walsh, ancien juge de la Cour suprême irlandaise: « la Constitution de l'Irlande a opté pour l'origine théologique du droit naturel » (WALSH B., « The Constitution and Constitutional Rights », in LITTON F. (ed.), *The Constitution of Ireland : 1937-1987*, Institute of Public Administration, 1988, p. 86, sp. 94).

⁴¹⁸ Aux termes de l'article 41.1.1°, « l'État reconnaît la famille comme le groupe naturel, primaire et fondamental de la Société, et comme une institution morale possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs au droit positif ».

⁴¹⁹ L'article 43.1.1° de la Constitution irlandaise dispose : « l'État reconnaît que l'homme, en tant qu'il est un être raisonnable, a un droit naturel, antérieur au droit positif, à la propriété privée de biens visibles ».

⁴²⁰ Voir la décision très controversée de la High Court *Ryan v. Attorney General* (1965) IR 294 (dégageant un droit à l'intégrité physique). Pour une défense de la doctrine des *unenumerated rights*, v. HUMPHREYS R., « Interpreting Natural Rights » (1993-1995) 28-30 *I.J.*, 221 ; pour une critique, v. HOGAN G., « Constitutional Interpretation », in LITTON F. (ed.), *op. cit.*, 173.

⁴²¹ O'HANLON R., « Natural Rights and the Irish Constitution » (1993) 11 *ILT* 8.

⁴²² *Re Article 26 and the Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Bill 1995* (1995) 1 IR 1.

II. LES IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES RÉCENTES FONDÉES SUR LES DROITS : L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE

Il est remarquable que certaines Constitutions sont moins enclines que d'autres à inscrire leurs pas dans le grand récit national, à se rattacher à un passé lointain, et s'abstiennent donc de définir des valeurs supérieures s'imposant aux individus en limitant leurs droits. La Loi fondamentale allemande est emblématique d'une telle tendance. En Allemagne, l'identité nationale conçue sous l'angle ethnique est un tabou. L'impératif de la *Vergangenheitsbewältigung* (littéralement, la gestion du passé) ainsi que la division du pays ont conduit à repenser l'identité de l'Allemagne sous un angle politico-juridique. C'est ainsi qu'est né en Allemagne le débat sur le patriotisme constitutionnel initié par Dolf Sternberger⁴²³ avant d'être promu par Jürgen Habermas à l'échelle transnationale. Au lieu de créer une solidarité fondée sur les liens du sang ou sur les mythes historiques, il s'est agi de développer une identité postnationale de nature politique caractérisée par un attachement plus désincarné à l'égard de la démocratie procédurale, de l'État de droit et des droits subjectifs. Cette identité est par ailleurs censée alimenter un patriotisme de bon aloi fondé sur l'éthique du constitutionnalisme libéral. En ce sens, l'identité constitutionnelle de l'Allemagne est une identité *constitutionnelle* par nature⁴²⁴.

Cette identité trouve un écho, sinon dans le préambule – lapidaire – de la Loi fondamentale⁴²⁵, du moins dans le titre Ier qui pose le principe de l'intangibilité de la dignité de l'être humain et énonce les droits fondamentaux constitutionnellement protégés ainsi qu'à l'article 20 selon lequel « la République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social ». L'inclusion de ces éléments au titre de l'identité constitutionnelle est confirmée par le fait qu'ils sont protégés par la clause d'éternité (article 79 III) interdisant leur remise en cause, y compris sur intervention du pouvoir constituant dérivé. Alors que l'exemple allemand semble paradigmatique de l'harmonie entre théorie et pratique de

⁴²³ V. STERNBERGER D., *Verfassungspatriotismus*, Insel, 1990.

⁴²⁴ Voir, dans l'introduction de cette thèse, les développements sur la distinction entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme national.

⁴²⁵ Aux termes du préambule, « Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant. Les Allemands dans les Länder de Bade-Wurtemberg, Bavière, Berlin, Brandebourg, Brême, Hambourg, Hesse, Mecklembourg-Poméranie occidentale, Basse-Saxe, Rhénanie du Nord-Westphalie, Rhénanie-Palatinat, Sarre, Saxe, Saxe-Anhalt, Schleswig-Holstein et Thuringe, ont parachevé l'unité et la liberté de l'Allemagne par une libre autodétermination. La présente Loi fondamentale vaut ainsi pour le peuple allemand tout entier ».

l'identité constitutionnelle, les États postcommunistes se caractérisent pour leur part par une approche mixte.

III. L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE MIXTE DES ÉTATS POSTCOMMUNISTES : LES EXEMPLES POLONAIS ET HONGROIS

Après l'effondrement du bloc communiste s'est posée la question de la reconstruction politique, économique, sociale mais aussi juridique des États de l'Europe centrale. Ces derniers étaient en effet confrontés à plusieurs problématiques. Non seulement il leur fallait prendre leur distance vis-à-vis de leur passé immédiat, mais ils ne pouvaient pas non plus renouer avec un passé plus lointain dominé par une identité nationale largement définie en termes ethniques, eu égard à leur aspiration d'intégrer un jour l'Europe du marché commun et des droits fondamentaux. Dans le même temps, on ne pouvait guère attendre qu'ils conçoivent une Constitution *ex nihilo* à l'image de l'Allemagne, d'abord compte tenu des circonstances politiques – très différentes, ensuite compte tenu du fait que la Loi fondamentale allemande avait été imposée par les puissances victorieuses. Les États de l'Europe centrale et orientale se sont donc trouvés confrontés à la quadrature du cercle lorsqu'il s'est agi pour eux d'adopter une nouvelle Constitution. On ne s'étonnera donc pas du fait que leurs Constitutions ont radicalement rejeté le passé proche – que celui-ci soit lié au communisme ou bien au traumatisme de l'occupation nazie – et tendent à mêler les traditions nationales héritées de l'histoire lointaine et les valeurs pluralistes inhérentes au constitutionnalisme libéral⁴²⁶. Il s'ensuit que les identités constitutionnelles en vigueur dans ces pays sont mixtes, ainsi que les exemples polonais (A) et hongrois (B) le montrent.

A. La Hongrie

S'étant initialement contentée d'une refonte de sa Constitution après la chute du communisme, la Hongrie a tardé à se doter d'une nouvelle loi fondamentale. Alors que le

⁴²⁶ Sur cette problématique, v. PRIBAN J., « Reconstituting Paradise Lost: Temporality, Civility and Ethnicity in Post-Communist Constitutional-Making » (2004) 38 *Law and Society Review* 3, p. 407.

préambule de la Constitution révisée en 1989 était entièrement prospectif et ne faisait aucune référence à l'histoire, à la culture ou à la religion, le préambule de la nouvelle – et très controversée – Loi fondamentale énonce certes que « les membres de la nation hongroise (...), responsables vis-à-vis de leurs descendants, doivent protéger les conditions de vie des générations futures en faisant un usage prudent des ressources matérielles, intellectuelles et naturelles ». Dans le même temps cependant, la nouvelle Constitution hongroise s'inscrit dans la longue durée en s'appuyant sur la figure du roi Saint-Etienne ainsi que sur la Sainte Couronne supposée incarner la continuité constitutionnelle de la Hongrie et l'unité de la nation. De même, elle s'avère particulièrement radicale dans le rejet du passé proche puisqu'elle déclare invalide la Constitution communiste de 1949, par ailleurs qualifiée de tyrannique. Ce rejet la rapproche notamment de la Constitution de la Pologne.

B. La Pologne

Si la Pologne n'est pour sa part pas réellement confrontée au problème des minorités ethniques, la Constitution qu'elle a adoptée en 1999 mélange cependant les conceptions ethnique et civique de l'identité nationale. Tout d'abord, on trouve dans son préambule aussi bien des références à la rupture de 1989⁴²⁷, que le souhait de « [renouer] avec les meilleures traditions de la Première et de la Deuxième République » ou « l'héritage chrétien de la Nation ». En contrepoint de ce rattachement au passé, le préambule témoigne également d'un désir d'universalisme ainsi que d'une projection vers le futur⁴²⁸. Ensuite, si l'on se penche sur la jurisprudence du Tribunal constitutionnel polonais, on constate encore aujourd'hui l'importance, d'une part, des valeurs catholiques en matière de mariage (1) et, d'autre part, du droit de propriété dans le contexte de l'occupation allemande (2).

⁴²⁷ On lit ainsi dans le préambule que la Pologne a « en 1989 recouvré la faculté de décider en toute souveraineté et pleine démocratie de [sa] destinée » ; elle a « en mémoire les douloureuses épreuves essayées à l'époque où les libertés et les droits fondamentaux de l'homme étaient violés dans notre Patrie. »

⁴²⁸ Ainsi, « la Nation polonaise (...) [est] responsable de la transmission aux générations futures de tout ce qu'il y a de plus précieux dans un patrimoine plus millénaire. »

1) *L'interdiction du mariage homosexuel*

Le corpus constitutionnel est lui-même fortement inspiré par le catholicisme, notamment dans sa conception du mariage. En effet, l'article 18 dispose que « la République de Pologne protège le mariage en tant qu'union de la femme et de l'homme, de la famille, de la maternité et de la qualité de parents ». Dans sa décision relative au traité d'adhésion⁴²⁹, le Tribunal constitutionnel polonais a ainsi exclu sans équivoque la possibilité du mariage homosexuel en opérant une réserve d'interprétation⁴³⁰ sans équivoque de l'ex-article 13 TCE (art. 19 TFUE) : « l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (...) ne s'applique pas à l'institution du mariage en tant que telle ». Les valeurs héritées du catholicisme en matière de conception de la famille tendent donc, en Pologne comme en Irlande, à l'emporter sur la logique des droits individuels qui prévaut en Allemagne.

2) *Le droit de propriété et l'exclusion de l'invocabilité horizontale de la clause d'identité constitutionnelle*

Dans la même décision, la question du droit de propriété est apparue fondamentale en Pologne puisque le Tribunal constitutionnel polonais a émis à ce propos une seconde réserve d'interprétation encore plus audacieuse. En effet, non seulement cette réserve donne-t-elle une interprétation *polonaise* du traité d'adhésion contre l'idée d'un droit de l'Union d'application uniforme, mais elle va jusqu'à opérer une interprétation conforme de la Loi fondamentale allemande vis-à-vis de la Constitution polonaise. Le Tribunal affirme tout d'abord que le allemand l'Union ne peut pas limiter la liberté de l'État membre en matière de propriété, inscrivant ainsi dans le marbre les droits patrimoniaux des citoyens polonais sur les territoires annexés par l'Allemagne pendant la Seconde Guerre mondiale⁴³¹. Ce faisant, il tente de

⁴²⁹ Tribunal constitutionnel polonais, 11 mai 2005, *Traité relatif à l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne*, K 18/04 (résumé disponible en français sur le site internet du Tribunal).

⁴³⁰ À propos des réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel relativement au traité constitutionnel, voir *infra* pp. 170-171.

⁴³¹ On peut ainsi lire dans l'extrait en français du jugement du Tribunal constitutionnel : « Est injustifiée la crainte sur laquelle est fondé le grief d'atteinte à l'art. 21, al. 1, de la Constitution, aux termes duquel les garanties du droit de propriété dans le droit de l'UE, inférées de l'art. 6, al. 2, du traité UE, en relation avec l'art. 17 de la Charte des droits fondamentaux, pourraient faire l'objet d'essais [*sic*] visant la mise en cause des droits patrimoniaux des citoyens polonais sur les territoires occidentaux et septentrionaux de la République de Pologne. La Communauté européenne n'ingère pas [*sic*] directement des régimes du droit de propriété des États membres,

neutraliser en amont une interprétation extensive des dispositions du droit de l'Union relatives à la propriété, adressant par ce biais un signal clair aux institutions européennes. Dans le même temps, il est remarquable que le Tribunal constitutionnel polonais témoigne d'une certaine appréhension vis-à-vis de l'exigence communautaire de respect des traditions constitutionnelles communes. Il exprime en effet explicitement sa crainte que cette exigence ne l'oblige indirectement à respecter l'article 116 de la Loi fondamentale allemande⁴³² régissant la citoyenneté allemande des personnes originaires des territoires hier allemands, aujourd'hui polonais, et susceptible de permettre à ces personnes de revendiquer les biens se trouvant sur ces territoires :

« indépendamment du fait que la formulation de telles attentes en application de l'art. 116 de la Loi fondamentale allemande soit un postulat arbitraire, il serait injustifié de réduire la notion des traditions constitutionnelles communes à la constitution d'un seul État membre de l'Union européenne. Cette notion, ne serait-ce que pour des raisons de l'approche littéraire (sic), doit tenir compte des principes communs de plusieurs régimes constitutionnels⁴³³ ».

Si l'on ne saurait nier que les traditions constitutionnelles communes doivent être par hypothèse communes, il apparaît que la crainte des juges constitutionnels polonais pourrait en revanche s'avérer fondée sur la base de la clause d'identité constitutionnelle contenue à l'article 4 TUE. Cependant, on verra que celle-ci ne bénéficie que d'une invocabilité verticale : loin d'être opposable par un État membre à un autre État membre, l'identité constitutionnelle ne peut être invoquée que par un État membre contre les institutions de l'Union⁴³⁴.

Il apparaît ainsi que la Constitution hypervisible et la Constitution invisible constituent un immense réservoir de normes ancrées dans le passé où le juge peut piocher à loisir.

ce qui trouve une confirmation univoque dans l'art. 295 du traité CE. Le droit communautaire ne peut pas limiter la liberté de l'État membre en matière de la création de la propriété sur son propre territoire dans la mesure où ledit droit ne lèse pas le principe de la non-discrimination et n'influence pas de façon disproportionnée l'exercice des droits de possession possédés [sic] et la disposition de ceux-ci. Les réglementations communautaires ne peuvent pas concerner la régulation des relations de propriété consécutives à la Seconde Guerre mondiale, autant en raison du principe de la non-rétroactivité des lois en vigueur (*lex retro non agit*), que faute du transfert univoque de cette étendue des matières à la compétence des Communautés et de l'Union européenne par les États membres » (§ 34).

⁴³² Aux termes de l'article 116 I de la Loi fondamentale allemande, « sauf réglementation législative contraire, est Allemand au sens de la présente Loi fondamentale, quiconque possède la nationalité allemande ou a été admis sur le territoire du Reich allemand tel qu'il existait au 31 décembre 1937, en qualité de réfugié ou d'expulsé appartenant au peuple allemand, ou de conjoint ou de descendant de ces derniers ».

⁴³³ § 35.

⁴³⁴ V. *infra* pp. 378s.

Cependant, dans le contexte de l'intégration européenne, on a vu que les règles et principes en cause ne doivent pas seulement être cruciaux, mais ils doivent également être distinctifs. Évidemment, le fait qu'ils soient cruciaux pour un État laisse entendre qu'ils sont aussi distinctifs, mais il n'y a pas de rapport de nécessité entre l'essentiel et le propre. Il nous incombe donc de dégager désormais de manière plus concrète les principales lignes de résistance de l'identité constitutionnelle vis-à-vis de l'Union européenne en faisant application de notre grille d'analyse aux cas de la France et de l'Irlande.

Chapitre 2 : Le paradoxe des identités constitutionnelles entre fixité et mutabilité : les exemples français et irlandais

Il apparaît que, du point de vue des États, l'identité constitutionnelle sera le plus souvent appréhendée sous l'angle du constitutionnalisme national et renverra donc aux soubassements idéologiques d'un ordre constitutionnel considéré comme hérité du fond des âges, « profondément enraciné dans l'histoire et la tradition de la Nation »⁴³⁵. Même « positivisée »⁴³⁶, une telle approche laisse entendre qu'une interprétation conservatrice de l'identité constitutionnelle devrait prévaloir dans la plupart des cas, la Constitution étant avant tout vue comme cet ordre de valeurs issues du passé, comme la traduction juridique de l'identité politique, sociale et historique d'une communauté nationale donnée. Cette interprétation est la plus naturelle, la plus répandue et la plus probable dans le contexte déstabilisant de l'intégration européenne (**Section 1**). Cependant, il ne s'agit pas nécessairement de la seule interprétation. En effet, la notion d'identité est équivoque, notamment du point de vue de la temporalité. Elle peut ainsi s'accommoder du changement, l'idée de permanence des *éléments* composant l'identité étant une fiction utile et confortable mais néanmoins une fiction (**Section 2**). Les ordres juridiques français et irlandais constituent deux illustrations adaptées du paradoxe de l'identité constitutionnelle.

⁴³⁵ Nous reprenons ici l'expression que l'on retrouve dans plusieurs décisions – conservatrices – de la Cour suprême des Etats-Unis. V. notamment *Moore v. East Cleveland* 431 US 494 (1977) et *Bowers v. Hardwick* 478 US 186 (1986).

⁴³⁶ En ligne avec sa critique de la définition matérielle de la Constitution fondée sur le critère de l'importance politique, le professeur Troper a cherché à construire le concept « juridique » d'identité constitutionnelle de la France à partir des « données fournies par le droit constitutionnel français » de Carré de Malberg. C'est ainsi à l'issue d'une démarche historique cependant « positivisée » qu'il vit dans la souveraineté nationale, la représentation et la séparation des pouvoirs le cœur de l'identité constitutionnelle française (TROPER M., *op. cit.*, 130-131).

SECTION 1: LE POIDS DE L'APPROCHE CONSERVATRICE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE ET EN IRLANDE

Dans ses décisions mentionnant l'identité constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a systématiquement évoqué « les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ». Si l'on ne saurait négliger l'importance de la distinction entre règles et principes⁴³⁷, elle ne nous semble pas fondamentale lorsqu'il s'agit d'appréhender le contenu de l'identité constitutionnelle des États membres. D'une part, cette terminologie n'est employée qu'en France. Elle ne peut donc être extrapolée à l'ensemble des États membres souhaitant se protéger contre certaines normes du droit de l'Union. D'autre part, la portée de la distinction entre règles et principes ne saurait être exagérée s'agissant de notre objet. En effet, elle présente surtout l'intérêt de donner un tour plus juridique à l'identité constitutionnelle et de viser l'ensemble des hypothèses susceptibles de se présenter. Il faut à cet égard garder à l'esprit que cette formulation a remplacé la référence imprécise et partielle aux « dispositions expresses contraires de la Constitution »⁴³⁸. Afin de se démarquer de sa jurisprudence précédente, le Conseil constitutionnel n'aura pas souhaité réutiliser la notion de « dispositions » et lui aura donc préféré l'expression « règles et principes » - dont il est familier - par souci d'exhaustivité et de juridicité⁴³⁹.

Si cette terminologie apparaît raisonnable et compréhensible, elle n'est pas d'un réel secours dans l'identification du contenu concret de l'identité constitutionnelle des États membres. Les règles nous renvoient à des dispositions techniques bien délimitées. Elles sont donc aisément repérables. En revanche, la catégorie des principes est pour sa part indéterminée et laisse une grande marge d'appréciation au juge. Celui-ci est alors susceptible

⁴³⁷ Voir *infra* nos réflexions, à partir des théories de Robert Alexy et Ronald Dworkin, sur l'identité constitutionnelle nationale comme *principe* du droit de l'Union; également, ECK L., « Réflexions sur « les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », à la lumière de la pensée de Ronald Dworkin », *RRJ* 2008-2, p. 1061.

⁴³⁸ V. *supra* pp. 57s.

⁴³⁹ Notons que le Conseil constitutionnel s'est abstenu d'expliquer dans son commentaire l'origine de cette mention des règles et principes. Par ailleurs, on ne trouve rien non plus à ce sujet dans la note publiée par le secrétaire général de l'époque, interprète autorisé de la jurisprudence constitutionnelle en France SCHOETTL J.-E., « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? (suite et fin) », *LPA*, 16 août 2006, n° 163, p. 3.).

de découvrir des principes à partir de considérations morales ou extrajuridiques⁴⁴⁰. Dès lors, le pouvoir créateur du juge est potentiellement infini. Si celui-ci se traduit aujourd'hui principalement par la découverte de nouveaux *droits* ne résultant pas directement du texte constitutionnel, il va aussi se manifester à travers l'insistance sur ce qui n'est autre que des *valeurs*⁴⁴¹. L'identité constitutionnelle semble à cet égard constituer une illustration parfaite de cette coexistence en son nom des *droits*, des *valeurs* et des *règles* qui constituent à notre sens les trois pointes du triangle identitaire.

À la lumière de l'exigence de normes *cruciales et distinctives*, on peut considérer en effet que l'identité constitutionnelle renvoie à un triptyque : d'abord, la forme du régime et les règles institutionnelles et politiques spécifiques ; ensuite, les valeurs nationales, « expressions particulières de valeurs communes ou encore de valeurs véritablement propres à l'État en question »⁴⁴²; enfin, les droits fondamentaux spécifiques aux États membres dans leur existence même ou dans leur interprétation⁴⁴³.

Ressortant principalement des premiers articles des Constitutions ainsi que des conventions de la Constitution, la forme du régime et les règles institutionnelles et politiques des États membres apparaissent peu problématiques du point de vue des rapports entre le droit de l'Union et le droit national. En effet, l'Union est indifférente au fait qu'un État membre dispose d'un régime parlementaire ou bien présidentiel dans la mesure où ceci n'a par hypothèse aucune incidence sur l'effet utile du droit de l'Union en tant que droit commun. En revanche, les droits spécifiques aux États membres mais aussi – voire surtout – leurs valeurs propres posent différents problèmes. Tout d'abord, ils apparaissent dangereux en termes d'application uniforme du droit de l'Union. En effet, le fait que ces valeurs et droits soient à la fois cruciaux et distinctifs est de nature à constituer une menace pour le droit de l'intégration en tant que droit commun aux États membres. La conjonction de leur caractère essentiel et spécifique les rend singulièrement problématiques pour le processus d'intégration européenne dans la mesure où cela pourrait conduire à l'application préférentielle de ces

⁴⁴⁰ Ainsi que le souligne le théoricien du droit américain Ronald Dworkin, « *le principe est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale* » (DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, PUF, 1995, p. 80).

⁴⁴¹ Distinguant principes et valeurs, Marta Cartabia montre l'importance de ces dernières en considérant que « les valeurs ont un caractère transcendantal (...) et leur contenu dépasse celui des normes positives » (CARTABIA M., *op. cit.* 167-169).

⁴⁴² DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits* n° 14, 1991, p. 87.

⁴⁴³ V. MATHIEU B., « Les règles et les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une catégorie juridique fonctionnelle à définir », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 977, sp. 985.

normes nationales contre le droit de l'Union. Si un tel traitement privilégié pourrait être permis par l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux dans l'hypothèse d'une protection nationale supérieure de ces mêmes droits⁴⁴⁴, il n'en est pas de même des valeurs en ce que celles-ci sont susceptibles de limiter les droits fondamentaux au nom d'un intérêt général bien compris au niveau national. De manière générale, alors que l'identité constitutionnelle nationale a souvent été approchée par la doctrine en termes de valeurs⁴⁴⁵, l'invocation de celles-ci apparaît éminemment problématique même si elle a vocation à être marginale⁴⁴⁶. D'abord, le langage des valeurs est inhabituel en droit bien que le droit de l'Union fasse lui-même état des valeurs de l'Union à l'article 2 TUE. Ensuite, les valeurs tendent à renvoyer à une collectivité, en l'occurrence la collectivité nationale. Elles vont pouvoir se recommander du bien commun ou de l'intérêt général pour s'imposer de manière hiérarchique aux différentes individualités composant le groupe. Certes, derrière les valeurs du groupe peuvent se dissimuler des droits qui viennent les concrétiser. Cependant, à l'opposé de la logique des droits⁴⁴⁷, la logique des valeurs n'est pas d'esprit libéral mais d'esprit républicain⁴⁴⁸ ou communautaire⁴⁴⁹ selon les cas. Les droits qui les sous-tendent ne sont donc pas des droits individuels - détenus par l'individu en tant qu'individu - mais des droits invocables par les individus en tant que membres d'une collectivité. Dès lors, même les droits reflétant des valeurs nationales vont être susceptibles de poser problème dans les rapports avec le droit de l'Union en ce qu'ils ne répondront qu'imparfaitement à la logique des droits qui est celle de l'Union. Dans ce contexte, il apparaît que, compte tenu de leur caractère potentiellement problématique en droit de l'Union, les ordres constitutionnels reposant sur des valeurs méritent une attention accrue, qu'il s'agisse des valeurs de la République en France (I) ou des valeurs du catholicisme en Irlande (II).

⁴⁴⁴ V. l'affaire pendante devant la CJUE *Melloni* (C-399/11).

⁴⁴⁵ V. par exemple DE WITTE B., *op. cit.* ; MATHIEU B., « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », CCC n° 18, 2005 (www.conseil-constitutionnel.fr) ; LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle préserver face à l'Union européenne ? », in *Annuaire de droit européen 2004*, vol. II, Bruylant, 2006, p. 173, sp. 188s.

⁴⁴⁶ « La catégorie dont relèvent ces valeurs a vocation à être résiduelle, mais c'est la condition de la construction d'une Europe qui unit dans le respect des irréductibles identités nationales » (MATHIEU B., *op. cit.*).

⁴⁴⁷ Sur cette opposition, v. WEILER J.H.H., « Fundamental Rights and Fundamental Boundaries : On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space », in WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe. « Do the new clothes have an emperor ? » and other essays on European integration*, Cambridge UP, 1999, p. 102.

⁴⁴⁸ Sur la distinction entre républicains et libéraux et sur les conséquences de la nature sociale de l'homme en termes de droits et de devoirs, voir NICOLET C., *L'idée républicaine en France (1789/1924)*, Tel, Gallimard, 1982, rééd. 1994, pp. 342s.. Egalement, SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?* Folio Actuel, Gallimard, 2000.

⁴⁴⁹ Voir notamment TAYLOR C., *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs, Flammarion, 1999.

I. LES VALEURS DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

S'interrogeant sur le contenu concret de l'identité constitutionnelle de la France, la doctrine a émis quelques pistes. Ainsi, on a pu faire entrer dans cette catégorie le principe d'égal accès aux emplois publics, la laïcité, la compétence de principe de la juridiction administrative dans le contentieux de la légalité des actes administratifs, les attributions conférées à l'autorité judiciaire dans la protection de la propriété immobilière, les principes du droit de l'extradition⁴⁵⁰. Si cette liste n'est probablement pas exhaustive même si elle reflète déjà que le « crucial » peut parfois être secondaire par rapport au « distinctif », gageons qu'il est particulièrement délicat de déterminer les contours précis de l'identité constitutionnelle de la France dans la mesure où, d'une part, il est plus facile de dire ce qui ne relève pas de l'identité plutôt que ce qui en relève⁴⁵¹ et, d'autre part, on peut supposer qu'aujourd'hui les traditions constitutionnelles sont plus souvent communes que spécifiques. A la lumière de la jurisprudence – singulièrement les décisions du Conseil constitutionnel ayant formulé des réserves d'interprétation à propos des traités de l'Union européenne – il apparaît que l'identité constitutionnelle de la France est avant tout une identité héritée de la Révolution française et trouvant son expression dans le principe matriciel d'égalité (A), dans la conception française de la séparation des pouvoirs (B) ainsi que dans le droit d'asile et les principes du droit de l'extradition (C).

A. La passion française pour l'égalité

« Il y a en effet une passion mâle et légitime pour l'égalité qui excite les hommes à vouloir être tous forts et estimés. Cette passion tend à élever les petits au rang des grands ; mais il se rencontre aussi dans le cœur humain un goût dépravé pour l'égalité, qui porte les faibles à vouloir attirer les forts à leur niveau, et qui réduit les hommes à préférer l'égalité

⁴⁵⁰ GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et les principes », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 351, sp. 363-364. V. également MATHIEU B., « Les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une catégorie juridique fonctionnelle à définir », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 977, sp. 985. Ajoutant le droit d'asile et les services publics constitutionnels, v. le rapport du Conseil constitutionnel (CCC n° 4, 1998, p. 67).

⁴⁵¹ V. MATHIEU B., *op. cit.*

dans la servitude à l'inégalité dans la liberté »⁴⁵².

La Révolution française a porté avec elle un vent de liberté : liberté substantielle à travers la reconnaissance de droits – notamment en matière pénale – mais aussi liberté procédurale à travers l'avènement de la Loi conçue comme expression de la volonté générale. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 est à cet égard le texte emblématique de cette vague de liberté en France. Dans le même temps, les révolutionnaires ont très tôt exprimé leur grand rêve d'égalité⁴⁵³ qui, comme le souligne Tocqueville plus haut, a pu occulter les acquis de la Révolution en termes de liberté.

Lorsque l'on examine les valeurs françaises, il semble qu'elles puissent être avant tout résumées dans l'idée de République égalitaire. Le principe d'égalité dans sa conception française – en d'autres termes, formelle – apparaît en effet comme *le* principe républicain par excellence et, par suite, comme « un élément central de l'identité constitutionnelle de la France »⁴⁵⁴ (1). Principe matriciel du droit français, il connaît d'importants prolongements sur le plan juridique, tels que l'indivisibilité et la laïcité (2).

1) La conception formelle du principe d'égalité

Aux termes de l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». L'article 6 énonce pour sa part que « la Loi (...) doit être la même pour tous (...). Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leurs capacités, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Ces dispositions phares de la DDHC soulignent la conception de l'égalité qui irrigue l'ensemble du droit français depuis 1789 : l'égalité signifie l'indistinction, elle s'interprète à l'aune du citoyen abstrait. Se déclinant sous de nombreuses formes et dans divers textes fondamentaux de valeur constitutionnelle, le principe d'égalité « s'inscrit dans une tradition républicaine solidement

⁴⁵² TOCQUEVILLE A. (DE), *De la démocratie en Amérique*, T. 1, première partie, chap. III, Vrin.

⁴⁵³ V. notamment ROSANVALLON P., *La société des égaux*, Seuil, 2011, pp. 27s.

⁴⁵⁴ MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », CCC n° 29, 2010.

enracinée, celle de l'universalisme »⁴⁵⁵. En raison même de cette tradition, l'égalité à la française se caractérise par son caractère formel garant, d'une part, de l'application uniforme des règles juridiques et, d'autre part, de l'application à tous les citoyens du même traitement.

S'agissant en particulier de l'égalité de traitement, il ressort aussi bien de la jurisprudence constitutionnelle que de la jurisprudence administrative que les traitements différents ne peuvent être justifiés qu'en cas de différences de situations ou bien sur le fondement de l'intérêt général. Ainsi, on peut lire sous la plume des juges de la rue de Montpensier :

« le principe constitutionnel d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »⁴⁵⁶.

Une formule analogue est utilisée par le juge administratif, notamment dans ses décisions relatives à l'égalité devant les services publics⁴⁵⁷. De manière instructive s'agissant de l'appréhension française du principe d'égalité, il en ressort que les différences de traitement – présentées comme de simples concessions – sont perçues non pas comme d'éventuels correctifs des inégalités, mais comme des exceptions à l'égalité. Cette méfiance de fond vis-à-vis des différences de traitement transparaît aussi dans le fait qu'il n'y a aucune obligation pour le juge de traiter différemment des situations différentes, ainsi qu'il en résulte de la jurisprudence constitutionnelle⁴⁵⁸ et de la jurisprudence administrative⁴⁵⁹, récemment confirmée par l'arrêt *Arcelor*⁴⁶⁰. Nous verrons même que celui-ci est souvent réticent à reconnaître des différences de situations et tend à préférer le recours à la notion d'intérêt général pour justifier le cas échéant une différence de traitement⁴⁶¹. On ne saurait s'étonner qu'une approche aussi formelle du principe d'égalité l'emporte encore en France. Loin de

⁴⁵⁵ MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, PUAM, Economica, 1997, p. 323.

⁴⁵⁶ V. décision n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, Rec. 17, considérant n° 10.

⁴⁵⁷ V. par exemple CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274.

⁴⁵⁸ Décision n°2003-489 DC, 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, Rec. 487.

⁴⁵⁹ CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, RFDA 1997, 450, concl. Bonichot, obs. Mélin-Soucramani: « le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents » (sur le fait de soumettre aux mêmes contributions sociales exceptionnelles les laboratoires ayant déjà fait des économies dans le cadre du plan de redressement de la sécurité sociale et les autres).

⁴⁶⁰ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. 55.

⁴⁶¹ Cf. *infra* pp. 187s.

constituer un simple vestige du passé, elle est la clé de voûte du temple républicain dans sa conception révolutionnaire⁴⁶². Elle est l'expression paradigmatique du règne du citoyen mono-identitaire, dépouillé de ses atavismes afin de pouvoir se donner tout entier à la cause républicaine sans que les loyautés concurrentes envers d'autres corps intermédiaires ne puissent interférer avec sa mission civique. En ce sens, on comprend mieux que les autres principes républicains soient en réalité les dérivés du principe d'égalité, pilier de l'identité constitutionnelle de la France.

2) Les ramifications du principe d'égalité

Même s'ils ne sont pas toujours présentés sous cet angle, de grands principes républicains ne sont en réalité que les ramifications du principe d'égalité : si l'indivisibilité constitue la traduction territoriale mais aussi personnelle de l'égalité (a), la laïcité garantit « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » (article Premier) (b).

a) L'indivisibilité de la République et ses corollaires personnels et linguistiques

L'indivisibilité de la République est une notion protéiforme recouvrant plusieurs réalités en droit français. On peut en effet distinguer entre l'unité du pouvoir normatif, l'intégrité du territoire national et l'unicité du peuple français en tant que corps politique⁴⁶³. Cependant, cette distinction ne saurait masquer l'objectif politique fondamental dissimulé derrière le concept d'indivisibilité : assurer l'unité de la nation, faire peuple. Ce but assurément central dans la pensée révolutionnaire est beaucoup plus ancien puisqu'il est possible de lui assigner des origines non seulement théologiques mais aussi monarchiques. En

⁴⁶² Ainsi que le notait déjà le professeur Rivero, « le pilier de l'égalité à son sommet s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers des cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte » (« Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », cité par GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, Editions S.T.H., 1988, p. 228).

⁴⁶³ Opérant une telle distinction, v. DEBBASCH R., ROUX A., « L'indivisibilité de la République », in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La République en droit français*, Collection Droit public positif, Economica, 1996, p. 59.

effet, les légistes du roi Philippe le Bel au 13^e siècle puis Jean Bodin et ses disciples au 16^e ont mis la souveraineté au service de la construction de l'État, puis de la monarchie absolue avant que la République ne soit elle-même mise au service de la construction de la nation. Ainsi, Cardin Le Bret, juriste proche de Richelieu, pouvait affirmer que « la souveraineté du roi par nature n'est pas plus divisible qu'un point en géométrie ». La République indivisible s'inscrit à cet égard dans la longue durée plutôt que dans la rupture radicale avec l'Ancien Régime⁴⁶⁴. Elle reste étroitement liée à cette conception de la souveraineté. C'est parce que la souveraineté nationale est une et indivisible que le territoire national est un et indivisible⁴⁶⁵ et que le peuple français est lui-même appréhendé comme unité insécable⁴⁶⁶. Si la souveraineté a changé de titulaire au moment de la Révolution, elle n'en a pas moins conservé ses traits afin de garantir en dernier ressort l'égalité par l'unité.

La jurisprudence constitutionnelle témoigne de l'importance fondamentale des différentes manifestations de l'indivisibilité de la République, notamment dans le contexte déstabilisateur de l'intégration européenne⁴⁶⁷. Elle tend à le faire d'une manière relativement atypique à travers l'édiction de réserves d'interprétation dans le cadre du contrôle des traités. Cette pratique est restée largement inaperçue par la doctrine⁴⁶⁸. Or, il arrive aux juges constitutionnels de valider un traité en l'interprétant conformément à la Constitution. Cette technique est connue et répandue dans le cadre de l'examen de constitutionnalité des textes législatifs⁴⁶⁹. Elle présente l'intérêt de respecter formellement la volonté générale même si le juge fait alors figure de législateur. Dans le cas des engagements internationaux – et plus particulièrement communautaires –, cette pratique apparaît en revanche plus problématique. D'une part, la Cour de justice de l'Union bénéficie d'un monopole de l'interprétation de l'ensemble du droit de l'Union afin d'assurer son application uniforme. D'autre part, la dimension multilatérale d'un traité est de nature à limiter les effets attachés à l'interprétation

⁴⁶⁴ A ce sujet, voir l'ouvrage classique d'Alexis de TOCQUEVILLE : *L'Ancien Régime et la Révolution*, Folio Histoire, rééd. Flammarion, 1973.

⁴⁶⁵ V. CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, Thémis, Droit, 2^e éd., PUF, 2006, p. 519.

⁴⁶⁶ V. PIERRE-CAPS S., « La souveraineté, expression de la singularité de la République », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, *op. cit.* 161.

⁴⁶⁷ Le professeur Burdeau a souligné le risque de remise en cause des principes d'indivisibilité et de laïcité, non seulement par le droit européen mais plus largement par le droit international (BURDEAU G., « République et supériorité des normes internationales » in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La République en droit français*, *op. cit.*, 291, sp. 303s.).

⁴⁶⁸ V. cependant GENEVOIS B., « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°92-308 DC du 9 avril 1992 », *RFDA*, 1992, p. 373 ; VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, pp. 59-62. Egalement, PHELAN D.R., *Revolt or Revolution. The Constitutional Boundaries of the European Community*, Roundhall, Sweet and Maxwell, 1997, pp. 237-239.

⁴⁶⁹ Sur les différents types de réserves d'interprétation en général, v. notamment ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat Droit public, 8^e éd., Montchrestien, 2008, pp. 159s.

unilatérale de ce même traité par un juge constitutionnel. Néanmoins, les réserves d'interprétation pourront avoir une autorité persuasive. Non seulement permettent-elles d'identifier un certain nombre de *red lines* mais elles témoignent également de la bonne volonté des juridictions constitutionnelles des États membres à l'égard du droit de l'Union. Celles-ci se révèlent en effet plus coopératives lorsqu'elles recourent à la technique de l'interprétation conforme plutôt qu'à une invalidation pure et simple. Par suite, la Cour de justice sera amenée à reconnaître un certain crédit aux signaux émis par les juges nationaux.

Tout d'abord, c'est l'indivisibilité de la République dans sa dimension territoriale qui a été ainsi mise en avant par le Conseil constitutionnel français à l'occasion de l'examen de la décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct⁴⁷⁰. Se trouvaient en cause les modalités de l'élection, en particulier la perspective de l'adoption d'une procédure électorale uniforme dans toute l'Europe. Les juges de la rue de Montpensier décidèrent que la disposition de la décision du Conseil prévoyant une telle procédure ne pouvait pas être interprétée comme « pouvant permettre qu'il soit porté atteinte au [principe d'indivisibilité de la République] »⁴⁷¹. Ensuite, c'est sur la dimension personnelle de l'indivisibilité – plus précisément le principe d'unicité du peuple français – sur laquelle le Conseil constitutionnel a insisté dans sa décision relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe⁴⁷². Témoignant d'un « indéfectible attachement à cette nation une, intemporelle et indivisible qui est au principe même du constitutionnalisme français »⁴⁷³, le juge constitutionnel français a en effet confirmé à cette occasion son refus traditionnel de reconnaître des droits collectifs ou des droits des minorités. Ce faisant, il s'est inscrit directement dans les pas d'un Clermont-Tonnerre s'écriant en 1789 : « Il faut tout refuser aux Juifs comme nation et tout accorder aux Juifs en tant qu'individus ». La mystique républicaine de l'intérêt général veut en effet qu'il n'y ait pas d'État dans l'État, de nation dans la nation, de corps intermédiaire susceptible de rompre le lien direct entre la République et le citoyen. Aussi, après avoir censuré la mention du « peuple corse, composante du peuple

⁴⁷⁰ Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec. 15.

⁴⁷¹ Considérant n° 5.

⁴⁷² Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173.

⁴⁷³ PIERRE-CAPS S., *op. cit.*, 169-170. Voyant dans l'unicité du peuple un élément de l'identité constitutionnelle, le professeur Pierré-Caps écrit aussi que « l'identité constitutionnelle de la France » traduit l'unité collective de la nation. Au reste, « l'identité » renvoie aussi à l'appartenance consciente à un groupe humain spécifique. Elle inclut l'idée de permanence, d'unité et d'intangibilité, exprimée par l'unicité du concept juridique du peuple français (...). Elle apparaît alors comme une autre manière de décliner la souveraineté du titre premier de la Constitution. »

français »⁴⁷⁴, le Conseil constitutionnel a donné sa propre interprétation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – intégrée au traité constitutionnel – afin de garantir la conformité de celle-ci à la Constitution. Rappelant que les droits fondamentaux dérivant des traditions constitutionnelles communes aux États membres devaient être interprétés en harmonie avec ces traditions, il conclut que se trouvaient de ce fait respectés les article 1^{er} et 3 de la Constitution « qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »⁴⁷⁵. Si le raisonnement est assez bancal en soi⁴⁷⁶, il n'en témoigne pas moins de la volonté des juges de ne pas faire obstacle à la ratification de la Charte tout en imposant le respect des dispositions constitutionnelles les plus fondamentales du droit français.

La même approche a prévalu en matière de langues. En effet, en vertu de l'indivisibilité de la République, de l'égalité devant la loi et de l'unicité du peuple français, le Conseil constitutionnel a pu censurer des dispositions législatives ou conventionnelles reconnaissant le droit d'utiliser des langues autres que le français dans l'espace public, par exemple dans les services publics. Il a ainsi été conduit à déclarer inconstitutionnelle la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires⁴⁷⁷ et à interpréter la loi portant autonomie de la Polynésie française comme ne pouvant imposer l'enseignement obligatoire de la langue tahitienne dans les écoles publiques⁴⁷⁸. Il est notable que ces décisions se sont aussi appuyées sur l'article 2 (alinéa 1) de la Constitution en vertu duquel « la langue de la République est le français ». Cette disposition est relativement récente dans le corpus constitutionnel étant donné qu'elle fut introduite en 1992 lors de la révision constitutionnelle adoptée en vue de la ratification du traité de Maastricht⁴⁷⁹. Son existence même souligne la

⁴⁷⁴ Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. 50, considérant n° 13 (« la mention faite par le législateur du « peuple corse, composante du peuple français » est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion »).

⁴⁷⁵ Considérant n° 16.

⁴⁷⁶ Le raisonnement du Conseil constitutionnel est en effet fort alambiqué. D'une part, il a vu des traditions communes là où celles-ci sont probablement absentes. D'autre part, il a abordé la question de manière très théorique sans même se référer aux dispositions du traité constitutionnel les plus controversées en la matière, en l'occurrence la reconnaissance des droits des minorités (art. I-2) et la diversité culturelle (art. II-82) (v. SUDRE F., « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union », *RFDA*, 2005, p. 34).

⁴⁷⁷ Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales et minoritaires*, Rec. 71 : « les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage » (considérant n° 8).

⁴⁷⁸ Décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 43, considérant n° 92.

⁴⁷⁹ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre « *Des Communautés européennes et de l'Union européenne* », *JORF* n° 147, 26 juin 1992, p. 8406.

crainte du pouvoir constituant de voir notamment la construction européenne remettre en cause l'importance du français. On ne saurait dès lors s'étonner que le Conseil constitutionnel considère indirectement la langue française comme un élément de l'identité constitutionnelle à préserver face à l'Union européenne. Il en est de même du principe de laïcité.

b) Le principe de laïcité

Avec la Turquie, la France est l'un des pays européens à avoir une conception particulièrement stricte de la séparation entre les Églises et l'État. Hérité de la loi du 9 décembre 1905 mais aussi de l'esprit révolutionnaire qui poussa à la Constitution civile du clergé et à la nationalisation des biens de celui-ci, le principe de laïcité fait encore aujourd'hui figure de pilier de la République française. Énoncé dès l'article 1^{er} de la Constitution, il a lui aussi fait l'objet d'une réserve d'interprétation dans la décision du Conseil constitutionnel relatif au traité constitutionnel⁴⁸⁰. Celui-ci a en effet été amené à évaluer la compatibilité avec le principe de laïcité de la « liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites », garantie par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union⁴⁸¹. À l'issue d'un raisonnement tortueux reposant sur plusieurs présupposés problématiques⁴⁸², le Conseil conclut finalement que la Charte des droits fondamentaux ne menaçait pas le caractère laïc de la République en interprétant la première conformément à la Constitution⁴⁸³. L'égalité est donc sauvée à travers la préservation de la laïcité. Cependant, l'égalité républicaine et ses avatars n'ont pas le monopole d'une identité constitutionnelle de la France qui semble nous renvoyer également à la « conception française de la séparation des pouvoirs ».

⁴⁸⁰ Précité.

⁴⁸¹ Ancien article II-70 TECE.

⁴⁸² D'une part, les juges de l'aile Montpensier du Palais royal se sont appuyés sur la liberté de religion au sens de la CEDH en partant de l'idée que celle-ci avait la même signification en droit de l'Union, ainsi qu'il en résulte des explications de la Charte. D'autre part, ils allèrent jusqu'à inclure dans les visas de leur jugement une décision non définitive de la Cour de Strasbourg (*Leyla Sahin c/Turquie*) pour montrer que cette dernière appliquait elle-même la Convention EDH en harmonie avec la tradition constitutionnelle de « chaque » État membre. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a supposé d'abord que les explications de la Charte avaient valeur normative, ensuite que la CJUE ne s'écarterait pas de la jurisprudence de la CEDH, enfin que l'article 53 de la Charte, reconnaissant la priorité d'application de la norme la plus protectrice des droits indépendamment de sa source, n'existait pas.

⁴⁸³ Considérant n° 18.

B. La « conception française de la séparation des pouvoirs »

Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Il appert de cette disposition que les droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs ressortissent des éléments essentiels d'une Constitution. Le concept de séparation des pouvoirs nous renvoie à la théorie de Montesquieu des poids et contrepoids afin de garantir la liberté à travers l'équilibre des pouvoirs. Si par séparation des pouvoirs l'on pense traditionnellement à la coexistence des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, cette distinction n'épuise pas la problématique, à tout le moins en France. En effet, le Conseil constitutionnel a parlé de « conception française de la séparation des pouvoirs » pour se référer à la dualité de juridictions (1). Or, cette conception *française* nous semble pouvoir également s'étendre à la distinction du pouvoir réglementaire et du pouvoir législatif ainsi qu'à la possibilité de cumuler les sanctions administratives et juridictionnelles (2).

1) *La conception française de la séparation des pouvoirs* stricto sensu

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne concernent pas exclusivement les droits fondamentaux ou les valeurs fondamentales mais peuvent avoir pour objet l'organisation juridictionnelle⁴⁸⁴ et pour effet de conférer valeur constitutionnelle au principe de l'existence en France de deux ordres de juridictions appelées à connaître des litiges : le juge judiciaire et le juge administratif.

Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires – également connu sous le nom de principe de dualité de juridictions – est bien établi en droit français du fait de son ancrage historique. Trouvant son origine dans la loi des 16 et 24 août 1790 ainsi que dans le décret du 16 fructidor an III, il est né de l'interdiction faite au juge judiciaire de connaître des affaires de l'administration et s'est concrétisé en 1872 avec le passage de la

⁴⁸⁴ FAVOREU L., « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La République en droit français*, op. cit., 231, sp. 236.

justice dite retenue (par le ministre) à la justice dite déléguée (au Conseil d'État). En effet, par la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État est devenu le juge administratif de droit commun alors qu'auparavant les litiges impliquant l'administration étaient décidés en dernier ressort par le Gouvernement sur le fondement de l'adage « juger, c'est encore administrer ». C'est sur la base de cette même loi que le Conseil constitutionnel consacra d'abord l'indépendance de la juridiction administrative en 1980⁴⁸⁵ avant de reconnaître à cette dernière la détention d'un bloc de compétences constitutionnellement garanti.

Dans sa décision *Conseil de la concurrence* du 23 janvier 1987, la haute juridiction constitutionnelle était confrontée à la question de savoir si le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence – autorité administrative indépendante susceptible d'infliger des sanctions pécuniaires importantes – pouvait être transféré au juge judiciaire. Validant ce transfert sur la base de l'exception tirée de l'exigence de bonne administration de la justice, le Conseil constitutionnel a cependant reconnu l'existence d'un PFRLR selon lequel

« à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes placés sous leur autorité ou leur contrôle »⁴⁸⁶.

Or, pour ce faire, il est notable que le Conseil constitutionnel se soit appuyé sur « la conception française de la séparation des pouvoirs » pour déduire le principe de séparation des autorités administratives et juridictionnelles. Il est ainsi permis d'en conclure qu'en France la séparation des pouvoirs ne renvoie pas exclusivement à la nature semi-présidentielle du régime mis en place par la Cinquième République. Elle concerne également un certain modèle juridictionnel dont les origines remontent à l'Ancien Régime⁴⁸⁷ et qui n'est finalement que le reflet d'une identité et d'une histoire nationales faites de méfiance vis-à-vis de « l'autorité judiciaire » (article 66 de la Constitution), de confusion entre l'administration et le juge, de construction de l'État administratif par le haut, de sacralisation du pouvoir exécutif incarné successivement par les figures du roi, de l'empereur et du président. Aussi, la

⁴⁸⁵ Décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*, Rec. 46.

⁴⁸⁶ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence*, Rec. 8, considérant 15.

⁴⁸⁷ Ainsi, on a pu s'appuyer sur l'exemple de la dualité de juridictions pour montrer que les PFRLR avaient partie liée avec la coutume et étaient influencés par la durée (v. BOUVIER V., *op. cit.*, 91).

conception française de la séparation des pouvoirs n'est assurément pas appréhendée de manière étroite.

2) *La conception française de la séparation des pouvoirs lato sensu*

Au-delà des conceptions philosophique et jurisprudentielle, le droit français semble retenir une approche encore plus large de la séparation des pouvoirs dans la mesure où il est possible de rattacher à celle-ci, d'une part, la distinction entre le domaine réglementaire et le domaine législatif (a) et, d'autre part, le principe du cumul des sanctions administratives et juridictionnelles (b).

a) La distinction entre les articles 34 et 37 de la Constitution

En 1958, conformément à l'esprit du parlementarisme rationalisé, le constituant a souhaité limiter les prérogatives du législateur et renforcer celles du pouvoir exécutif en posant dans le marbre constitutionnel la distinction entre un domaine d'intervention du pouvoir législatif défini par matières et un domaine d'intervention autonome du pouvoir dit réglementaire (en pratique, le Président de la République, le Premier ministre et, dans une certaine mesure, les ministres) défini de manière résiduelle. Cet objectif s'est ainsi concrétisé à travers les articles 34 et 37 de la Constitution⁴⁸⁸. A la suite de la célèbre décision *Blocage des prix et des revenus* de 1982 dans laquelle le Conseil constitutionnel neutralisa la distinction entre le domaine de la loi et le domaine du règlement en jugeant que l'empiètement du législateur sur le second n'était pas contraire à la Constitution⁴⁸⁹, on aurait pu penser que cette dernière était définitivement enterrée et ne pouvait par hypothèse entrer dans la catégorie des règles inhérentes à l'identité constitutionnelle de la France. Or, à partir des années 2000 et face à l'inflation législative, à la multiplication des « neutrons » ainsi que des lois purement déclaratoires, les juges de la rue de Montpensier ont réactivé leur contrôle

⁴⁸⁸ L'article 37 dispose ainsi que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire » tandis que l'article 34 définit pour sa part les différentes matières pour lesquelles la loi fixe les règles ou principes fondamentaux.

⁴⁸⁹ Décision n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec. 57.

afin de contribuer à l'amélioration de la qualité de la loi⁴⁹⁰. S'agissant en particulier du droit de l'Union, il est à cet égard notable que le juge administratif comme le juge constitutionnel contrôlent rigoureusement le respect des articles 34 et 37 dans le cadre de la transposition des directives en dépit du risque qui en découle en termes d'application non immédiate de celles-ci en cas d'incompétence de l'auteur de l'outil de transposition⁴⁹¹. Dans la jurisprudence, on remarque que ce contrôle coexiste avec celui du respect de l'identité constitutionnelle sans toutefois y être rattaché. Or, il semble selon nous qu'un tel rattachement puisse être opéré. D'une part en effet, même si la distinction articles 34/37 n'a pas constamment été appliquée, elle a toujours rencontré un certain écho lorsque le droit de l'Union était en jeu, notamment à travers l'article 88-4 qui imposait – dans sa version initiale – la communication au Parlement des propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative. Cette distinction bénéficie donc non seulement de sa redécouverte par le juge mais peut également se prévaloir de sa durée. D'autre part, sur un plan institutionnel, le parlementarisme rationalisé imprègne tellement la Constitution de la Cinquième République qu'il est légitime de considérer que ses différentes expressions puissent elles-mêmes relever de l'identité constitutionnelle de la France en dépit du fait que la tradition républicaine la plus ancienne tende à préférer la loi et à lui reconnaître un domaine réservé⁴⁹². A cet égard, 1958 a constitué une rupture telle qu'il paraît difficile de ne pas en tenir compte dans l'appréhension de notre objet. Il en est de même de la possibilité de cumuler les sanctions administratives et les sanctions juridictionnelles en cas d'infractions.

b) Le cumul des sanctions administratives et pénales

Les sanctions administratives ne sont pas nouvelles en France, ainsi qu'en atteste notamment l'ancienneté des mesures disciplinaires prises à l'égard des agents publics ou de certaines catégories d'usagers des services publics. Elles ont même pris un nouvel élan du fait de la multiplication d'autorités administratives indépendantes auxquelles un pouvoir de sanction a été reconnu. Résultant du pouvoir exorbitant de l'administration d'imposer des

⁴⁹⁰ V. notamment la décision n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. 72. Sur cette problématique, v. Conseil d'État, *Rapport public 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit »*, EDCE, La Documentation française, pp. 316s.

⁴⁹¹ V. *supra*.

⁴⁹² Voir notamment, sous l'empire de la Quatrième République, l'avis du Conseil d'État n° 60-497 du 6 février 1953.

sanctions à des administrés récalcitrants, ces sanctions *sui generis* traduisent en elles-mêmes une conception extensive de la séparation des pouvoirs car, comme le nota l'actuel Vice-Président du Conseil d'État, « le principe de séparation des pouvoirs interprété strictement [paraît] s'opposer à l'octroi à l'administration d'un pouvoir répressif qui n'aurait pas un caractère exceptionnel »⁴⁹³. Cependant, leur existence même est loin de manifester une spécificité française en Europe⁴⁹⁴. En revanche, la possibilité de cumuler les sanctions administratives et pénales apparaît déjà plus distinctive sans que l'on ne puisse dire avec certitude qu'elle est véritablement cruciale.

De jure, le cumul des sanctions administratives et juridictionnelles est autorisé en France. Non seulement il n'est pas contraire à la Constitution⁴⁹⁵, mais il apparaît relativement répandu, notamment en matière fiscale. De fait, il peut sembler opportun, pour des raisons financières ou de prévention, d'imposer différents types de sanctions pour certaines infractions. Cependant, un tel cumul de sanctions est susceptible de méconnaître le principe *ne bis in idem* tel qu'il résulte notamment de la Charte des droits fondamentaux mais aussi de la Convention EDH. Conscient du risque d'ébranlement du système, le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision relative au traité constitutionnel⁴⁹⁶ que le principe *ne bis in idem* – lu à la lumière des explications de la Charte – ne concernait que le droit pénal et non les procédures administratives ou disciplinaires⁴⁹⁷. Si une telle interprétation apparaît particulièrement audacieuse, elle semble cependant souligner l'importance accordée par le Conseil constitutionnel au cumul des sanctions. On peut cependant douter que le cumul relève en soi de la tradition constitutionnelle en France. Tout d'abord, pour reprendre le test utilisé pour l'identification des PFRLR, il n'a pas été reconnu constitutionnel de manière constante puisqu'il a été explicitement rejeté par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1996

⁴⁹³ SAUVE J.-M., « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA* 2001, p. 16.

⁴⁹⁴ V. notamment MODERNE F., « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *RFDA* 2002, p. 483.

⁴⁹⁵ Décision n°89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *Rec.* 71 ; décision n°97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, *Rec.* 333, considérant n° 41 : « lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. » Notons que la jurisprudence constitutionnelle en la matière n'est pas constante puisqu'elle a connu une exception notable en 1996 : décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, *Rec.* 99, considérant n° 15 (« une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale »). Ceci pourrait être un signe du caractère non essentiel de la possibilité de cumuler des sanctions administratives et pénales en droit français dans la mesure où cette décision démontre les fluctuations et incertitudes du Conseil constitutionnel en la matière.

⁴⁹⁶ Précitée.

⁴⁹⁷ V. considérant n° 20.

relative à la loi de réglementation des télécommunications⁴⁹⁸. Ceci pourrait d'ailleurs être un signe du caractère non essentiel de la possibilité de cumuler des sanctions administratives et pénales en droit français dans la mesure où cette décision démontre les fluctuations et incertitudes du Conseil constitutionnel en la matière. Ensuite, si une tradition constitutionnelle s'est cristallisée, il s'agirait à la limite plutôt du pouvoir de sanction des autorités administratives en tant qu'expression de la conception française de la séparation des pouvoirs. Là encore cependant, il est légitime d'en douter dans la mesure où une telle tradition semble largement commune aux États membres. En toute hypothèse, on ne saurait probablement craindre, du strict point de vue de l'identité constitutionnelle, le risque d'une remise en cause du cumul par les juges de Luxembourg⁴⁹⁹. Il n'en est en revanche pas de même du droit d'asile et des principes du droit de l'extradition, dont la spécificité et l'importance sont acquises en droit français.

C. Le droit d'asile et les principes du droit de l'extradition

Le droit français a toujours donné de l'importance au droit d'asile, à l'idée qu'un individu pourrait trouver refuge sur le territoire national en cas de persécutions. Déjà, la Constitution montagnarde de 1793 faisait état d'une telle règle. C'est dans un esprit de continuité que le préambule de la Constitution de 1946 a reconnu dans son quatrième alinéa que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ». Non seulement le Conseil constitutionnel a reconnu le caractère fondamental de ce droit dans le contexte de l'accord de Schengen (1), mais il apparaît par extension que le droit de l'extradition procède de la même logique, notamment lorsque le juge administratif vient interdire l'extradition pour des motifs ou des infractions politiques (2).

⁴⁹⁸ Décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, Rec. 99.

⁴⁹⁹ V. l'affaire pendante devant la CJUE *Akerberg Fransson* (C- 617/10).

1) *La réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dans la décision Schengen*

En 1991, le juge constitutionnel français eut à examiner la constitutionnalité de la convention portant application de l'accord de Schengen⁵⁰⁰. Cet accord prévoyant la suppression des contrôles aux frontières nationales avait pu susciter des craintes quant à un éventuel abaissement du niveau de protection du droit d'asile dans la mesure où, dorénavant, les demandes d'asile dans l'espace Schengen devaient être traitées par un seul État, conformément à ses règles juridiques propres. Tenant compte du fait que ces règles pouvaient s'avérer moins protectrices que la réglementation française, le Conseil constitutionnel établit clairement que ces demandes restaient susceptibles d'être examinées par les autorités françaises dans le cas où le demandeur d'asile pourrait se prévaloir du Préambule de 1946 afin de bénéficier d'une plus forte protection juridique. En toute rigueur, il s'agit moins d'une réserve d'interprétation que d'une déclaration clarifiant la portée d'une disposition de la convention aux termes de laquelle les Parties contractantes sont en droit, « pour des raisons particulières tenant notamment au droit national », de traiter les demandes d'asile, y compris lorsqu'une autre Partie est en principe responsable de l'examen de celles-ci⁵⁰¹. En toute hypothèse, il est intéressant de constater que le juge français se refuse à renoncer à un niveau supérieur de protection des droits fondamentaux, spécialement dans le cas d'une matière apparaissant fondamentale en droit interne, la concrétisation législative du droit d'asile ne pouvant rendre ce dernier que « plus effectif » conformément à la doctrine de l'effet cliquet⁵⁰². C'est aussi la raison pour laquelle le juge administratif a dégagé des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en droit de l'extradition.

⁵⁰⁰ Décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985*, Rec. 91.

⁵⁰¹ Article 29 de la convention.

⁵⁰² Sur le caractère fondamental du droit d'asile en France, v. décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. 224, considérant n° 81 : « s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ». Notons qu'il se pourrait que le droit d'asile soit mieux protégé aujourd'hui par l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que par le droit constitutionnel (v. le commentaire du Conseil constitutionnel relatif à sa décision sur le traité constitutionnel : CCC, n° 18).

2) *L'interdiction de l'extradition pour des motifs politiques ou des infractions politiques*

Si le juge administratif français est sans doute également juge constitutionnel dans la mesure où il sanctionne la hiérarchie des normes y compris au regard de la Constitution, il fait preuve de circonspection – du moins depuis la création en 1958 du Conseil constitutionnel⁵⁰³ – dans la découverte de principes à valeur constitutionnelle. Dans ce contexte, il est d'autant plus remarquable que le Conseil d'État ait dégagé en 1996 dans son arrêt *Koné*⁵⁰⁴ un principe fondamental reconnu par les lois de la République : l'interdiction de l'extradition des étrangers dans un but politique. En l'espèce, se trouvait en cause la légalité du décret d'extradition de Monsieur Koné dans le cadre de poursuites engagées au Mali pour complicité d'atteinte aux biens publics et enrichissement illicite. Si le Conseil d'État n'a pas ici fait application du principe étant donné que le but politique ne ressortait pas des pièces du dossier, il a cependant jugé au visa de la loi du 10 mars 1927 prohibant les extraditions en cas d'infractions politiques que les stipulations de l'accord de coopération franco-malien en matière de justice devaient être interprétées conformément au PFRLR selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique. Ce faisant, la haute juridiction administrative a inscrit sa décision dans les pas de l'avis que son Assemblée générale avait rendu l'année précédente, dans lequel celle-ci avait vu dans le « principe selon lequel l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique un principe fondamental reconnu par les lois de la République »⁵⁰⁵. Confirmations supplémentaires de l'importance des PFRLR dans l'identification de l'identité constitutionnelle de la France, l'arrêt *Koné* et l'avis de 1995 soulignent également que beaucoup d'éléments caractéristiques de cette identité trouvent finalement une source commune dans la tradition républicaine, comme l'identité de l'Irlande va pouvoir pour sa part être rattachée à la tradition catholique.

⁵⁰³ Il est bon de rappeler à toutes fins utiles que, sous l'empire de la Constitution de 1946, le Conseil d'État a consacré la valeur constitutionnelle de la liberté d'association (CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. 317).

⁵⁰⁴ CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. 255.

⁵⁰⁵ CE, Avis, 9 novembre 1995, EDCE 1995. 395 (souligné par nous).

II. LA CONCEPTION CATHOLIQUE DE LA FAMILLE EN IRLANDE

La famille en tant qu'unité de base de la société semble jouer en Irlande un rôle aussi central que la République en France. En effet, de nombreuses dispositions constitutionnelles soulignent l'influence de l'Église catholique sur le modèle éminemment traditionnel de la famille, ainsi qu'en attestent les exemples de l'avortement (A) et de l'homosexualité (B).

A. Le droit à la vie de l'enfant à naître avant Maastricht

Initialement, la question de l'avortement n'était pas traitée au niveau constitutionnel mais simplement législatif dans la mesure où celui-ci était purement et simplement interdit par une vieille loi de 1861 qui érigeait l'interruption volontaire de grossesse en infraction (*Offences Against the Person Act*). Ce n'est qu'en 1983 que le constituant irlandais s'empara de la matière en introduisant dans la norme suprême non pas le principe de l'interdiction de l'avortement mais le droit à la vie de l'enfant à naître⁵⁰⁶. Aux termes de l'article 40.3.3° de la Constitution de 1937,

« l'État reconnaît le droit à la vie du fœtus et, en respectant pleinement le droit de la mère à la vie, garantit dans sa législation le respect de ce droit et, dans la mesure du possible, de les défendre et de les faire valoir par ses lois. »

Cette disposition est instructive à deux titres. D'une part, son introduction tardive prouve qu'il n'est pas nécessaire pour une disposition constitutionnelle de bénéficier d'un tel statut pendant des décennies pour pouvoir relever de l'identité constitutionnelle. En revanche, son ancienneté législative est déterminante. On pourrait ainsi dire que l'interdiction de l'avortement constitue un principe fondamental reconnu par les lois, non pas de la République, mais de l'Église catholique. D'autre part, il est notable que le contenu a évolué. Il n'est ainsi plus question d'interdiction de l'avortement mais de droit à la vie de l'enfant à naître (et, accessoirement, du droit de la mère à la vie). La logique des droits semble donc progresser face à la logique des valeurs même si l'on doit admettre que les droits en question

⁵⁰⁶ Pour de plus amples développements, voir HOGAN G., WHYTE G., *J.M. Kelly : The Irish Constitution*, 4^e ed., Lexis Nexis, 2003, n° 7.3.246s.

ne sont en réalité que l'expression des valeurs du catholicisme. A la différence du droit à l'avortement, ils témoignent d'une conception communautaire – et non pas libérale – des droits puisqu'ils s'analysent comme des droits des individus en tant que ceux-ci sont les citoyens de la très catholique Irlande. S'agissant en revanche de l'homosexualité, la logique des valeurs a prévalu pendant longtemps.

B. L'interdiction des conduites homosexuelles avant 1993

Dépénalisée en 1993 seulement à la suite d'un jugement de la Cour de Strasbourg, l'homosexualité a pendant longtemps été au cœur de la problématique de l'identité irlandaise. Son interdiction a en effet été maintenue sur la base d'une interprétation historique et catholique de la Constitution. En effet, la Cour suprême jugea en 1983 dans son arrêt *Norris v. Attorney General*⁵⁰⁷ que l'interdiction des rapports sexuels entre hommes n'était pas contraire à la Constitution, ne constituant ni une violation de l'égalité, ni une violation du droit à la vie privée. On remarquera à cet égard que, pour rendre une telle décision, la Cour suprême s'appuya sur des faits supposément avérés tels que les conséquences sociales d'une dépénalisation, le risque d'augmentation des maladies vénériennes, l'angoisse liée au style de vie gay, les effets négatifs sur le mariage. Elle cita également la référence du Préambule⁵⁰⁸ à « Notre Divin Seigneur Jésus-Christ » pour en déduire que la Constitution ne permettait pas les rapports homosexuels considérés comme de graves péchés par l'Église catholique et condamnés avec constance depuis près de deux mille ans « au nom du Christ ». C'est donc pour le moins une conception éminemment religieuse de l'identité constitutionnelle qui a prévalu jusqu'en 1993 lorsque l'Irlande a dû dépénaliser l'homosexualité à la suite de sa condamnation dans la même affaire par la Cour européenne des droits de l'homme cinq ans plus tôt⁵⁰⁹. L'impact d'une telle décision sur l'ordre juridique irlandais est l'illustration du fait que l'invariance n'est pas la propriété principale de l'identité constitutionnelle des États membres.

⁵⁰⁷ *Norris v. Attorney General* (1984) IR 36.

⁵⁰⁸ Notons que si aucune décision de justice n'a été rendue sur la seule base du préambule, ce dernier a pu être utilisé au renfort de jugements comme *Norris v. Attorney General* à titre « rhétorique et émotionnel » (HOGAN G., WHYTE G., *op. cit.*, n° 2.1.07). V. également plus bas la décision *McGee v. Attorney General* pour une reconstruction de l'identité catholique de l'Irlande.

⁵⁰⁹ CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c/Irlande*, série A n° 142.

SECTION 2 : LA MUTABILITÉ DES IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES

Aux termes de l'article 28 de la Déclaration des Droits de l'Homme du 24 juin 1793, « un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». Dans la même veine, nous serions tentés de dire également qu'un peuple peut toujours amender son identité constitutionnelle et qu'il ne doit donc pas être nécessairement lié par le passé. Une constitution s'inscrit certes dans la continuité historique mais elle n'en est pas moins la constitution d'un peuple qui regroupe peut-être avant tout les vivants plutôt que les morts. Outre-Atlantique, c'est ainsi que le débat sur l'interprétation constitutionnelle s'est focalisé sur l'opposition entre ceux qui recherchent l'intention originelle des Pères fondateurs et ceux qui préfèrent une « constitution vivante » (*living constitution*) plus en prise avec les problématiques sociales actuelles. Ce sont deux conceptions radicalement différentes de la légitimité et de l'autorité des constitutions qui s'opposent ici : d'un côté, la légitimité historique et démocratique (le *demos* d'hier ; le constitutionnalisme conservateur) ; d'un autre côté, la légitimité tirée de la délibération, de la protection accrue des droits de l'individu mais aussi la légitimité démocratique et populaire (le *demos* d'aujourd'hui, voire de demain ; le constitutionnalisme populaire ou l'adhésion de l'opinion publique en somme). Dans ce contexte, il est possible d'envisager une approche transformative de l'identité constitutionnelle. Plus que sur l'inscription dans la longue durée, l'autorité de la constitution va découler d'une interprétation tenant compte des exigences contemporaines (telles que le respect accru des droits individuels, l'interprétation stricte des valeurs et de l'intérêt général), des circonstances actuelles (émergence de nouveaux droits, par exemple en matière environnementale et sociale, porosité des frontières, succès du constitutionnalisme libéral à différents niveaux et avec lui primat des droits sur les valeurs). L'ensemble de ces facteurs va en effet influencer l'interprétation de la constitution. On nous opposera certes que ceux-ci ne devraient pas avoir d'impact sur l'interprétation de l'identité constitutionnelle en tant que cette dernière ne devrait pas être variable au gré de l'humeur et de l'air du temps. Cependant, il apparaît que l'identité constitutionnelle est de plus en plus orientée vers le futur et que les valeurs essentielles laissent progressivement la place aux droits individuels, ainsi que

l'illustreront à nouveau les exemples français et irlandais. Si nous avons vu que l'identité républicaine de la France ainsi que l'identité catholique de l'Irlande étaient particulièrement enracinées, on constate cependant dans les deux cas une évolution palpable traduisant la flexibilité de l'identité constitutionnelle dans sa pratique (métamorphose du contenu de ce qui est considéré comme fondamental à un moment donné) mais également dans son concept même (insistance sur l'État membre comme sujet constitutionnel). Ainsi, on constate non seulement une transformation du modèle familial en Irlande⁵¹⁰ (II), mais l'interprétation des principes républicains en France ne sort pas non plus indemne des changements de l'air du temps (I).

I. LA TRANSFORMATION DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE LA FRANCE

Sous l'influence du développement du discours des droits et de l'affaiblissement du discours des valeurs, la conception de la République évolue (A) tandis que le droit français donne de plus en plus d'importance aux droits sociaux mais aussi environnementaux, bien protégés au niveau national (B).

A. La transformation de la conception de la République

Alors que l'interprétation du principe central de la République française semble connaître des évolutions substantielles (1), le principe de dualité de juridictions s'est récemment trouvé infléchi du fait des exigences supposées du droit de l'Union (2).

⁵¹⁰ Opérant une étude de la continuité et du changement dans la Constitution irlandaise notamment, v. JACOBSON G.J., *Constitutional Identity*, Harvard UP, 2010, sp. pp. 252s.

1) Du principe d'égalité formelle au droit à la non-discrimination

Il est patent que le principe d'égalité à la française, pilier central de la République, se métamorphose peu à peu à la faveur de l'air du temps. C'est désormais une égalité réelle plutôt que formelle qui est en effet recherchée. Il s'agit, dans une perspective de justice sociale que John Rawls n'aurait pas reniée, de corriger les inégalités de situations, « d'adapter le principe d'égalité aux réalités sociales »⁵¹¹, quitte à multiplier les inégalités de traitement afin de contrebalancer les déséquilibres et favoriser l'égalité des chances. Il s'agit de faire droit aux revendications croissantes de reconnaissance de la diversité des identités individuelles et collectives sans détricoter pour autant le modèle républicain d'intégration⁵¹². C'est ainsi qu'à la demande du Président de la République, le comité Veil s'est penché sur la question de savoir s'il fallait mettre en place de nouvelles politiques d'intégration, valorisant la diversité pour favoriser le respect du principe effectif d'égalité⁵¹³.

Cette inflexion de la conception française de l'égalité est tangible en droit. Elle permet tout d'abord de comprendre la décision du pouvoir constituant d'inscrire dans le marbre constitutionnel la parité entre hommes et femmes dans l'accès aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. Ce changement dans l'approche de l'égalité est de taille dans la mesure où, d'une part, il intervient sur décision solennelle des représentants du peuple contre les décisions d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel fondées sur l'égalité formelle⁵¹⁴ et, d'autre part, il trouve sa concrétisation à l'article Premier de la Constitution, dans l'alinéa suivant celui où il est établi que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

⁵¹¹ MELIN-SOUCRAMANIEN F., MOUTOUH H., « Les deux faces du principe d'égalité », in Bertrand Mathieu (dir.), 1958-2008 : Cinquantième anniversaire de la Ve République, *op. cit.*, 203, sp. 211.

⁵¹² V. notamment CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1996. Sur le principe d'égalité*, EDCE n° 48, La Documentation française, 1997, p. 49.

⁵¹³ *Rapport du comité de réflexion sur le préambule de la Constitution*, précité pp. 52-64.

⁵¹⁴ V. décision n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, *Rec.* 66 ; décision n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, *Rec.* 21 ; décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, *Rec.* 39.

La jurisprudence administrative n'est pas non plus insensible aux « aspirations ou aux nécessités [du] temps »⁵¹⁵ même si elle reste attachée à la conception formelle de l'égalité. A cet égard, l'année 1997 est intéressante puisque le Conseil d'État a rendu deux grands arrêts en matière d'égalité : d'une part, l'arrêt *Commune de Gennevilliers*⁵¹⁶ et, d'autre part, l'arrêt *Société Baxter*⁵¹⁷. Dans la première décision, le Conseil d'État revint sur sa jurisprudence antérieure⁵¹⁸ en décidant que les tarifs d'une école de musique municipale pouvaient varier en fonction du niveau des ressources de la famille de l'élève. Il est ici remarquable que les juges du Palais royal motivèrent leur décision non pas sur l'existence d'une différence de situations susceptible de justifier une différence de traitement mais sur une nécessité d'intérêt général. En effet, les différences de revenus ne seraient pas constitutives de différences de situations justifiant une exception au principe d'égalité (formelle par hypothèse) alors que, d'après le commissaire du gouvernement :

« Des considérations d'intérêt général en rapport avec l'objet du service militent pour que [les communes puissent] édicter des tarifs différenciés. Ces considérations ne procèdent pas d'un objectif de redistribution des revenus, lequel ne serait pas en rapport avec l'objet du service des écoles de musique, mais du souci de permettre réellement à tous les enfants, sans distinction d'origines sociales, d'accéder à l'enseignement de la musique (...). L'intérêt général est une notion d'une certaine plasticité, volontairement imprécise, qui permet au juge d'adapter les contours de sa jurisprudence aux aspirations ou aux nécessités de son temps »⁵¹⁹.

Si l'on comprend le raisonnement du Conseil d'État, il apparaît en tout état de cause que la reconnaissance d'une différence de situations n'eut pas été dénuée de fondement. En préférant s'appuyer sur l'intérêt général pour justifier une discrimination tarifaire ayant sinon pour objet, du moins pour effet de corriger les déséquilibres sociaux, le juge administratif suprême a manifesté sa réticence à découper la société française en catégories, réaffirmant ainsi implicitement son attachement à la conception républicaine du citoyen atome, interchangeable, dégagé de toute appartenance de groupe hormis celle de l'État-nation⁵²⁰.

⁵¹⁵ Conclusions STAHL, sous CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, RFDA 1998, p. 539.

⁵¹⁶ Précité.

⁵¹⁷ CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, Rec. 114.

⁵¹⁸ CE, Sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, Rec. 119.

⁵¹⁹ Conclusions STAHL, précitées.

⁵²⁰ Conscient des difficultés inhérentes à une conception formelle de l'égalité dans un contexte de fortes inégalités réelles, v. BRAIBANT G., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen* et la

Ce même attachement aux fondamentaux de la République égalitaire est palpable dans l'arrêt *Société Baxter*, confirmé par la décision *Arcelor*. « Le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ». Une telle approche ne semble guère soutenable à long terme en raison de l'évolution de l'égalité vers l'équité et la non-discrimination⁵²¹. En effet, en droit international comme en droit communautaire, l'égalité est conçue sous l'angle de la non-discrimination et impose donc de réserver un traitement différent aux situations différentes. Ainsi, on peut lire sous la plume de la Cour de Luxembourg que

« le principe de non-discrimination (...) veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié⁵²². »

Une telle approche semble illustrer la dénaturation du principe d'égalité, remis en cause par l'exigence d'équité. Or, l'équité serait source de fragmentation dans la mesure où elle apparaît casuistique et individualiste. Pour cette raison, il a été soutenu à juste titre selon nous que l'égalité formelle devait être repensée non pas comme équité mais comme égalité située⁵²³. Une telle approche viendrait certes modifier en profondeur le principe d'égalité en lui donnant une coloration particulière : d'abord, un droit individuel ; ensuite seulement, une valeur sociale. Cependant, l'esprit général de l'égalité républicaine ne serait pas foncièrement remis en cause dans la mesure où un subtil équilibre entre égalité formelle et égalité réelle était trouvé. Il en est de même du principe de séparation des autorités administratives et juridictionnelles à l'épreuve du droit de l'Union européenne.

jurisprudence, PUF, 1989, p. 97, sp. 107: « les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen avaient (...) une vision de l'égalité universelle et abstraite entre des individus considérés comme tous égaux (...). Mais il fallait bien ensuite se rendre à l'évidence : il existe entre les humains des différences naturelles et sociales qui non seulement justifient la discrimination, mais parfois l'exigent et précisement pour corriger les inégalités ». En toute hypothèse, notons que la détermination des situations susceptibles d'appeler des traitements différents est en soi chose délicate et renvoie en fin de compte aux valeurs de la société : v. PERELMAN C., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. 1, Bruylant, 1971, p. 319.

⁵²¹ V. LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque », *RFDA* 2010, p. 301.

⁵²² CJCE, 13 décembre 1984, *Société Sermide*, aff. 106/83, *Rec.* 4209. V. déjà CJCE, 19 octobre 1977, *SA Huileries de Pont à Mousson*, aff. 124/76 et 20/77, *Rec.* 1795.

⁵²³ V. la critique de l'évolution de l'égalité vers la non-discrimination développée par le professeur Belloubet-Frier : BELLOUBET-FRIER N., « Le principe d'égalité », *AJDA* 20 juillet-20 août 1998, numéro spécial, p. 152. L'auteur avance notamment que « la non-discrimination ne constitue en effet qu'une application du principe d'égalité. Au-delà de l'exigence classique de traiter identiquement des choses égales et de réserver un traitement différent aux choses différentes, le principe d'égalité ainsi entendu n'exigerait finalement que de ne pas procéder identiquement ou différemment de manière arbitraire. On se situe aux antipodes de l'obligation d'assurer une égalité de fait entre individus » (*ibid.* 154).

2) De la relative remise en cause de la dualité de juridictions

Comme le principe d'égalité, la conception française de la séparation des pouvoirs n'est pas à l'abri de toute transformation. En l'occurrence, une décision récente du Tribunal des conflits vient relativiser le principe de dualité de juridictions même si le PFRLR dégagé par le Conseil constitutionnel en 1987 n'est pas formellement méconnu dans la mesure où le bloc de compétences réservées au juge administratif n'est pas remis en cause. Cependant, il apparaît que la décision *Préfet de la Région Bretagne*⁵²⁴ enfonce un coin dans le principe de séparation des autorités administratives et juridictionnelles en admettant une dérogation à la vénérable jurisprudence *Septfonds*⁵²⁵ lorsque le litige relève du champ d'application du droit de l'Union.

En vertu de l'arrêt *Septfonds* du même Tribunal des conflits, il est possible, à l'occasion d'un litige au principal devant le juge civil dans lequel un règlement administratif serait en cause, que ce dernier interprète ce même acte réglementaire sans pouvoir cependant en apprécier la validité. Le juge administratif bénéficie en effet du monopole du contrôle de la légalité des règlements par voie d'exception. Par suite, il appartient au juge civil de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle en appréciation de légalité au juge administratif.

Outre les assouplissements à cette règle du renvoi préjudiciel apportés par la jurisprudence *Préfet de la Région Bretagne*, cette dernière reconnaît une exception à son application lorsque le droit de l'Union est en cause. Dans ce litige, des producteurs de lait exigeaient le remboursement de cotisations obligatoires indûment payées dans la mesure où celles-ci auraient été exigées en application d'un régime d'aide d'État illégalement institué faute d'avoir été préalablement notifié à la Commission. Après avoir rappelé que l'article 55 de la Constitution française ne permettait pas de déroger au principe de la séparation des autorités administratives et juridictionnelles, le Tribunal des Conflits s'est appuyé sur l'article 88-1 de la Constitution qui reconnaît le statut privilégié du droit de l'Union en droit interne⁵²⁶ afin de faire obstacle à la jurisprudence *Septfonds* lorsque le droit de l'Union est en cause, au nom de l'effectivité de celui-ci. Dans cette hypothèse, il décida donc que le juge judiciaire

⁵²⁴ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau c/Préfet de la Région Bretagne*, n° 3828 et 3829. Pour des commentaires principalement sous l'angle du droit de l'Union, v. DONNAT F., « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.* 2011, p. 3046 ; RITLÉNG D., « Le juge français se veut bon élève de l'Union », *RTDE* 2012, p. 135.

⁵²⁵ TC, 16 juin 1923, *Septfonds c/Chemins de fer du Midi*, *Rec.* 498.

⁵²⁶ V. *supra* pp. 88s.

saisi au principal était en droit d'apprécier la légalité d'actes administratifs réglementaires au regard du droit de l'Union. L'obligation de renvoi préjudiciel est suspendue afin de garantir l'application *immédiate* de ce dernier.

Il ressort de cette décision que celle-ci remet partiellement en question la conception française de la séparation des pouvoirs en faisant application rigoureuse de la jurisprudence *Simmenthal*. En effet, la doctrine a pu souligner que la compétence exclusive du juge administratif pour toute question incidente de légalité d'un acte administratif pourrait relever de l'identité constitutionnelle nationale⁵²⁷. Dans le même temps, il est vrai qu'en toute rigueur le PFRLR dégagé en 1987 par la décision *Conseil de la concurrence* ne concerne que le contentieux de l'annulation et de la réformation, et non pas celui de l'appréciation de légalité. Refusant un trop grand formalisme, il nous semble cependant qu'un pan du principe de la dualité de juridictions a été mis à mal par un Tribunal des conflits plus « unioniste » que le droit de l'Union. En effet, on peut s'étonner que la juridiction des conflits ait retenu une interprétation aussi stricte de l'arrêt *Simmenthal* alors que la CJUE elle-même infléchit sa jurisprudence dans sa décision *Melki et Abdeli* en admettant, dans certaines circonstances, une application légèrement retardée du droit de l'Union du fait même d'un renvoi préjudiciel du juge ordinaire au Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité⁵²⁸. Cette approche peut sembler d'autant plus surprenante que le juge constitutionnel comme le juge administratif acceptent en revanche de contrôler le respect des articles 34 et 37 de la Constitution par les normes internes de transposition⁵²⁹. Dans cette hypothèse néanmoins, les effets de l'abrogation ou de l'annulation qui s'ensuivent sont modulés dans le temps afin justement de ne pas faire obstacle à l'application immédiate du droit de l'Union⁵³⁰. Sauf à ce que le renvoi préjudiciel ne soit plus assorti d'un sursis à statuer, une telle modulation n'est théoriquement pas possible dans le cas présent. En tous les cas, les experts du droit de l'Union et du droit administratif français s'accordent à dire que le Tribunal des conflits a retenu une lecture trop orthodoxe du principe d'effectivité⁵³¹ conduisant à une remise en cause superflue de la « conception française de la séparation des pouvoirs ». En toute hypothèse, à la différence du principe d'égalité, il apparaît ici que la transformation de l'identité constitutionnelle ne résulte pas de changements de fond mais d'exigences

⁵²⁷ V. RITLENG D., *op. cit.*

⁵²⁸ Qu'il nous soit ici permis de renvoyer à MILLET F.-X., « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », *RDP* n° 6-2010, p. 1729.

⁵²⁹ V. *supra* pp. 51-53.

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ V. DONNAT F., *op. cit.* ; RITLENG D., *op. cit.*

procédurales qui sont le résultat du pragmatisme plutôt que de l'idéologie. Il en est en revanche autrement des droits sociaux et environnementaux qui témoignent pour leur part d'une réorientation de l'identité en lien avec les préoccupations du moment.

B. La montée en force des droits sociaux et environnementaux

En France, les droits sociaux et environnementaux semblent relever de manière croissante de l'identité constitutionnelle. Si les premiers, mieux protégés par le droit français que par le droit de l'Union, sont le reflet de la solidarité nationale (1), les seconds témoignent des nouvelles préoccupations fondamentales et de l'orientation de l'identité vers le futur plutôt que vers le passé (2).

1) L'inscription des droits sociaux dans le cadre de l'État-nation

Les droits sociaux bénéficient en France d'un statut prééminent. En effet, non seulement l'article Premier de la Constitution précise-t-il que la République est « sociale », mais les droits sociaux font aussi partie du bloc de constitutionnalité à travers la catégorie des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps, auxquels fait référence le préambule de la Constitution de 1946. Parmi ceux-ci, on dénombre notamment le droit de grève, la liberté syndicale, le droit de travailler et d'obtenir un emploi, la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise et à la détermination des conditions de travail, la protection de la santé ou le droit à l'instruction et à la formation professionnelle. Si la doctrine a souligné que les droits collectifs des travailleurs étaient fortement protégés⁵³², il n'en est guère de même des autres types de droits sociaux qui sont souvent non invocables directement par le justiciable et appellent par suite une concrétisation législative⁵³³.

⁵³² V. GAY L., « Les droits sociaux en constitutionnels en France : particularisme ou « normalisation » ?, in GAY L., MAZUYER E., NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, p. 75, sp. 95.

⁵³³ Ainsi, v. CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. 607 (à propos des principes de solidarité et d'égalité devant les charges résultant de calamités nationales) ; CE, 28 décembre 2005, *Préfet de la Haute-Savoie c/ M. Gurkan*, inédit. De même il résulte clairement de la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2006 que le 9^e alinéa du préambule de 1946 relatif aux services publics constitutionnels ne relève pas de l'identité

Néanmoins et malgré l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, la protection juridique des droits sociaux en général semble mieux assurée en droit français qu'en droit de l'Union. Ceci ne saurait véritablement étonner pour deux raisons, l'une liée à l'esprit du projet européen, l'autre liée à la conception de l'État-nation depuis la Seconde Guerre mondiale notamment. D'une part, comme nous le verrons plus loin, la construction européenne est avant tout fondée sur les libertés économiques du marché intérieur et la Cour de Luxembourg comme le législateur européen apparaissent encore très réticents face à l'idée que les droits sociaux pourraient l'emporter face aux libertés fondamentales⁵³⁴. D'autre part, les droits sociaux sont étroitement liés à l'État-Providence. Donnant corps à la solidarité au sein de la nation, ils sont ainsi la traduction constitutionnelle de l'identité nationale⁵³⁵. Ils relèveront d'autant mieux de l'identité constitutionnelle de la France que, d'une part, ils sont non seulement cruciaux pour la préservation du lien social et du liant national et, d'autre part, ils apparaissent spécifiques à l'ordre juridique interne non dans leur existence même mais dans leur interprétation. Il semble que cette dernière conclusion puisse être étendue aux droits environnementaux.

2) *Les droits environnementaux et la réorientation de l'identité vers demain*

En première analyse, il peut apparaître paradoxal que des droits de troisième génération tels que les droits environnementaux puissent relever de l'identité constitutionnelle d'un État. Il s'agit en effet de droits témoignant d'une éthique de la responsabilité vis-à-vis des générations futures. Droits du présent, ils sont tendus vers l'avenir alors que nous avons vu que l'identité constitutionnelle trouve principalement son origine dans le passé. Dans le même temps cependant, nous savons que cette identité évolue et que l'ancienneté d'un principe ou d'une règle n'est pas nécessairement gage de son appartenance à la catégorie de

constitutionnelle de la France (v. décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. 120 ; à ce sujet, on lira MARCOU G., « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA* 2007, p. 192).

⁵³⁴ V. les arrêts *Viking* et *Laval* ainsi que la récente proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services (COM (2012) 130 final). Nous noterons au passage que cette proposition a pour la première fois donné lieu à un « carton jaune » dans le cadre de l'examen de la subsidiarité par les Parlements nationaux. V. à ce sujet la résolution n° 119 du Sénat du 22 mai 2012 (www.senat.fr).

⁵³⁵ Pour une approche de l'identité nationale en termes de solidarité sociale, v. MILLER D., *On Nationality*, Oxford UP, 1995. V. aussi JOSSO S., « La République sociale, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ? », *Civitas Europa*, n°21, 2008, pp. 191- 233.

l'identité constitutionnelle. Dès lors, il n'est pas inconcevable que les dispositions récentes de la Charte de l'environnement puissent en relever⁵³⁶.

Tout d'abord, l'insertion de celle-ci dans le préambule de la Constitution de 1958 aux côtés de la DDHC et du préambule de 1946 lui donne un relief particulier. Elle fait écho aux préambules des nouvelles Constitutions polonaises et hongroises qui insistent chacune à leur manière sur la responsabilité vis-à-vis du monde de demain⁵³⁷. Elle souligne l'importance de l'engagement de la France en matière de protection de l'environnement⁵³⁸. Ensuite, il convient de garder à l'esprit que la notion d'identité constitutionnelle de la France est née de l'idée qu'il y aurait des dispositions constitutionnelles essentielles et distinctives par rapport au droit de l'Union. Si l'essentialité résulte de la localisation de la Charte dans le corpus constitutionnel ainsi que de la mode du temps, le caractère distinctif dérive pour sa part du fait que la Charte de l'environnement protège mieux certains droits que le droit de l'Union. Si ce dernier semble plus avancé s'agissant des principes d'intégration, de précaution et du principe *pollueur-payeur*, il semble en revanche en retrait au regard de la Charte s'agissant du « droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » (art. 1^{er}) ainsi que de l'obligation de « prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » (art. 2)⁵³⁹. Dès lors, on peut légitimement s'attendre à ce que le juge national fasse prévaloir ces droits en vertu de la protection supérieure garantie par la Constitution française.

⁵³⁶ Sur l'invocabilité de la Charte de l'environnement à la lumière du droit comparé, v. BARBE B., MILLET F.-X., « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *RTDH* 78/2009, p. 467.

⁵³⁷ « La Nation polonaise (...) [est] responsable de la transmission aux générations futures de tout ce qu'il y a de plus précieux dans un patrimoine plus que millénaire » (préambule de la Constitution polonaise) tandis que « les membres de la nation hongroise (...), responsables vis-à-vis de leurs descendants, doivent protéger les conditions de vie des générations futures en faisant un usage prudent des ressources matérielles, intellectuelles et morales » (préambule de la Loi fondamentale hongroise).

⁵³⁸ Le président Chirac, sous l'impulsion duquel la Charte de l'environnement fut adoptée, déclarait ainsi : « Mon intention était d'inscrire une écologie humaniste au cœur de notre pacte républicain. Il fallait consacrer un engagement solennel de notre Nation (...). Par la solennité particulière de cette modification du Préambule de la Constitution de 1958, une première, j'ai voulu marquer la gravité de la situation et l'impératif de l'action » (CHIRAC J., « Un engagement solennel de la nation », *RJE*, numéro spécial, 2005, p. 23).

⁵³⁹ V. PICOD F., « Charte de l'environnement et droit communautaire », *RJE*, numéro spécial, 2005, p. 209, sp. 214-215. Notons que le professeur Picod envisage lui-même la possibilité que les dispositions de la Charte de l'environnement pourraient constituer des « dispositions expresses » au sens de la jurisprudence *LCEN* (*ibid.* 217). V. également, sur le caractère décevant de l'article de la Charte des droits fondamentaux de l'Union relatif à la protection de l'environnement, PRIEUR M., « Article II-97 », in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Tome 2, Bruylant, 2005, p. 483.

II. LA TRANSFORMATION DE LA CONCEPTION DE LA FAMILLE EN IRLANDE

Plusieurs facteurs sont à l'origine de l'évolution de la conception de la famille en Irlande. Si nous avons vu que le traitement de l'homosexualité a changé en raison de la logique des droits individuels exportée par la Cour européenne des droits de l'homme, la question de la contraception a pour sa part évolué à la faveur d'une interprétation actualisée de la Constitution par le juge (A) tandis que les transformations en matière d'avortement sont dues à la fois au juge national et au peuple irlandais, montrant ainsi que la figure du juge n'a pas le monopole de la définition de l'identité constitutionnelle (B).

A. La création prétorienne d'un droit à la contraception à partir d'une interprétation actualisée de la Constitution

C'est sur la base d'une lecture contemporaine des dispositions du préambule et de la Constitution de 1937 que la Cour suprême a dégagé dès 1974 un droit individuel s'écartant de « la nature chrétienne de l'État », en l'occurrence le droit à la contraception. A cette époque en Irlande, une loi de 1935 (*Criminal Law Amendment Act*) pénalisait la vente ainsi que l'importation de moyens contraceptifs. Or, la haute juridiction irlandaise dégagea un droit à la vie privée maritale sur le fondement de sa jurisprudence *Ryan* relative aux droits non énumérés⁵⁴⁰ et à la lumière de la jurisprudence américaine pertinente en la matière⁵⁴¹ et en déduisit l'inconstitutionnalité de la loi. Il convient ici de reproduire *in extenso* le paragraphe dans lequel le juge Walsh réinterpréta le préambule de la Constitution :

« D'après le Préambule, le peuple s'est donné cette Constitution afin de promouvoir le bien commun dans le respect de la prudence, de la justice et de la charité de manière à ce que la dignité et la liberté de l'individu soient assurées. Pour cette raison, les juges doivent interpréter ces droits au mieux, conformément à leur conception de la prudence, de la justice et de la charité et en fonction de leur formation et de leur

⁵⁴⁰ V. *supra* p. 153.

⁵⁴¹ V. *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965) : cette décision de la Cour suprême des Etats-Unis reconnaissant elle-même aux couples mariés le droit – non énuméré – d'accès à la contraception est emblématique de la réinvention de l'identité constitutionnelle américaine par négation de la tradition historique (pour de plus amples développements, voir ROSENFELD M., *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge, 2010, pp. 75s.).

expérience. Il est absolument naturel que, de temps en temps, les conceptions dominantes de ces vertus soient conditionnées par le passage du temps ; aucune interprétation de la Constitution ne peut être valable en tout temps »⁵⁴².

Ce passage est fondamental pour comprendre la dynamique de l'identité constitutionnelle. Il ne s'agit pas simplement d'une donnée intangible, acquise une fois pour toutes. Elle ressort en effet patinée par l'air du temps. À l'image du fleuve d'Héraclite, son cours et sa consistance changent. Elle prend d'autres formes et d'autres directions. Si une telle métamorphose est le plus souvent déclenchée au niveau micro par l'action des juges à travers l'œuvre interprétative, elle peut également résulter, à un niveau macro, de l'adoption d'une nouvelle constitution rompant avec le passé ou bien d'une révision constitutionnelle⁵⁴³.

B. L'extension populaire du droit de la mère à la vie

Souvent, les décisions de justice les plus audacieuses ne sont pas mises en œuvre immédiatement. S'il en est ainsi en particulier des décisions des cours supranationales, la problématique n'en est pas moins présente s'agissant des jugements internes. Ainsi, alors que l'abrogation de la loi pénalisant l'homosexualité n'est intervenue que cinq ans après le jugement de la Cour de Strasbourg, il a fallu attendre douze ans pour qu'une loi autorise finalement la vente de contraceptifs sans prescription médicale. Le législateur irlandais ne s'est ainsi guère montré réactif pour entériner rapidement les évolutions décidées par les juges. En tout état de cause, il arrive que le peuple puisse être lui-même à l'origine des changements de l'identité constitutionnelle à travers des amendements décidés par référendum, à propos par exemple du divorce et de l'avortement. En premier lieu, alors que la Constitution irlandaise interdisait expressément le divorce, l'article 41.3.2° fut ainsi modifié en 1995 à la suite d'un référendum remporté d'une courte tête par les défenseurs du divorce.

⁵⁴² *McGee v. Attorney General* (1974) IR 284, sp. 318-319 (notre traduction). Sur l'influence du préambule sur l'évolution de l'interprétation constitutionnelle, voir également *McMahon v. Attorney General* (1972) IR 69 ; *The State (Healy) v. Donoghue* (1976) IR 325, sp. 347 (Chief Justice O'Higgins) : *Attorney General v. X.* (1992) 1 IR 1 où le Chief Justice Finlay exprima ses craintes vis-à-vis d'une conception plus libérale de l'avortement qu'une interprétation actualisée du préambule pouvait engendrer. C'est d'ailleurs au regard des peurs suscitées par l'arrêt *McGee* qu'il a été décidé d'introduire dans la Constitution le droit à la vie de l'enfant à naître (voir cf. HOGAN G., WHYTE G., *op. cit.*, n° 7.3.248).

⁵⁴³ Sur cette distinction micro/macro, v. ROSENFELD M., *op. cit.*, 127.

Désormais, le divorce est permis dans des circonstances énumérées limitativement⁵⁴⁴. En second lieu, sans que l'on ne puisse en aucun cas parler d'un « droit à l'avortement », ce dernier a été facilité par une conjonction de facteurs à la fois juridictionnels et populaires. Dans une première affaire décidée en 1988, la Cour suprême refusa purement et simplement de reconnaître un droit à l'information sur les cliniques britanniques pratiquant les avortements. Elle jugea donc que les centres de planning familial diffusant ces informations assistaient illégalement les mères dans la destruction de la vie des fœtus⁵⁴⁵. L'année suivante, à l'occasion d'un nouveau litige portant sur le même objet - la diffusion d'informations - mais mettant en cause cette fois-ci trois associations étudiantes, la *High Court* décida de poser une question préjudicielle à la CJCE⁵⁴⁶. Alors que cette dernière s'abstint d'entrer dans l'arène en se contentant de déclarer la question irrecevable⁵⁴⁷, la Cour de Strasbourg, saisie par ces mêmes associations une fois les voies de recours internes épuisées, eut pour sa part l'audace de condamner l'Irlande pour violation de la liberté d'expression en 1993⁵⁴⁸.

Cependant, c'est en 1992 que l'état du droit a évolué en Irlande, sous l'impulsion des juges mais aussi du peuple irlandais dans le contexte de la ratification du traité de Maastricht, source de craintes quant à une éventuelle légalisation de l'avortement qu'il permettrait. Tout d'abord, la Cour suprême assouplit dans l'affaire *X* les conditions permettant l'avortement en jugeant que l'article 40.3.3° de la Constitution autorisait une interruption de grossesse lorsque celle-ci présentait un risque réel et substantiel pour la vie de la mère, y compris le risque de suicide⁵⁴⁹. Se référant à l'affaire *McGee*, le *Chief Justice* Finlay indiqua qu'aucune interprétation de la Constitution n'était irrévocable, ce qu'il était selon lui « singulièrement opportun et utile de rappeler dans le contexte de l'interprétation du [huitième amendement], qui [touchait] au problème intime du droit à la vie de l'enfant à naître et à la relation de ce droit avec le droit à la vie de la mère ». Il poursuivit en avançant :

⁵⁴⁴ Désormais, l'article 41.3.2° dispose que : « Tout tribunal établi par la loi peut accorder la dissolution du mariage si, mais seulement si, il est convaincu que :

i) à la date de l'introduction de la procédure, les époux ont vécu séparément pendant une ou des périodes équivalentes à quatre ans au moins durant les cinq dernières années ;
ii) il n'y a pas de perspective raisonnable de réconciliation entre les époux ;
iii) toute disposition que le tribunal juge appropriée au regard des circonstances existe ou est prise concernant les époux, les enfants de l'un ou de l'autre ou des deux ensemble, et toute autre personne visée par la loi, et
iv) toutes les autres conditions prévues par la loi sont observées ».

⁵⁴⁵ *Attorney General (Society for the Protection of the Unborn Child) v. Open Door Counselling* (1988) IR 593.

⁵⁴⁶ *Spuc v. Grogan* (1989) IR 753 .

⁵⁴⁷ CJCE, 4 octobre 1991, *Spuc c/ Grogan*, C-159/90, Rec. 4685. Pour une analyse de cette décision et, plus largement, sur le traitement de la question fondamentale de l'avortement par le droit de l'Union, voir *infra*.

⁵⁴⁸ CEDH, 29 octobre 1992, *Spuc v. Open Door (Open Door Counselling and Dublin Well Woman Ltd) c/Irlande*, série A, vol. 246.

⁵⁴⁹ *Attorney General v. X* (1992) 1 IR 1.

« une interprétation cohérente de la Constitution, à la lumière des notions de prudence, de justice et de charité (...) m'amène à conclure que, pour faire respecter et défendre autant que faire se peut le droit à la vie de l'enfant à naître tout en prenant dûment en compte le droit à la vie de la mère, la Cour doit notamment s'intéresser à la situation de la mère au sein de sa famille, aux personnes dont elle dépend ou qui dépendent d'elles et à ses rapports avec d'autres citoyens et membres de la société dans le cadre de ses activités. Eu égard à cette conclusion, j'estime que le critère proposé au nom de l'Attorney General, selon lequel il pourrait être mis fin à la vie du fœtus uniquement dans le cas où l'existence d'un risque inévitable ou immédiat pour la vie de la mère serait établi dont la prévention nécessiterait d'interrompre la grossesse, ne permet pas d'assurer suffisamment le respect du droit à la vie de la mère. »

À la suite de cette décision s'inscrivant dans les pas de la jurisprudence *McGee*, le peuple adopta en novembre 1992 les Treizième et Quatorzième Amendements autorisant la diffusion d'informations ainsi que les déplacements à l'étranger en vue d'une interruption volontaire de grossesse. En revanche, aucun *droit* à l'avortement n'est reconnu à ce jour sur le territoire irlandais⁵⁵⁰. En dépit de cela, il est notable que l'approche irlandaise de la question identitaire de l'avortement évolue, lentement mais sûrement, à la faveur d'interprétations constitutionnelles mieux adaptées aux problématiques contemporaines et à l'air du temps mais aussi de révisions constitutionnelles décidées par le peuple. C'est le même mécanisme qui semble présider aux évolutions de l'identité constitutionnelle de la France.

⁵⁵⁰ Notons que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment reconnu à l'Irlande une marge d'appréciation substantielle en matière d'avortement. En effet, elle affirme que si l'article 8 de la convention EDH protège la vie privée, une réglementation relative à l'interruption de grossesse ne peut s'interpréter comme une atteinte à la vie privée de la mère, l'article 8 ne pouvant s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement. Par ailleurs, la Cour considère que l'ingérence de la législation irlandaise est légale et poursuit le but légitime de protéger la morale dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande. Etant donné que les femmes en Irlande peuvent, sans enfreindre la loi, aller se faire avorter à l'étranger et obtenir des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande, la Cour décida que l'État irlandais avait ménagé un juste équilibre entre le droit à la vie privée de la mère et la nécessité de protéger la vie de l'enfant à naître (CEDH, 16 décembre 2010, *ABC c/ Irlande*, requête n° 25579/05).

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

L'identité constitutionnelle fait figure non seulement de norme de résistance mais de véritable stratégie de défense utilisée par diverses cours constitutionnelles nationales contre l'Union européenne. Cette stratégie peut même apparaître coordonnée dans la mesure où des juridictions sans cesse plus nombreuses semblent se coaliser derrière une même oriflamme dont le potentiel va-t-en-guerre est avéré. En érigeant toutes l'identité constitutionnelle en limite de l'intégration européenne, les juges nationaux ont avant tout fait un usage instrumental de l'article 4 § 2 TUE dans lequel ils ont vu la justification *communautaire* de leurs propres revendications. Le fait que la disposition en question bénéficie en théorie du monopole de l'interprétation authentique par la Cour de Luxembourg ne semble pas avoir réellement heurté l'esprit de juges avant tout soucieux de préserver un pré-carré juridique national. La stratégie commune s'arrête là étant donné que chaque juge impute ensuite ce que bon lui semble à l'identité constitutionnelle de son ordre juridique, qui un ensemble de compétences, qui la souveraineté de l'État ou de la nation, qui des valeurs nationales, qui tel droit fondamental spécifique. La stratégie commune apparaît d'autant plus une somme de stratégies nationales variables que celles-ci s'avèrent plus ou moins coopératives. Si le Conseil constitutionnel se refuse encore à renvoyer des questions préjudicielles à la CJUE, l'approche française semble ainsi moins défensive que l'approche allemande qui a largement inspiré les cours polonaise et tchèque. En Allemagne et ailleurs, derrière la rhétorique nouvelle de l'identité constitutionnelle, l'accent est encore mis sur la souveraineté même si une évolution de son acception classique semble être admise. Il n'y a donc pas partout de spécificité du langage de l'identité constitutionnelle. Même en France, celui-ci ne semble toujours pas renvoyer rigoureusement au *crucial* et au *distinctif*.

Si l'on n'y prend garde, l'identité constitutionnelle pourrait devenir un facteur d'anarchie et de division entre les ordres juridiques communautaire et nationaux. Si elle venait à être frénétiquement manipulée par les juridictions des États membres, elle manquerait à cet égard la fonction de réconciliation que nous pensions pouvoir lui assigner. Or, les approches coopérative et évolutive de l'identité constitutionnelle laissent entendre que celle-ci peut être plus qu'un moyen en vue d'une fin pour les États membres. Elle est aussi une norme

de convergence susceptible de résoudre les conflits pouvant survenir entre une norme de l'Union et des spécificités institutionnelles étatiques, certaines valeurs nationales ou bien des droits fondamentaux propres aux États membres.

SECONDE PARTIE

L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UNE NORME DE CONVERGENCE

Du point de vue du droit de l'Union européenne, l'identité constitutionnelle des États membres semble devoir être accueillie avec scepticisme. Non seulement renvoie-t-elle à un concept du droit national destiné à limiter les effets du droit de l'Union en droit interne, mais elle constitue aussi une notion polémique. En effet, ni le contexte politique, ni le contexte juridique, n'apparaissent favorables à la reconnaissance effective des identités constitutionnelles nationales en droit de l'UE.

D'une part, nous avons vu que le langage *identitaire*, particulièrement prégnant dans le champ de la science politique contemporaine, peut renvoyer à des essences immuables, héritées de l'Histoire, destinées non seulement à individualiser telle personne ou tel groupe, mais également à marquer sa différence entre *Nous* et *les Autres*. Un tel vocabulaire semble donc contraire au *telos* européen : créer une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, unir des hommes et non coaliser des États pour paraphraser Jean Monnet, dépasser les « divisions funestes » de l'Europe, autrement dit aller au-delà des identités nationales parfois trop charnellement aimées.

D'autre part, le contexte juridique n'a guère été propice au développement d'une rhétorique relative à l'identité constitutionnelle – *a fortiori* nationale – de l'État membre en droit de l'Union européenne. En effet, le discours de l'identité constitutionnelle est susceptible d'affaiblir le droit de l'Union en relativisant la portée de certains grands principes structurels, notamment la primauté et l'uniformité. En premier lieu, il va sans dire que la reconnaissance par le droit de l'UE de l'identité constitutionnelle de l'État membre pourrait conduire à remettre en cause une certaine conception de la primauté du droit de l'Union⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Se reporter à GAUDIN H., « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: union de droit, union des droits*, Pedone,

On sait en effet que les juges de Luxembourg ont décidé dans les célèbres affaires *Costa c/Enel*⁵⁵² et surtout *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁵³ que « l’invocation d’atteintes aux droits fondamentaux tels qu’ils sont formulés par la constitution d’un État membre ou aux principes de sa structure constitutionnelle ne saurait affecter la validité d’un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État ». Il ressort de ces termes que tout moyen tiré de la violation des constitutions nationales (en tant qu’elles contiennent un catalogue des droits fondamentaux ainsi que des règles relatives à la forme et à l’organisation de l’État) est irrecevable en droit de l’Union. Aucune exception ne semble pouvoir être déduite de la jurisprudence et le principe de primauté paraît devoir être interprété de manière absolue : l’ensemble du droit de l’UE prime sur l’ensemble des droits constitutionnels nationaux⁵⁵⁴. Dans ces conditions, en l’état actuel du droit, la validité et l’application du droit de l’Union ne peuvent théoriquement céder le pas devant les Constitutions des États membres, y compris devant leurs dispositions les plus essentielles. En second lieu, l’identité constitutionnelle de l’État se heurte également à l’uniformité du droit de l’UE. La reconnaissance de particularismes nationaux, quelle que soit leur nature, constitue en effet une source potentielle de fragmentation. Or, le projet d’intégration européenne favorise par hypothèse l’unité plutôt que la diversité⁵⁵⁵. Certes, le droit de l’Union – qu’il s’agisse du droit originaire ou du droit dérivé – autorise une certaine flexibilité, notamment à travers la reconnaissance de l’autonomie des États Membres⁵⁵⁶, plus spécifiquement avec les clauses *d’opting out*, les périodes de transition, les coopérations renforcées ou encore les dérogations aux libertés du marché intérieur⁵⁵⁷. Cependant, ces dispositifs sont utilisés avec parcimonie ou

2010, p. 639 ; RITLÉNG D., « De l’utilité du principe de primauté du droit de l’Union », *RTDE*, 2009, 4, p. 677. Voir aussi KUMM M., FERRERES COMELLA V., « The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the EU » (2005) 3 *I.CON* 2-3, p. 473, sp. 483.

⁵⁵² CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Rec.* 1141.

⁵⁵³ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.* 1125, sp. 1135 où se posait la question de savoir de quelle source – constitutionnelle ou communautaire – le principe de proportionnalité pouvait être opposable à un acte communautaire (v. notamment les conclusions A. DUTHELLET DE LAMOTTE, *Rec.* 1141, sp. 1149).

⁵⁵⁴ Sur la question d’une primauté absolue ou relative, voir notamment les contributions d’Hélène Gaudin et d’Olivier Dord in GAUDIN H. (dir.), *Droit constitutionnel/Droit communautaire: vers un respect réciproque mutuel?*, Economica, PUAM, 2001, pp. 97s.

⁵⁵⁵ Voir notamment la contribution d’Armin Von Bogdandy, « Constitutional Principles », in VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Modern Studies in European Law, Hart Publishing, 2005, p. 3, sp. 45-46. En substance, l’auteur considère que la reconnaissance d’un principe général de respect de la diversité en droit de l’Union n’est pas opportune.

⁵⁵⁶ Voir MICKLITZ H.-W., DE WITTE B. (ed.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012.

⁵⁵⁷ Sur la flexibilité et la différenciation, voir notamment TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, Hart, 1999 ; DE BURCA G., SCOTT J. (ed.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility ?*, Hart Publishing, 2000 ; DE WITTE B., HANS D., VOS E. (ed.), *The Many Faces of Differentiation in*

interprétés strictement. L'existence encore très prégnante de forces centrifuges sur le plan politique semble naturellement interdire une reconnaissance solennelle et générale des spécificités, donc des identités.

Dans ce contexte, on peut se demander dans quelle mesure l'identité constitutionnelle de l'État membre est également susceptible d'entrer dans le champ même du droit de l'Union européenne, d'exprimer son autonomie par rapport à d'autres concepts clés de ce droit et produire des effets spécifiques.

À titre liminaire, nous devons préciser que le droit de l'Union européenne n'a jamais été étranger à la thématique du respect de l'identité de l'État membre et semble être appelé à l'être de moins en moins. La préoccupation générale des rapports entre les États membres et les Communautés, puis l'Union européenne, n'est pas nouvelle. Ils ont le plus souvent été étudiés sous l'angle de la répartition des compétences⁵⁵⁸, de la souveraineté⁵⁵⁹ ou encore des intérêts nationaux. Dès les débuts de l'intégration communautaire, des craintes ont pu être exprimées quant au risque de perte de la souveraineté, traditionnellement conçue comme l'expression du pouvoir solitaire de décision ultime. On se souviendra notamment de la crise de Luxembourg en 1965. L'identité nationale n'était probablement pas alors l'enjeu déterminant ayant conduit la France à embrasser la politique dite de la « chaise vide ». À l'époque, la question se présentait avant tout sous l'angle des intérêts nationaux et de la souveraineté. Toutefois, on pouvait déjà retrouver indirectement l'identité nationale au cœur des débats les plus épineux concernant la répartition et l'exercice des compétences, les champs d'action de l'Union ou encore les règles de vote. Si un État membre transfère une compétence à l'Union et que cette compétence est régie par le vote à la majorité qualifiée, alors l'identité de cet État est susceptible d'être affectée en ce qu'il peut se trouver dans l'obligation d'appliquer des règles qu'il n'a non seulement pas choisies, mais qui sont également contraires à « l'esprit de ses lois ». En tout état de cause, s'il serait erroné d'avancer que la confrontation avec l'identité nationale n'a jamais été opérée directement, il

EU Law, Intersentia, 2001 ; GUILLARD C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruylant, 2006 ; MARCIALI S., *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007.

⁵⁵⁸ Voir CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Pichon et Durand-Auzias, 1974 ; MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003.

⁵⁵⁹ Ainsi, CHALTIEL F., *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2000.

faut bien admettre que cette entreprise s'est souvent limitée à la dimension culturelle⁵⁶⁰. L'aspect constitutionnel de l'identité nationale a quant à lui été le plus souvent négligé⁵⁶¹.

Ce n'est que relativement récemment que l'identité nationale est devenue saillante *per se*, tendant même à éclipser le traditionnel débat relatif à la souveraineté comme les citations placées en exergue de ce travail en attestent. Cette préoccupation a acquis une ampleur nouvelle au moment de la ratification du traité de Maastricht. Non seulement des politistes ont confronté la construction d'une identité européenne et le respect éventuellement dû aux identités nationales⁵⁶², mais cette dernière notion a pénétré le champ juridique par le biais de son introduction dans le traité relatif à l'Union européenne. Si l'on verra que l'on a pu alors pu assimiler l'identité à une simple clause de style, le débat a rebondi lors de la dernière décennie avec l'émergence de la notion d'identité constitutionnelle de l'État membre. Il est vrai que celle-ci semble présenter un certain potentiel dans la mesure où elle pourrait contribuer, en tant que norme de convergence, à la résolution du conflit normatif entre l'ordre juridique de l'UE et les ordres internes. Afin de vérifier cette hypothèse, nous sommes conduits à nous interroger sur le traitement réservé par le droit de l'Union européenne aux identités constitutionnelles des États membres mais également, de manière prospective, sur les conséquences pratiques et théoriques qui découleraient d'une reconnaissance explicite du respect de ces identités pour l'Union européenne et son droit. S'il ressort de l'analyse que la discrétion caractérise encore la prise en compte des spécificités constitutionnelles nationales par le droit de l'Union européenne (**Titre I**), il apparaît aussi que la notion d'identité constitutionnelle des États membres est appelée, en tant que norme de convergence destinée à fournir une réponse pratique au conflit constitutionnel, à renouveler la réflexion sur le principe de primauté ainsi que sur le type de fédéralisme en cours dans l'Union européenne (**Titre II**).

⁵⁶⁰ V. BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 439s.

⁵⁶¹ Cependant, avant même la ratification du traité de Maastricht, DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits*, n° 14, 1991, p. 87.

⁵⁶² Ainsi, COHEN-TANUGI L., *L'Europe en danger*, Fayard, 1992, pp. 145 s.; SMITH A., « National Identity and the Idea of European Unity » (1992) 68 *International Affairs* 1, p. 55.

TITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPÉCIFICITÉS CONSTITUTIONNELLES NATIONALES PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Au regard de ces enjeux, il apparaît que l'identité constitutionnelle de l'État membre est apparue graduellement en droit de l'Union européenne, d'abord comme concept puis comme notion juridique autonome non exclusivement symbolique (**Chapitre 1**). En l'état actuel du droit, sa reconnaissance, présente à de multiples niveaux, reste limitée et encore impressionniste (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'émergence progressive de la notion d'identité constitutionnelle des États membres en droit de l'Union européenne

Il n'est pas toujours facile de retracer l'émergence de notions en droit. En effet, il est rare de les voir apparaître toute armées. Souvent, leur nom comme leurs traits caractéristiques évoluent. Elles n'échappent pas à un certain phénomène de mode, à « l'air du temps ». En droit de l'Union, la tâche n'est assurément pas simplifiée par le relatif secret des conférences intergouvernementales et par le symbolisme propre à toute construction nouvelle.

Si ce constat vaut pour la notion d'identité constitutionnelle de l'État membre, ceci n'est pas une raison pour ne pas aborder la question de sa genèse. Il apparaît ainsi que l'identité constitutionnelle a d'abord été un concept en gestation (**Section 1**), avant de commencer à se concrétiser en tant que notion autonome du droit de l'Union (**Section 2**)⁵⁶³.

⁵⁶³ Si nous sommes conscients que les esprits philosophes nous contesteront cette distinction instrumentale, nous définissons ici le « concept » comme la représentation mentale générale et abstraite d'un objet tandis que la « notion » est l'expression utilisée pour nommer cet objet. Le « concept » se réfère au signifié (ici, le sens de l'identité constitutionnelle) alors que la « notion » nous renvoie au signifiant et à la terminologie. En toute rigueur, nous reconnaissons que la « notion » renvoie le plus souvent aux idées abstraites également. Cependant, il nous a semblé plus approprié de parler de « notion » plutôt que de nom, de terme ou encore d'expression.

SECTION 1 : UN CONCEPT EMBRYONNAIRE DANS LA DÉCENNIE 1990

Les années 1990 furent marquées par la conclusion des traités de Maastricht et d'Amsterdam. Certes, le traité d'Amsterdam peut paraître plus en retrait par rapport à l'avancée qualitative représentée par le traité de Maastricht. En dépit de la communautarisation d'une partie du troisième pilier et de l'introduction de plusieurs mécanismes de flexibilité, on a en effet pu y voir principalement une entreprise de toilettage, notamment à travers la renumérotation. Pourtant, le traité du 2 octobre 1997 s'avère tout aussi important pour notre objet que celui du 7 février 1992. Si la préoccupation de respect de l'identité nationale est apparue explicitement dans le traité de Maastricht (I), le traité d'Amsterdam a pour sa part contribué à sa relativisation au profit du « commun » (II).

I. LE TRAITÉ DE MAASTRICHT ET LE SOUCI DU SPÉCIFIQUE : L'ARTICLE F.1 TUE

Aux termes de l'article F.1 du traité relatif à l'Union européenne (TUE), « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques ». En l'absence de publications des débats s'étant déroulés en 1992 lors de la Conférence intergouvernementale (CIG) relative à l'Union politique, il est difficile de connaître avec certitude les raisons qui ont conduit à l'introduction de cette disposition dans le traité sur l'Union européenne (A). Toutefois, une comparaison entre le premier et le second projet de traité semble montrer que les Hautes parties contractantes ont préféré faire référence à l'identité nationale plutôt qu'à l'identité constitutionnelle, même si ce dernier concept apparaît en filigrane derrière l'article F.1 (B).

A. L'introduction de l'article F.1 : une réponse aux préoccupations exprimées lors de la Conférence intergouvernementale

Avec le traité de Maastricht, la construction européenne a changé de nature⁵⁶⁴. Non seulement la nouvelle « Union européenne » a acquis des compétences inédites en matière de politique étrangère, de défense, de police et de justice – matières typiquement régaliennes –, mais les États ont également perdu leur souveraineté monétaire ainsi que le monopole de la citoyenneté. Leur pouvoir de veto a également été affaibli du fait de l'extension du vote à la majorité qualifiée et de l'apparition de la procédure de codécision. À cette occasion, il n'est guère étonnant que les États membres de l'UE se soient sentis menacés dans leur qualité d'État et aient donc souhaité introduire une clause dans le traité de Maastricht destinée à les préserver. Il semble que les Britanniques, soutenus en ce sens par les Danois et les Grecs, en soient à l'origine⁵⁶⁵.

Ainsi, aux termes de l'article F.1 TUE tel qu'issu du sommet de Maastricht, « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques ». Une telle formule paraît surprenante à plusieurs égards.

En premier lieu, elle étonne par sa place dans l'économie du TUE. Figurant parmi les « dispositions communes », écrites en lettres d'or sur le tympan de ce qui a pu être décrit comme un temple grec, elle paraît illustrer *une certaine idée de l'Europe*. Ce sentiment semble d'autant plus vrai que la « clause d'identité nationale » est immédiatement suivie de la référence aux droits fondamentaux – dont on sait le statut actuel de principes fondateurs de l'Union européenne. Dans ces circonstances, il apparaît que le respect de l'identité nationale pourrait lui-même partager la condition juridique des droits fondamentaux en Europe.

En deuxième lieu, cette clause étonne par la mention même de l'identité nationale. En effet, tout le projet européen a pour ambition de surmonter les divisions qui ont été funestes à l'Europe et les « Pères fondateurs » – tout comme les penseurs de ce qu'il est convenu d'appeler l'intégration européenne – n'ont pas dissimulé leur souhait de dépasser les clivages

⁵⁶⁴ V. CLOOS J., REINESCH G., VIGNES D., WEYLAND J., *Le traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires*, Bruylant, 1993; DOUTRIAUX Y., *Le traité sur l'Union européenne*, Armand Colin, 1992.

⁵⁶⁵ En ce sens, DOUTRIAUX Y., *op.cit.*, p. 96; WARD I., *A Critical Introduction to European Law*, Lexis Nexis, Butterworths, 2nd ed., 2003, p. 41 ; HILF M., « Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten », in *Gedächtnisschrift für Eberhardt Grabitz*, Beck, 1995, p. 157, sp. 159; CLOOS J. (source: interview).

nationaux, quitte à renforcer des identités régionales considérées comme moins dangereuses⁵⁶⁶. Par ailleurs, on ne comprend pas nécessairement pourquoi il a été décidé de faire référence à l'identité nationale plutôt qu'à la souveraineté ou encore à la personnalité de l'État, surtout si l'on suppose que le but principal était de sauvegarder avant tout la qualité étatique⁵⁶⁷. Ici, trois explications principales peuvent emporter la conviction. D'abord, le concept de souveraineté est particulièrement connoté. Conçu traditionnellement de manière absolue, à la suite de Jean Bodin, Thomas Hobbes ou Carl Schmitt, il a été durablement discrédité comme étant le concept qui aura permis l'expression de la puissance – sans bornes – de l'État au XX^e siècle. Ensuite, la notion d'identité nationale a le mérite d'être suffisamment générale pour renvoyer à l'identité-personnalité de l'État (éventuellement même à sa souveraineté), mais aussi à son identité culturelle et linguistique. En ce sens, plusieurs commentateurs ont insisté sur la dimension culturelle de l'article F.1 en lien avec le Préambule du TUE (respect de la culture des peuples européens) et avec l'article 151 TCE⁵⁶⁸ octroyant à la Communauté une compétence en matière culturelle⁵⁶⁹. Enfin, on ne saurait sous-estimer le pouvoir de la rhétorique et l'utilité des emprunts réciproques. De même que l'on a pu considérer que le langage constitutionnel devait renforcer l'assise de la construction européenne, on peut voir dans le recours nominal à l'identité nationale de l'État l'expression de l'auto-affirmation de l'État membre face au développement d'identités concurrentes vécues comme autant de menaces pour sa pérennité, au premier rang desquelles l'identité européenne et les identités régionales⁵⁷⁰.

En dernier lieu, l'article F.1 surprend par le fait qu'il lie identité nationale de l'État et système démocratique. À elle seule, la formulation de cette disposition ne permet pas de dire si l'interprète doit opérer une lecture séparée ou conjointe des deux fragments de phrase : l'Union doit-elle respecter l'identité nationale des États dont le traité rappelle, de manière purement incidente, le caractère démocratique ; ou bien l'Union doit-elle respecter l'identité

⁵⁶⁶ Voir les *Mémoires* de Jean Monnet ou encore les écrits de Denis de Rougemont, notamment *L'Europe en jeu*, Editions de la Baconnière, 1948.

⁵⁶⁷ Il est significatif que la commission Fouchet prévoyait à l'article 1^{er} de son second projet de traité établissant une Union d'États (dit « plan Fouchet ») que « l'Union est fondée sur le respect de la *personnalité* des peuples et des États membres, l'égalité des droits et des obligations » (souligné par nous).

⁵⁶⁸ Actuellement, article 167 TFUE.

⁵⁶⁹ SIMON D., « Article F » in CONSTANTINESCO V., KOVAR R., SIMON D. (dir.), *Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 81, sp. 89; BLECKMANN A., « Die Wahrung der nationalen Identität im Unions-Vertrag », *JZ*, 1997, p. 265, sp. 268-269; HALTERN U., « Europäischer Kulturkampf. Zur Wahrung „nationaler Identität“ im Unions-Vertrag » (1998) 37 *Der Staat*, p. 590.

⁵⁷⁰ HILF M., SCHORKOPF F., « Artikel 6 EUV », in GRABITZ E., HILF M. (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Beck, 38^e éd., 2009, n° 75.

nationale des États *parce que* ceux-ci sont justement démocratiques et reposent en fin de compte sur des systèmes constitutionnels ? Face à ces questions, des éléments de réponse transparaissent à l'examen des différents avatars pris par la clause d'identité nationale au cours de la négociation du TUE. En effet, si le principe de cette référence ne semble pas avoir fait l'objet de débats, il n'en est pas de même de la formulation de l'article F.1 TUE. C'est à l'aune de ses versions antérieures que ce dernier prend sens.

B. La négociation de l'article F.1 : les germes de l'identité « constitutionnelle » nationale

Dans le cadre de la négociation du traité de Maastricht, les volets relatifs à l'Union économique et monétaire et à l'Union politique ont été séparés. S'agissant de la seconde, quatre projets ont été rédigés : les deux premiers sous présidence luxembourgeoise, les deux autres sous présidence néerlandaise. La clause d'identité nationale, apparue dès le premier projet, a été arrêtée dans sa rédaction finale dans le deuxième *draft* du Luxembourg – en date du 20 juin 1991⁵⁷¹ – et n'a donc vraisemblablement plus été l'objet de discussions par la suite⁵⁷². Cependant, on ne peut passer sous silence l'évolution de la formulation de la clause entre les deux premiers projets.

En effet, dans le projet du 12 avril 1991⁵⁷³, il était prévu, aux termes de l'article D.1, que « l'Union exerce ses compétences dans le respect de l'identité nationale des États membres et de leurs systèmes constitutionnels fondés sur les principes démocratiques ». L'article D.2 était quant à lui rédigé comme suit : « L'Union respecte les droits et libertés fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres et dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Par cette formulation, on note le rapprochement tenté entre identité et constitutions nationales ainsi que l'importance initialement attribuée à ces dernières. L'article D du premier projet luxembourgeois faisait ainsi référence, sinon à la notion, du moins au concept d'identité constitutionnelle de l'État

⁵⁷¹ *Documents Europe*, 5 juillet 1991, n° 1722/1723.

⁵⁷² En ce sens, contrairement aux suppositions de Ian Ward (*op. cit.*, p. 41), il semble que la clause d'identité nationale soit sans rapport avec le débat passionné relatif à la « vocation fédérale » de l'Union, mentionnée à partir du second projet luxembourgeois en juillet 1991. La première est apparue avant que la discussion sur la seconde n'ait lieu. Toutefois, il est à noter que, dans le débat allemand, la clause d'identité nationale ne semble guère faire de différence avec la clause fédérale (cf. HILF M., *op. cit.*, p. 160)

⁵⁷³ *Documents Europe*, 3 mai 1991, n° 1709/1710.

dans la mesure où il reliait expressément l'identité nationale et les « systèmes constitutionnels » des États membres. Ce faisant, il semblait imposer au droit de l'Union européenne le respect des ordres constitutionnels ou plutôt des ordres constitutionnels « fondés sur les principes démocratiques ». Selon nous, la précision n'est pas aussi anodine qu'il n'y paraît. Elle permet de répondre aux interrogations exprimées plus haut. Ainsi, il ressort que l'Union est appelée à respecter l'identité nationale des États, notamment à travers leurs principes et structures constitutionnelles, *parce que – et dans la mesure où –* ces derniers sont censés refléter l'existence d'ordres démocratiques, voire constitutionnalistes (au sens de respectueux de l'État de droit et des libertés fondamentales). Au soutien de cette interprétation, nous nous bornerons à faire remarquer que le second paragraphe renvoyait aux constitutions des États membres comme sources principales des droits fondamentaux protégés en Europe. Il s'inspirait pour cela du Préambule de l'Acte unique européen qui faisait déjà cas des « droits fondamentaux reconnus dans les constitutions des États membres »⁵⁷⁴. Ainsi, l'article D témoignait de la volonté de respecter des constitutions nationales d'abord présentées sous l'angle des droits fondamentaux avec préséance sur les droits et libertés issus de la CEDH⁵⁷⁵.

Ce faisant, il nous permet de déterminer ce que pourraient être les contours de l'identité constitutionnelle de l'État membre en droit de l'Union. En première approximation, le concept recouvrirait l'ensemble des dispositions constitutionnelles identitaires ayant pour objet ou pour limite le respect des droits fondamentaux. Il pouvait ainsi utilement se distinguer de la notion extensive et polémique d'identité nationale. Néanmoins, son acceptabilité politique et juridique restait douteuse dans la mesure où la jurisprudence communautaire avait déjà clairement insisté, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, sur le fait que le droit communautaire ne saurait céder le pas devant les droits fondamentaux constitutionnellement garantis. C'est donc l'éternelle question de la primauté qui explique principalement, selon nous, le revirement ultérieur des négociateurs du traité de Maastricht

⁵⁷⁴ « Décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale. »

⁵⁷⁵ Cette approche des constitutions nationales n'est pas sans nous rappeler l'article 16 DDHC aux termes duquel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ».

qui ont souhaité faire disparaître toute référence aux constitutions nationales dans la version finale de l'article F.1, largement élaguée⁵⁷⁶.

On notera cependant l'apparition *in extremis*, à l'article F.2, de la notion de « traditions constitutionnelles communes » comme source secondaire des droits fondamentaux. Elle ne figurait pas dans le second projet néerlandais et paraît donc être apparue lors du sommet de Maastricht lui-même. Cette formule, tirée de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, fait écho aux « principes communs des constitutions des États membres », mentionnés comme sources principales des droits fondamentaux dans le projet du Parlement européen de traité instituant l'Union européenne, en date du 14 février 1984 (dit *projet Spinelli*). L'article 4, consacré aux Droits fondamentaux, disposait en effet: « 1. L'Union protège la dignité de l'individu et reconnaît à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des *principes communs des constitutions des États membres*, ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁷⁷. » Avec la formule « traditions constitutionnelles communes », les Hautes parties contractantes ont esquivé les constitutions singulières tout en les reconnaissant dans leur dimension patrimoniale partagée. Le traité d'Amsterdam devait accentuer cette tendance favorable au « commun » cinq ans plus tard.

II. LE TRAITÉ D'AMSTERDAM ET LE SOUCI DU COMMUN

Alors que le traité de Maastricht avait introduit le souci du spécifique à travers la mention des identités nationales, le traité d'Amsterdam a quant à lui mis l'accent sur le « commun »⁵⁷⁸ en érigeant les droits fondamentaux comme principes fondateurs de l'UE (A). À sa suite, la clause d'identité nationale semble en être sortie fortement relativisée (B).

⁵⁷⁶ La formule retenue a été édulcorée – voire neutralisée – par la suppression de la mention du champ d'application de l'article F.1, à savoir l'exercice des compétences de l'Union. Le résultat a été une disposition finalement assez générale peinant à se distinguer d'autres principes du droit communautaire

⁵⁷⁷ Souligné par nous. V. le commentaire dans CAPOTORTI F., HILF M., JACOBS F., JACQUE J.P., *Le traité d'Union européenne*, Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 39.

⁵⁷⁸ Pour une étude sur cette question, v. MONJAL P.-Y., NEFRAMI E. (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009.

A. De l'article F.1 à l'article 6.3 TUE : la relativisation du spécifique au profit du commun

Une des principales innovations du traité d'Amsterdam se situe sur le plan des principes (on dira aujourd'hui des valeurs) de l'Union⁵⁷⁹. On connaît en effet la « *saga* » des droits fondamentaux dans l'UE, la CJUE palliant leur absence initiale par leur reconnaissance au titre des principaux généraux du droit communautaire dès l'arrêt *Stauder*⁵⁸⁰. Si l'on excepte le préambule de l'Acte unique européen, les droits fondamentaux ont fait leur entrée dans le droit originaire à l'occasion du traité de Maastricht. En parallèle – voire en contrepoint – de l'article F.1 TUE, l'article F.2 dispose en effet : « L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que principes généraux du droit communautaire ».

Avec le traité d'Amsterdam, les droits fondamentaux ne sont plus seulement des principes généraux du droit, mais ils deviennent des principes fondateurs⁵⁸¹. En effet, aux termes du nouvel article 6.1 TUE, « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux droits des États membres ». Par ailleurs, la méconnaissance de ces principes est désormais sanctionnée politiquement et judiciairement. D'une part, les articles 7 TUE et 309 TCE⁵⁸² prévoient que la violation grave et persistante par un État membre de l'article 6 § 1 TUE peut entraîner la suspension de certains droits dudit État membre. De plus, le respect de ces principes est une condition de l'adhésion de nouveaux États membres (article 49 TUE). D'autre part, en vertu de l'article 46 TUE, la CJCE est formellement reconnue compétente pour connaître des violations des droits fondamentaux.

Cette évolution est loin d'être anodine. Elle souligne un changement de paradigme. Alors que les fondements de la Communauté reposaient depuis 1957 sur les « libertés fondamentales » de nature économique, ils s'appuient désormais sur des principes et valeurs

⁵⁷⁹ Sur le traité d'Amsterdam, voir *Le traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Pedone, 1999, notamment le rapport du professeur Constantinesco sur le renforcement des droits fondamentaux. Aussi, LEJEUNE Y., *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998 ; TELO M., MAGNETTE P., *De Maastricht à Amsterdam, l'Europe et son nouveau traité*, Complexe Bruxelles, 1998 ; RTDE, 1997, numéro spécial (n°4).

⁵⁸⁰ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 26/69, Rec. 419.

⁵⁸¹ Voir notamment MOLINIER J., *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Droit et justice, PUF, 2005. Pour une discussion sur la hiérarchie des normes, impliquée par cette dualité de statut, voir *infra*.

⁵⁸² Art. 354 TFUE.

de nature politique relevant d'un patrimoine constitutionnel commun. Parmi les effets collatéraux de cette évolution figure notamment la relégation de l'identité nationale au troisième paragraphe du nouvel article 6 TUE. On a pu voir ici une « rétrogradation »⁵⁸³ de l'identité nationale au profit de principes communs destinés à garantir une certaine homogénéité⁵⁸⁴. En outre, la formule a été légèrement amendée puisque la référence aux systèmes démocratiques de gouvernement a disparu. Selon certains commentateurs, celle-ci serait devenue « superflue » en raison du nouvel article 6 § 1 TUE⁵⁸⁵ dont les principes sont « absorbés, ingérés, « internalisés » pour être érigés en éléments fondateurs de l'édifice constitué par l'Union et la Communauté⁵⁸⁶. » Si le constat est juste, nous regrettons cependant cette suppression. La référence explicite à la démocratie contribuait selon nous à nuancer la portée de l'identité nationale, rapprochant cette dernière de l'identité constitutionnelle. Toutefois, on pourra voir une telle nuance à l'article 6 § 1 TUE, au prix d'un dépouillement apparent de la clause d'identité nationale.

B. La clause d'identité nationale, un simple « but légitime » ?

Dès son introduction dans le traité de Maastricht, il a pu être soutenu que la clause d'identité nationale ne présentait qu'une portée symbolique. En effet, la doctrine ne s'est que peu intéressée à l'article F.1 TUE. La majorité des experts du droit de l'Union européenne ont soit purement et simplement ignoré cette disposition en n'y voyant qu'une « précision utile »⁵⁸⁷ dans un contexte de « craintes irrationnelles »⁵⁸⁸, soit ne lui ont consacré que des développements minimes, rattachant souvent l'identité nationale à d'autres principes communautaires, tels que la subsidiarité ou la coopération loyale, ou bien à d'autres valeurs substantielles telles que la diversité culturelle.

⁵⁸³ « Auparavant pilier principal de l'Union – du moins en théorie – elle en deviendrait un élément accessoire » (BERTHU G., *Le Traité d'Amsterdam contre la démocratie. Texte intégral comparé et commenté*, Liberté politique, François-Xavier de Guibert, 1998).

⁵⁸⁴ Sur ce concept et ses implications, voir *infra*.

⁵⁸⁵ RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ, 5^e éd., 2006, p. 66.

⁵⁸⁶ SIMON D., « Article 6 », in CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., SIMON D., *Traité d'Amsterdam et de Nice. Commentaire article par article*, Economica, 2007, p. 33.

⁵⁸⁷ CLOOS J., REINESCH G., VIGNES D., WEYLAND J., *op. cit.*, p. 118.

⁵⁸⁸ Cf. le commentaire de Denys Simon in CONSTANTINESCO V., KOVAR R., SIMON D. (dir.), *Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 81-90.

Quant à la Cour de justice des Communautés européennes, elle n'a pas eu maintes fois l'occasion de se prononcer sur la valeur juridique de l'article F § 1 TUE. Á notre connaissance, elle ne l'a fait qu'une seule fois dans un litige relatif à l'accès de non-nationaux à la fonction publique⁵⁸⁹. Conformément à la vision selon laquelle la clause d'identité nationale serait, compte tenu de sa très relative autonomie, au pire une formule politique, au mieux un principe juridique non justiciable, la CJCE a considéré que le respect de l'identité nationale des États membres ne constituait qu'un « but légitime » et n'avait donc pas vocation à être mis en balance avec d'autres principes de l'Union européenne.

Dans cette affaire, le Grand-Duché du Luxembourg, opposé à la Commission, soutenait que les emplois dans le secteur de l'enseignement public ne devaient être ouverts qu'aux Luxembourgeois. Il s'appuyait notamment sur l'ancien article 11, alinéa 2 de la Constitution du Luxembourg aux termes duquel « seuls les Luxembourgeois sont admissibles aux emplois civils et militaires ». Or, en vertu de la libre circulation des travailleurs, prévue à l'article 48 du traité CE, le principe est que toute discrimination en raison de la nationalité est prohibée. Par exception, la nationalité peut rester une des conditions de l'accès à l'emploi si et seulement si les fonctions envisagées participent de l'exercice de la puissance publique ou de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État⁵⁹⁰. En d'autres termes, seul l'exercice de la puissance publique peut justifier une dérogation, sur la base de la nationalité, au principe de libre circulation des travailleurs. En aucun cas n'y a-t-il d'autres motifs de dérogations possibles. Or, étant donné que les emplois dans le secteur de l'enseignement ne relèvent pas dans leur ensemble de la puissance publique, le Gouvernement luxembourgeois a soulevé le moyen tiré de la méconnaissance de la clause d'identité nationale pour tenter de justifier une dérogation pour tout le secteur. Il soutient en effet que, « eu égard à [sa] superficie et à sa situation démographique spécifique », la transmission des valeurs traditionnelles – autrement dit le respect de l'identité nationale – ne peut être assurée que par des enseignants de nationalité luxembourgeoise⁵⁹¹ ». Or, la Cour, s'en tenant à sa jurisprudence traditionnelle, refuse de valider un raisonnement qui conduirait à étendre les cas de dérogation aux libertés fondamentales du marché intérieur. Toute exception doit non seulement rester d'interprétation stricte mais elle ne doit pouvoir être justifiée que dans les cas expressément prévus par chacune des dispositions relatives aux libertés. On comprend en effet que la Cour soit

⁵⁸⁹ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg*, C-473/93, *Rec. I-3207*.

⁵⁹⁰ Voir Art. 48 alinéa 4 TCE tel qu'interprété par CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 49/79, *Rec. 3881*.

⁵⁹¹ Point 32.

particulièrement réticente à consacrer une exception aussi générale que celle du respect de l'identité nationale, par crainte d'une contagion – funeste pour la réalisation du marché intérieur – à l'ensemble des libertés économiques. Ceci serait en effet de nature à placer la sauvegarde de l'identité nationale au-dessus des libertés économiques. Or, une telle hiérarchie des principes était à l'époque peu probable. Elle ne l'est d'ailleurs pas plus aujourd'hui lorsque l'on constate que la Cour hésite à donner la préférence aux droits sociaux, tels que l'action collective, sur les libertés du marché intérieur alors même que les droits fondamentaux font partie des principes fondateurs de l'Union européenne⁵⁹².

Toutefois, la CJCE jugea, dans son considérant 35, que dans un secteur comme celui de l'enseignement, l'exclusion des ressortissants des autres États membres de l'ensemble des emplois de ce secteur ne saurait certes être justifiée par des considérations relatives à la sauvegarde de l'identité nationale mais que cet intérêt, dont la sauvegarde est légitime – ainsi que le reconnaît l'article F paragraphe 1 du traité sur l'Union européenne – doit pouvoir être utilement préservé par des moyens autres que l'exclusion générale. En l'espèce, la Cour note que les ressortissants des autres États membres doivent, comme les ressortissants nationaux, remplir toutes les conditions exigées pour le recrutement, notamment celles tenant à la formation, à l'expérience et aux connaissances linguistiques. Dans ces conditions, l'identité nationale est suffisamment préservée sans qu'il ne soit nécessaire de réserver l'accès à l'enseignement aux seuls Luxembourgeois.

On constate donc que la CJCE a pris en compte, dans cette décision isolée, l'article F § 1 TUE. Ce dernier a donc non seulement une valeur politique mais aussi juridique. Toutefois, la Cour n'a pas accepté de consacrer un principe susceptible d'être mis en balance avec les libertés économiques ou, par hypothèse, avec les droits fondamentaux. Elle a fait ici prévaloir conjointement le principe essentiel de non-discrimination et le principe de proportionnalité en jugeant que le respect de l'identité nationale ne peut, en l'espèce, conduire à l'exclusion à titre général des ressortissants d'un autre État membre. Il apparaît donc que le contrôle que la Cour est susceptible d'exercer ne peut aller au-delà d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou, plus précisément, de la violation manifeste de l'identité

⁵⁹² Nous pensons ici plus particulièrement aux jurisprudences *Viking* et *Laval* : CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Worker's Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP*, C-438/05, *Rec. I-10779*; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c/Svenska Byggnadsarbetareförbundet et autres*, C-431/05, *Rec. I-11767*. V. RODIERE P., « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTDE*, 2008, 1, p. 47. V. *infra*.

nationale. Ce constat peut être appelé à changer compte tenu de l'évolution récente des préoccupations relatives à l'identité de l'État membre.

SECTION 2 : UNE NOTION APPARUE AU TOURNANT DU SIÈCLE

Si le concept d'identité constitutionnelle de l'État membre était déjà sous-jacent dans le traité de Maastricht, les premières apparitions de l'expression en droit de l'Union remontent aux débats ayant conduit à l'adoption du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Cependant, il est à noter que la doctrine parlait alors d'identité constitutionnelle pour donner forme à l'Union européenne elle-même. Comme on le sait, l'identité européenne a toujours été en débat chez les politiques comme chez les philosophes et les historiens. On pourrait penser que cette thématique échappe aux juristes. Il n'en est rien, l'idée étant que l'intégration peut également se faire par le droit⁵⁹³. En l'absence d'*ethnos* européen, on a effectivement cherché à penser un éventuel *demos* européen. C'est dans ce contexte qu'est apparue la notion d'identité constitutionnelle européenne⁵⁹⁴. À la suite de Jürgen Habermas, l'idée a été avancée que la constitutionnalisation formelle de l'Europe pouvait favoriser l'émergence d'une conscience européenne, d'un sentiment d'appartenance conditionnant la sincérité de l'expression démocratique. On a pensé reproduire la geste américaine en mettant en avant le « moment constitutionnel » destiné à légitimer le projet politique européen. L'idée sous-jacente – d'inspiration post-moderne et post-nationale – était que le constitutionnalisme, fondé sur les droits fondamentaux, l'État de droit ou encore la limitation du pouvoir pouvait être source d'identification et souligner la spécificité de la construction européenne. Sur les modèles américain, allemand ou encore est-européen, les peuples européens allaient développer un attachement moins émotionnel et plus rationnel à l'égard de l'UE. En d'autres termes, identité constitutionnelle et patriotisme – par hypothèse constitutionnel - devaient aller de pair. Or, si l'échec du traité constitutionnel semble avoir mis entre parenthèses l'idée d'une identité constitutionnelle de l'Union, le vocabulaire européen n'a pas évacué cette notion mais l'a appliquée à l'État membre.

⁵⁹³ Voir CAPPELLETTI M., SECCOMBE M., WEILER J.H.H., *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter, 1986 (on se reportera notamment à l'introduction générale, dans ses pages 24 à 60); CONSTANTINESCO V., « L'Union européenne: par le droit vers le politique? Ad augusta per angusta? », in DUPRAT G. (dir.), *L'Union européenne: droit, politique et démocratie*, Politique d'aujourd'hui, PUF, 1996, p. 175; JACQUE J.-P., « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, I/1991, p. 119.

⁵⁹⁴ Voir *supra* pp. 18-19.

Alors que le traité d'Amsterdam semblait reléguer la question du respect de l'identité nationale, le débat sur le traité constitutionnel l'a en effet remise au premier plan, sous des modalités relativement nouvelles puisque l'identité de l'État a été rattachée aux structures constitutionnelles et politiques de celui-ci. À sa suite, le discours de l'identité constitutionnelle de l'État membre semble avoir pris le pas sur celui de l'identité nationale, plusieurs auteurs et avocats généraux n'hésitant pas à employer cette notion (I). Si l'on pourrait voir dans cette évolution une simple coquetterie terminologique sans réelle portée, elle comporte selon nous des implications sémantiques. L'identité constitutionnelle de l'État membre apparaît en effet comme étant une notion juridique autonome (II).

I. UNE NOTION RESULTANT DES TRAITÉS

Si la notion d'identité constitutionnelle de l'État membre a été déduite du droit originaire par la doctrine (A), on ne la trouve pour le moment que sous la plume des avocats généraux près la CJUE (B).

A. Des articles I.5. TECE et 4 TUE (version Lisbonne) à la notion d'identité constitutionnelle de l'État membre

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE), signé à Rome le 29 octobre 2004, a pu être vu comme représentant un saut qualitatif en direction de l'État fédéral, voire du « super-État » européen. Or, la réalité est plus complexe. Certes, le traité établissait une Constitution, il plaçait les droits fondamentaux au frontispice du projet européen à travers la Charte des droits fondamentaux, il reconnaissait des valeurs et des symboles pour l'Europe et il ancrant le principe de primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres. Dans le même temps cependant, il introduisait, dans le titre I de la Partie I relatif à la définition et aux objectifs de l'Union, une disposition consacrée aux relations entre l'Union et les États membres. Aux termes de l'article I-5 TECE :

« 1. L'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et

constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle 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.

2. 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 de la Constitution.

Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant de la Constitution ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. »

Non seulement nous avons vu que cette disposition n'a pas été ignorée par les juridictions constitutionnelles nationales, mais elle apparaît forte de sens pour le droit de l'Union européenne. En effet, la doctrine a pu y voir « la charte d'un véritable statut de l'État en droit communautaire », l'expression d'un « interétatisme renaissant »⁵⁹⁵ reflétant la « philosophie politique de l'Union »⁵⁹⁶. » L'article I.5 « participe de la définition de l'Union (...). Il propose un élément important de définition juridique de ce qu'est une Union d'États, pour ne pas dire une fédération d'États nations »⁵⁹⁷. » Trois ans plus tard, le traité de Lisbonne semble confirmer ces jugements dans l'article 4 TUE, relevant – de manière moins ambitieuse – des « dispositions communes ». Il reprend en effet in extenso l'article I.5 TECE, opérant seulement une addition au titre du premier paragraphe : « Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

À Rome comme à Lisbonne, il est notable que la clause d'identité nationale occupe une place de choix dans l'économie des traités et s'est transformée en clause d'identité constitutionnelle. D'une part, alors que le respect de l'identité de l'État membre se trouvait

⁵⁹⁵ BLUMANN C., DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, Litec, 3^e éd., 2007, p. 73.

⁵⁹⁶ *Ibid.* 35 et 50.

⁵⁹⁷ BLANQUET M., « Article I-5 », in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Tome 1, Bruylant, 2005, p. 100. L'auteur ajoute que la définition complète de cette fédération d'États-nations serait fournie par l'ensemble des articles I.1 (établissement de l'Union), I-5 à I-7 (primauté et personnalité juridique). Nous serions tenté pour notre part d'y inclure l'ensemble du titre I, notamment les valeurs et les symboles de l'Union, mais également le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et les objectifs de l'Union.

plus en retrait lors des négociations d'Amsterdam, il acquiert une visibilité certaine par sa position privilégiée. On sait à quel point les préambules et les premiers articles de textes juridiques sont importants⁵⁹⁸. D'une part, ils reflètent la philosophie générale et exposent les principes directeurs de ces textes. D'autre part, ils en commandent souvent l'interprétation⁵⁹⁹. Dans le traité constitutionnel, l'article I-5 avait été placé avant le principe de primauté. Dans le traité de Lisbonne, il apparaît dès l'article 4 TUE. Dans les deux cas, le respect de l'identité de l'État membre est cependant énoncé après les « valeurs de l'Union » sur lesquelles l'Union européenne trouve son fondement, laissant entrevoir une certaine hiérarchie entre ce qui constitue l'identité constitutionnelle de l'Union et l'identité de l'État membre⁶⁰⁰. D'autre part, la clause d'identité nationale s'est enrichie et transformée en clause d'identité constitutionnelle. En effet, les précisions apportées par le traité constitutionnel et par le traité de Lisbonne donnent un tour plus juridique à la clause d'identité de l'État membre et nous rappellent le premier projet luxembourgeois de traité sur l'union politique. D'un côté, l'article I-5 TECE était explicitement relatif aux relations de l'Union et des États membres et mentionnait les grands principes juridiques régissant ces relations. D'un autre côté, l'identité nationale respectée par l'Union est celle « inhérente » aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles⁶⁰¹. Dans les deux cas, il apparaît que l'interprétation culturaliste et ethnique de l'identité nationale cède le pas à l'approche juridique, civique ou institutionnaliste⁶⁰². C'est dans ce contexte que la doctrine a commencé à parler d'« identité constitutionnelle » de l'État membre, s'appuyant expressément sur les dispositions du droit originaire. Parmi les acteurs du droit de l'Union européenne, seuls les avocats généraux ont osé faire appel à une telle notion, sans toutefois la définir précisément.

⁵⁹⁸ V. *supra* pp. 143-145.

⁵⁹⁹ CJCE, 21 juin 1958, *Groupements des hauts fourneaux et aciéries belges*, aff. 8/57, *Rec.* 229; CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 3; CJCE, 21 février 1973, *Europemballage*, aff. 6/72, *Rec.* 215; CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. 36/74, *Rec.* 1405 A propos du préambule de la Charte des Nations Unies, voir CIJ, 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Rec.* 1984, 428.

⁶⁰⁰ V. *infra* pp. 372s.

⁶⁰¹ Si les versions anglaise et italienne retiennent également le terme « inhérent », la version allemande parle d'une identité qui trouve son expression dans ces structures juridico-politiques (*zum Ausdruck kommt*).

⁶⁰² « L'interprétation institutionnelle semble être la plus importante », selon le professeur Ponthoreau (PONTHOREAU M.-C., « Interpretations of the National Identity Clause: The Weight of Constitutional Identities on European Integration », in BARONCELLI S., SPAGNOLO C., TALANI L.S. (ed.), *Back to Maastricht: Obstacles to Constitutional Reform within the EU Treaty (1991-2007)*, Cambridge Scholars Publishing, 2008, p. 51, sp. 55.

B. Les références inédites de la CJUE à l'identité constitutionnelle de l'État membre

La notion d' « identité constitutionnelle de l'État membre » sent la poudre⁶⁰³. Si son potentiel explosif n'a pas empêché certains avocats généraux d'interpréter la clause d'identité nationale comme imposant la prise en compte de l'identité « constitutionnelle » des États membres par le droit de l'Union européenne (1), la Cour n'a légitimement pas encore manifesté la même audace (2).

1) *L'audace des avocats généraux : les affaires Marrosu, Michaniki et Alpe Adria Energia*

À l'image des rapporteurs publics du Conseil d'État, les avocats généraux près la CJUE ont pour fonction de présenter, dans des conclusions motivées, un point de vue juridique indépendant et impartial sur la solution à apporter au litige. Leur expertise et leur audace font qu'ils sont les acteurs principaux des revirements ou des infléchissements de jurisprudence⁶⁰⁴. On comprendra dès lors que l'utilisation d'une nouvelle notion dans leurs conclusions n'est pas anodine même si elle peut rester sans suites immédiates.

L'apparition de l'expression d'identité constitutionnelle de l'État membre de l'UE remonte à 2005. Elle figure en effet dans les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans les affaires jointes *Marrosu/Sardino* et *Vassalo*⁶⁰⁵. Était en cause dans ces litiges italiens le principe constitutionnel d'accès à l'emploi dans les administrations publiques par la voie du concours⁶⁰⁶, lu à la lumière des exigences d'impartialité et d'efficacité de l'administration (articles 3 et 97 de la Constitution italienne). En l'espèce, ce principe était confronté à la directive 1999/70/CE ayant pour objet de prévenir, de diverses manières, les abus résultant de

⁶⁰³ Le professeur Simon a pu parler du « venin » de la notion d'identité constitutionnelle de la France (SIMON D., « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, n°3, mars 2007, étude 3).

⁶⁰⁴ Voir de manière générale CLEMENT-WILZ L., *La fonction de l'avocat général près la Cour de Justice*, Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2011.

⁶⁰⁵ Conclusions présentées le 20 septembre 2005, sous CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino c/Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova, Vassalo c/Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova*, C-53/04 et C-180/04, *Rec. I-7213*.

⁶⁰⁶ Distinguer de CJCE, 9 septembre 2003, *Burbaud*, C-285/01, *Rec. I-8219* (où était en question non pas le mode de recrutement par concours en soi mais l'entrave disproportionnée à la libre circulation des travailleurs qui pouvait en résulter).

l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs. La directive prévoyait notamment l'éventuelle requalification des contrats à durée déterminée successifs en contrat à durée indéterminée sans qu'une telle requalification ne soit obligatoire, la directive laissant en effet au législateur national une certaine discrétion quant aux mesures concrètes à adopter. Or, le droit italien comportait une réglementation contradictoire. Alors qu'un décret-loi antérieur excluait la requalification dans le secteur public tout en envisageant une réparation pécuniaire en cas d'abus, le décret-loi de transposition prévoyait une telle requalification sans préjudice de la nature publique ou privée du secteur concerné. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle italienne s'était prononcée en faveur de la constitutionnalité de cette législation antérieure sur la base des articles 3 et 97 précités. Dans ce contexte, la question qui se posait au juge italien était de savoir si la directive s'opposait ou non à la réglementation antérieure au décret-loi de transposition.

Pour l'avocat général – relativement laconique :

« Sans doute doit-on reconnaître aux autorités nationales, et notamment aux juridictions constitutionnelles, la responsabilité de définir la nature des spécificités nationales pouvant justifier une telle différence de traitement. Celles-ci sont, en effet, les mieux placées pour définir l'identité constitutionnelle des États membres que l'Union européenne s'est donnée pour mission de respecter [au titre de l'article 6.3 TUE]. Il reste, toutefois, que la Cour a pour devoir de vérifier que cette appréciation est conforme aux droits et aux objectifs fondamentaux dont elle assure le respect dans le cadre communautaire » (point 40).

Sur cette base – et sans faire toutefois référence à la dimension constitutionnelle des deux affaires – la Cour accepte de valider la réglementation nationale dans la mesure où cette dernière comporte une autre mesure effective (en l'espèce, le recours indemnitaire) destinée à sanctionner un recours abusif aux contrats à durée déterminée successifs.

En 2008, c'est encore sous la plume de l'avocat général Poiares Maduro que l'on retrouve non seulement la mention de « l'identité constitutionnelle de l'État membre » mais d'un « devoir de respect » de celle-ci. Dans l'affaire *Michaniki*⁶⁰⁷, les conditions d'attribution de marchés publics étaient contestées. D'un côté, l'article 14 § 9 de la Constitution grecque –

⁶⁰⁷ CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, C-213/07, *Rec.* I-9999 (conclusions POIARES MADURO présentées le 8 octobre 2008), chr. GAUDIN H., *RDP*, n°6-2009, p. 1769; chr. DUBOS O., *JCP A*, n°30, 20 juillet 2009, p. 2189 ; chr. BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., *AJDA* 2009, p. 252 ; note KOSTA V. (2009) 5 *EuConst* 3, p. 501.

introduit peu de temps avant dans le texte constitutionnel afin d'éviter corruption et conflits d'intérêts – prévoyait une présomption irréfragable d'incompatibilité entre la qualité de propriétaire ou d'actionnaire majeur d'une entreprise de médias d'information et, dans le même temps, d'une entreprise de travaux publics, cette interdiction s'étendant à toutes personnes faisant office d'intermédiaire. D'autre part, la directive 93/97/CEE, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, ne prévoyait pas ce cas d'incompatibilité au titre des causes d'exclusion. Il s'agissait alors de savoir, d'une part, si le droit constitutionnel national pouvait ajouter des motifs d'exclusion non prévus par une directive, d'autre part, si ce faisant, le droit constitutionnel national poursuit des objectifs compatibles avec ceux du droit communautaire. Selon l'avocat général Poiares Maduro, qu'il convient ici de citer *in extenso* :

« Il est vrai que le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir. Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950 qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États. Preuve en est qu'il fut énoncé pour la première fois explicitement à l'occasion d'une révision des traités, dont les avancées sur les voies de l'intégration qu'elle prévoyait ont rendu nécessaire aux yeux des constituants son rappel (...). L'identité nationale visée comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre. Le confirmerait s'il en était besoin, l'explicitation des éléments de l'identité nationale tentée par l'article I-5 de la Constitution pour l'Europe et de l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union tel qu'issu du traité de Lisbonne. Il appert, en effet, du libellé identique de ces deux textes que « l'Union respecte l'identité nationale (des États membres), inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles. » (point 31)⁶⁰⁸

Enfin, le langage de l'identité constitutionnelle a également été utilisé par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Alpe Adria Energia*⁶⁰⁹. Si le litige concernait à titre principal la nécessité ou non de procéder à l'évaluation de l'incidence d'un projet de ligne de transport d'énergie sur l'environnement, il mettait également en cause la notion de juridiction au sens de l'article 234 TCE (article 267 TFUE). Se posait en effet la question de la recevabilité d'un renvoi préjudiciel opéré par l'*Umweltsenat*, un organe parajudiciaire

⁶⁰⁸ Pour de plus amples commentaires sur le fond, v. *infra* pp. 306-309.

⁶⁰⁹ Conclusions présentées le 25 juin 2009, sous CJUE, 10 décembre 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08, *Rec. I-11525*.

autrichien ayant pour mission de statuer sur les recours contre les décisions prises par l'administration chargée de l'environnement (*Umweltverwaltung*). En effet, en vertu d'une jurisprudence traditionnelle, la Cour est réticente à reconnaître la qualité pour agir de tels organes qui ne relèvent pas formellement du pouvoir judiciaire⁶¹⁰. Elle reconnaît des exceptions lorsque les décisions de ces entités ne sont pas susceptibles de recours ou bien lorsque leurs fonctions judiciaires résultent d'une règle formellement ou matériellement constitutionnelle. Dans le champ de ces exceptions, la Cour va examiner de manière rigoureuse le respect des critères tirés de l'origine légale, du principe du contradictoire, de la permanence, de l'indépendance et de l'impartialité de l'organe en cause. Or, en l'espèce, l'avocat général note que l'existence ainsi que l'indépendance de l'*Umweltsenat* sont prévues par l'article 11 paragraphe 7 de la Constitution autrichienne. Il remarque que les critères précités sont globalement remplis. De manière originale, il souligne également la nécessité de montrer une certaine « déférence » à l'égard des diverses conceptions de la fonction juridictionnelle d'un État membre à l'autre (point 36). Il s'appuie pour ce faire sur l'évolution de la justice administrative en Europe, sans cesse plus indépendante du pouvoir exécutif (points 44 à 46)⁶¹¹ ainsi que sur « l'identité et l'autonomie constitutionnelle nationale que la Cour respecte⁶¹² », « conformément à l'article 6 § 3 TUE » (point 47 et note 32)⁶¹³.

Dans ces trois affaires, on constate donc l'audace de certains avocats généraux⁶¹⁴. Le contraste est notable avec la prudence de la Cour qui n'a encore jamais recouru à la notion d'« identité constitutionnelle de l'État membre ».

⁶¹⁰ V. CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, C-61/65, *Rec. I-377*; CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, *Rec. I-4961*; CJCE, 21 mars 2000, *Gabalfrisa SL et autres*, C-110/98 à C-147/98, *Rec. I-1577*; CJCE, 30 mai 2002, *Walter Schmid*, C-516/99, *Rec. I-4573*; CJCE, 31 mai 2005, *Syfait e.a. et autres*, C-53/03, *Rec. I-4609*; CJCE, 18 octobre 2007, *KommAustria c/ Österreichischer Rundfunk*, C-195/06, *Rec. I-8817*.

⁶¹¹ L'avocat général cite notamment le cas français, dans lequel la juridiction administrative ne relève pas formellement de l'autorité judiciaire mais dont on ne contesterait pas le caractère d'organe juridictionnel au sens de l'article 234 TCE (point 35).

⁶¹² L'avocat général ajoute que « la Cour admet que les États de l'Union sont souverains quant à la définition de la composition et de la répartition des pouvoirs voulue par leurs Constitutions (...) selon un schéma légitime d'organisation institutionnelle que le droit communautaire ne conteste pas ».

⁶¹³ En l'espèce, comme l'indique le point 36, l'identité constitutionnelle nationale est rattachée au principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. Il s'agit de « défendre l'autonomie institutionnelle des États membres » et d'« ouvrir l'accès à l'article 234 afin d'accueillir les traditions constitutionnelles communes ». On ne comprend guère ici la référence à la fois à l'autonomie et aux traditions constitutionnelles communes.

⁶¹⁴ Même si la notion d'identité constitutionnelle de l'État membre n'apparaît pas, on pourrait également citer les conclusions de Juliane KOKOTT présentées le 8 mai 2008, sous CJCE, 11 septembre 2008, *UGT-Rioja et autres c/ Juntas Generales del Territorio Historico de Vizcaya et autres*, C-428/06 à C-434/06, *Rec. I-6747* ; note KOVAR J.-P., *D. adm.* N° 12, décembre 2008, 38. L'avocat général déduit en effet de l'article 6.3 TUE que « l'Union ne porte pas atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État membre » (point 54).

2) La relative prudence de la Cour

Pour diverses raisons, la Cour semble encore très réticente à évoquer l'« identité constitutionnelle » de l'État membre. En effet, dans les trois affaires précitées, la CJUE n'en a pas fait mention. La seule occurrence qui s'en rapproche se trouve dans l'affaire opposant l'Espagne au Royaume-Uni à propos du droit de vote des résidents de Gibraltar aux élections européennes⁶¹⁵. En l'espèce, à la suite du célèbre arrêt *Matthews* de la CEDH⁶¹⁶, le Royaume-Uni a décidé d'octroyer le droit de vote non seulement aux citoyens britanniques mais également aux *ressortissants du Commonwealth qui résidaient à Gibraltar mais ne possédaient pas la citoyenneté de l'Union* (ci-après QCC⁶¹⁷). Or, l'Espagne soutient que la législation britannique violerait notamment les règles relatives à la citoyenneté européenne, notamment les articles 17 et 19 TCE (art. 20 et 22 TFUE). Le droit de vote aux élections européennes serait réservé aux seuls citoyens européens en vertu des articles 189 et 190 TCE (art. 14 TUE). Par transitivité, seuls les ressortissants de l'un des États membres devraient pouvoir voter. Pour sa part, le Royaume-Uni met en avant des raisons historiques pour en conclure que « l'octroi du droit de vote aux QCC serait considéré comme faisant partie de *la tradition constitutionnelle du Royaume-Uni*.⁶¹⁸ » Quant à la Commission, il est à noter qu'elle est intervenue au soutien du défendeur, arguant elle aussi de la « tradition constitutionnelle du Royaume-Uni » (point 53), des « liens historiques particuliers » (point 55). Elle va même jusqu'à faire valoir que, « si la notion de citoyenneté est fondamentale pour l'Union, il en va de même de l'engagement de l'Union de respecter l'identité nationale de ses membres » (point 58). Autrement dit, la « gardienne des traités » déconnecte citoyenneté européenne et droit de vote aux élections au Parlement européen au lieu de retenir une conception libérale de l'acquisition de la citoyenneté européenne. Pour la Cour, rien dans les traités ne détermine en effet les titulaires du droit de vote aux élections européennes, cette matière relevant de la « compétence de chaque État membre dans le respect du droit communautaire » (point 78). Reprenant non seulement l'argumentation mais également la terminologie du Royaume-Uni et de la Commission, elle juge que, « pour des raisons liées à sa tradition constitutionnelle »

⁶¹⁵ CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni*, C-145/04, *Rec.* I-07917 ; comm. KAUFF-GAZIN F., *Europe* n°11, novembre 2006, p. 300. V. aussi BURGORGUE-LARSEN L., « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricontinentaire. Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne », *RTDE*, 2007, 1, p. 25. Cette affaire est d'autant plus intéressante qu'il est à noter que les recours en manquement d'État à État sont très rares compte tenu de leur sensibilité politique évidente.

⁶¹⁶ CEDH, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, *Rec.* 1999, I, 305.

⁶¹⁷ *Qualifying Commonwealth Citizens*.

⁶¹⁸ Point 46 du jugement (souligné par nous).

(points 63 et 79), le défendeur est en droit d'octroyer le droit de vote aux ressortissants du Commonwealth résidant à Gibraltar.

Cette décision, contribuant à une fragmentation de la citoyenneté européenne au nom de traditions constitutionnelles spécifiques aux États membres, surprend à plusieurs titres. En premier lieu, on remarquera que, dans cette affaire, la Cour a été plus audacieuse que l'avocat général Tizzano, celui-ci n'ayant absolument pas relevé l'existence d'une tradition constitutionnelle. On peut ici penser que la position de la Commission, le caractère sensible de la question ainsi que la compétence étatique en matière électorale ont certainement dû influencer le résultat du litige. En second lieu, parler de « tradition constitutionnelle » à propos d'un État membre sans Constitution écrite n'est pas banal. Il apparaît que la Cour aurait pu tout aussi bien s'en tenir à l'identité ou à la tradition nationale britannique sans s'aventurer sur le terrain constitutionnel. Certes, elle pourrait s'appuyer sur la notion communautaire de « traditions constitutionnelles communes ». Toutefois, non seulement elle ne mentionne ces dernières à aucun moment, mais ces traditions n'ont à première vue rien de « constitutionnel » et encore moins de « commun ». Au soutien de cette formulation, on pourrait à la limite avancer que le droit de vote relève des droits fondamentaux dont la source peut se trouver, en droit communautaire, dans les traditions constitutionnelles des États membres. Celles-ci n'en restent pas moins spécifiques, sauf à considérer que la tradition commune se trouverait dans la libre détermination des règles de vote. En dernier lieu, cette décision surprend car elle semble privilégier les traditions constitutionnelles des États membres au détriment d'une conception unitaire de la citoyenneté européenne. Il était pourtant possible de préserver les deux. En effet, en vertu de la déclaration n°2 relative à la nationalité d'un État membre, annexée à l'acte final du traité sur l'Union européenne, « les États membres peuvent préciser quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme leurs ressortissants aux fins poursuivies par la Communauté ». Sur cette base, la Cour aurait peut-être pu adopter une conception large de la nationalité au sens de l'article 17 TCE (art. 20 TFUE) et juger que, par transitivité, les ressortissants du Commonwealth résidant en Europe étaient eux-mêmes citoyens de l'Union en vertu de la tradition constitutionnelle britannique. Une telle approche aurait, selon nous, donner plus de sens à l'affirmation selon

laquelle la définition des titulaires du droit de vote relève du droit constitutionnel national « dans le respect du droit communautaire⁶¹⁹ ».

Dans tous les cas, il est déjà remarquable que la Cour ait évoqué le respect d'une « tradition constitutionnelle nationale » afin de justifier une législation qui pouvait apparaître incompatible avec les règles relatives à la citoyenneté de l'Union. Cette référence est encore plus remarquable du fait que la Cour aurait pu se contenter de fonder son jugement sur le pouvoir discrétionnaire, la marge d'appréciation ou simplement la compétence de l'État en matière électorale. Ceci semble souligner que la notion d'identité constitutionnelle de l'État membre est une notion autonome.

II. UNE NOTION JURIDIQUE AUTONOME

L'évocation ponctuelle d'une notion ne garantit pas son autonomie. De la même façon que les clauses d'identité nationale contenues dans les traités de Maastricht et d'Amsterdam ont souvent été vues comme des formules politiques et symboliques, l'article I-5 § 1 TECE a également pu être considéré sans valeur juridique *per se*. Ainsi, on peut lire qu'il serait « essentiellement déclamatoire » et viserait à « affirmer des principes existentiels destinés à guider l'interprétation de la Constitution (...) ou prévenir toute inquiétude au regard d'une portée « étaticide » de celle-ci⁶²⁰. » Si le contenu symbolique de cette disposition ne peut être nié, il ne faut pas négliger son potentiel juridique, notamment compte tenu de sa nouvelle formulation. À cet égard, l'examen de l'article 4 TUE (version Lisbonne) dans le texte et dans le contexte est riche d'enseignements.

Quelque soit l'interprétation que la Cour retiendra, il apparaît que les précisions de l'article 4 TUE confirment la spécificité de la clause d'identité nationale en tant que clause d'identité constitutionnelle. En effet, l'identité nationale est désormais explicitement et immédiatement rattachée aux « structures fondamentales politiques et constitutionnelles » auxquelles elle serait « inhérente ». Cette formulation ne pêche pas par un excès de limpidité. Elle semble indiquer que les constitutions internes sont l'expression de l'identité et des

⁶¹⁹ Pour une évolution jurisprudentielle dans le sens d'un plus grand respect du droit communautaire et de la citoyenneté européenne en cas de retrait de la nationalité, voir récemment CJCE, 2 mars 2010, *Rottmann c/ Freistaat Bayern*, C-135/08, *Rec.* I-1449.

⁶²⁰ V. BLANQUET M., « Article I-5 », *op. cit.*, p. 101.

valeurs nationales. Si ceci ne fait aucun doute⁶²¹, une interprétation plus « structuraliste » - et minimaliste – n’est pas à exclure, nous ramenant à l’organisation de l’État et des pouvoirs publics. L’approche structuraliste pourrait elle-même être mitigée par une vision plus substantielle et moins institutionnelle. Les structures fondamentales peuvent en effet renvoyer aux assises matérielles des constitutions, aux grands principes fondateurs sous-tendant l’existence des ordres juridiques nationaux, en d’autres termes aux « infrastructures » de ces ordres⁶²². Compte tenu de sa spécification à travers le langage constitutionnel, l’identité nationale prend donc une coloration plus juridique, au risque cependant de se confondre avec des concepts connexes.

En effet, l’identité constitutionnelle est cernée par des principes qui se réfèrent implicitement aux relations entre l’Union et les États membres. Elle peut même sembler noyée au milieu des principes des compétences attribuées, de l’égalité des États membres, de respect des fonctions essentielles de l’État et de la coopération loyale. La question de son autonomie se pose là de manière aiguë dans la mesure où ces principes ont pu être perçus comme absorbant les considérations de respect de l’identité constitutionnelle des États membres. Alors que les trois premiers nous renvoient à la thématique générale du respect de la souveraineté de l’État (A), le principe de coopération loyale – très spécifique à la construction communautaire – devra être examiné en tant que tel (B) afin de déterminer dans quelle mesure le respect de l’identité constitutionnelle se confond avec l’un ou l’autre.

A. Identité constitutionnelle et souveraineté de l’État

Dans de multiples études consacrées aux rapports entre l’Union européenne et ses États membres, le concept de souveraineté de l’État se trouve au centre du débat, notamment en France⁶²³. Il n’est ainsi pas anodin que les plus eurosceptiques répondent au nom de « souverainistes », autrement dit ceux attachés au maintien de la souveraineté de l’État. Par ailleurs et depuis longtemps, le Conseil constitutionnel exerce principalement son contrôle des

⁶²¹ Voir partie I.

⁶²² Si nous sommes conscients de la connotation marxienne de ce terme, nous l’entendons au sens de l’ensemble des principes et valeurs structurantes de l’ordre juridique et pas seulement au sens des principes économiques.

⁶²³ V. CHALTIEL F., *La souveraineté de l’État et l’Union européenne, l’exemple français. Recherches sur la souveraineté de l’État membre*, LGDJ, 2000 ; MAITROT DE LA MOTTE A., *Souveraineté fiscale et construction communautaire : recherche sur les impôts directs*, LGDJ, 2005 ; WIND M., *Sovereignty and European Integration : towards a Post-Hobbesian Order*, Palgrave Macmillan, 2001.

traités – y compris communautaires – au regard des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté ». Antérieurement, il examinait la constitutionnalité des « limitations de souveraineté » et des « transferts de compétences » résultant des conventions internationales⁶²⁴. En Allemagne, le concept de souveraineté, vu comme trop politique et pas assez juridique⁶²⁵, est certes moins présent mais pas totalement absent. D'un côté, non seulement Jean Bodin ne fait pas partie du patrimoine constitutionnel commun, mais il faut également admettre que le concept ne permet guère d'appréhender le fédéralisme⁶²⁶ et s'avère donc moins utile. D'un autre côté, à la suite de Jellinek notamment, le débat a tendance à se focaliser sur la question de la *Kompetenz-Kompetenz*, autrement dit sur une approche plus juridique de la souveraineté, centrée sur les compétences.

Dans tous les cas, on s'aperçoit que l'analyse en termes de souveraineté semble encore aujourd'hui prégnante, même si elle semble de plus en plus inappropriée pour comprendre les relations entre l'Union et les États membres⁶²⁷. Il est remarquable de constater que trois principes mentionnés à l'article 4 TUE sont étroitement liés à la question de la souveraineté. D'une part, l'égalité entre États membres nous rappelle le concept d'égalité souveraine tiré du droit international classique. D'autre part, l'insistance sur les compétences d'attribution ainsi que sur les fonctions essentielles de l'État nous renvoie à la « souveraineté-compétences ». Or, très souvent, la clause d'identité constitutionnelle a été interprétée à l'aune de ces principes, comme si elle ne présentait qu'une plus-value limitée par rapport à eux⁶²⁸.

Pourtant, si le principe d'égalité entre États membres conditionne le respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre (1), ce dernier ne se confond pas avec la préservation d'un noyau dur de compétences ou de fonctions étatiques (2).

⁶²⁴ V. *supra* pp. 70-71.

⁶²⁵ V. KELSEN H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Scientia, 1960.

⁶²⁶ BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, n° 1-1998, p. 83.

⁶²⁷ Voir *infra* pp. 408s.

⁶²⁸ Le professeur Blumann note ainsi que la nouvelle formulation de la clause d'identité nationale « tend à rapprocher l'identité nationale de son versant politique, c'est-à-dire de la souveraineté » (BLUMANN C., DUBOIS L., *op. cit.*, p. 50) Embrassant d'un seul coup d'œil l'article I-5 TECE, il y voit « la charte d'un véritable statut de l'État en droit communautaire » dans laquelle les marques de souveraineté sont multiples (« certes, le mot souveraineté n'est pas employé, mais on en est tout près » : *ibid.* 73). Déjà en 1993, la Cour constitutionnelle fédérale allemande voyait dans l'article F.1 TUE la prise en considération par le droit de l'Union de l'indépendance et de la souveraineté des État membres (BVerfGE 89, 155, 189).

1) *L'égalité entre États membres, une condition de respect des identités constitutionnelles nationales*

Dans un premier projet du Praesidium de la Convention⁶²⁹, le respect de l'égalité des États membres était introuvable. Ce n'est qu'à la suite d'une requête du Portugal que l'exigence de respect de l'égalité des États membres devant la Constitution – puis devant les traités – a fait son entrée explicite en droit de l'Union européenne, immédiatement accolée à la clause d'identité constitutionnelle.

Cette apparition est surprenante. Certes, à maints égards, l'UE fait figure d'organisation internationale et les fondements internationaux du droit communautaire ont pu être soulignés⁶³⁰. De plus, les traités contiennent un certain nombre de mécanismes garantissant implicitement l'égalité entre États membres, à l'image de la rotation entre États pour la désignation des membres de la Commission européenne ou des avocats généraux près la CJUE⁶³¹.

Cependant, l'autonomie du droit communautaire vis-à-vis de l'ordre juridique international a été très tôt affirmée par la Cour⁶³². Celui-ci a su développer ses notions propres et se dégager – dans une certaine mesure – des canons traditionnels du droit international public. Or, avec l'énonciation formelle d'un principe d'égalité entre États membres, le droit de l'Union semblerait revenir dans le giron du droit international classique⁶³³, s'éloignant ainsi peut-être un peu d'un constitutionnalisme ardemment désiré. En effet, le principe d'égalité nous renvoie à l'article 2, paragraphe 1 de la Charte des Nations Unies avec sa référence à l'« égalité souveraine » des États⁶³⁴.

⁶²⁹ Projet d'articles 1 à 16 du traité constitutionnel (CONV 528/03, 6 février 2003).

⁶³⁰ PELLET A., « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADE 1994*, Vol. V, book 2, Dordrecht, Nijhoff, 1997, p. 193.

⁶³¹ Toutefois, comme le note le professeur Blanquet, c'est une conception « relative » de l'égalité qui prévaut, notamment en raison du développement du vote à la majorité qualifiée au Conseil (BLANQUET M., *op.cit.*, p. 103).

⁶³² Alors que l'arrêt *Van Gend en Loos* parle d'« un nouvel ordre juridique de droit international », la décision *Costa c/Enel* n'évoque déjà plus qu'« un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres ». De la dimension juridique internationale de cet ordre il n'est plus question.

⁶³³ Sur les vertus du droit international pour l'intégration européenne, v. DE WITTE B., « International Law as a Tool » (2009) *EuConst.*, 5, p. 265. Également SIMON D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI), *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Pedone, 2000, p. 228.

⁶³⁴ Dans son jugement relatif au traité de Maastricht, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que l'Union constituait une association d'États (*Staatenverbund*) régie par le principe de l'égalité souveraine

La mention de l'égalité entre États membres n'est pourtant pas réellement problématique selon nous. D'abord, les rédacteurs du traité constitutionnel puis du traité de Lisbonne semblent avoir soigneusement omis le qualificatif qui lui est traditionnellement associé. Ensuite, il ne faut pas se méprendre sur la signification de l'égalité souveraine en droit international⁶³⁵. Il implique que les États parties ont les mêmes droits et obligations réciproques, soient « titulaires originaires du maximum de compétences compatibles avec celles, égales, dont bénéficient les autres États. »⁶³⁶ La souveraineté n'entre ici en ligne de compte qu'en tant qu'elle interdit toute discrimination au détriment d'un État. Elle est avant tout un gage d'égalité de traitement et non d'unilatéralisme. Enfin, dans quelques affaires, la Cour a pu elle-même évoquer le principe de l'égalité entre États membres devant le droit communautaire pour mieux garantir une application uniforme de celui-ci. Ainsi, dans les années 1970⁶³⁷, la Cour a jugé par deux fois que :

« Le fait, pour un État, de rompre unilatéralement, selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de son appartenance à la Communauté, met en cause l'égalité des États membres devant le droit communautaire et crée des discriminations à charge de leurs ressortissants et, en tout premier lieu, de ceux de l'État membre qui se place en dehors de la règle communautaire ».

Il est remarquable que la Cour ait implicitement opposé l'égalité entre États membres à la souveraineté conçue ici comme pouvoir unilatéral de rupture de ses engagements internationaux fondés sur des intérêts nationaux. À l'inverse, elle rapproche, comme en droit international, le principe d'égalité entre États de l'exigence de solidarité et de non-discrimination en considérant que « ce manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les États membres du fait de leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire ». En fin de compte, loin d'être étroitement associée à la souveraineté, l'égalité entre États membres occupe la même fonction que le principe de loyauté dans sa dimension verticale ascendante (obligations de l'État membre vis-à-vis des

entre États (au sens de la Charte de l'ONU) et dans laquelle l'Allemagne conservait sa qualité d'État souverain (BVerfGE 89, 155, 190).

⁶³⁵ Voir QUOC DINH N., DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, LGDJ, 7^e éd., 2002, pp. 428s.

⁶³⁶ PELLET A., *op. cit.*, p. 226.

⁶³⁷ CJCE, 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/72, *Rec.* 101, points 24 et 25; CJCE, 7 février 1979, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 128/78, *Rec.* 419. Voir également CJCE, 29 mars 1979, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 231/78, *Rec.* 1447, autorisant seulement l'inapplication *transitoire* par les nouveaux États membres des règles communautaires relatives au fonctionnement du marché commun, en vertu du principe de l'égalité entre États membres originaires et nouveaux États membres (point 17).

Communautés). Ainsi, il doit être vu selon nous comme un principe d'intégration et non de différenciation.

Néanmoins, on reconnaîtra le potentiel centrifuge du principe d'égalité sur un plan symbolique. Il confère en effet une légitimité renouvelée aux États de l'Union⁶³⁸. En reconnaissant leur égale dignité, cela leur permet de faire valoir leur identité propre et de faire, le cas échéant, obstacle à l'application du droit communautaire. En ce sens, l'égalité devant les traités apparaît comme le présupposé du respect de l'identité constitutionnelle⁶³⁹. En son absence, le respect de l'identité de l'État serait alors dépourvu de signification concrète, surtout si l'on n'y voit rien de plus que l'exigence de préservation d'un noyau dur de compétences étatiques.

2) La confusion erronée du respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre et de la préservation des compétences étatiques

À l'article 4 TUE, la clause d'identité constitutionnelle est encadrée, d'une part, par le principe de compétence par défaut des États membres de l'Union et, d'autre part, par l'exigence de respect des « fonctions essentielles de l'État ».

S'agissant du premier⁶⁴⁰, les changements apportés par le traité de Lisbonne sont assez remarquables. Traditionnellement, les Communautés ont été organisées autour du principe des compétences d'attribution, énoncé à l'article 5 TCE⁶⁴¹. Comme il a été noté, ce « principe a une valeur œcuménique puisqu'il permet de concilier tant les tenants de la thèse de la nature internationale que de la nature interne des Communautés⁶⁴² », ce principe s'appliquant à la fois aux organisations internationales (comme expression du principe de spécialité) et à la plupart des États fédéraux. En théorie, la compétence de l'Union est d'exception, les États

⁶³⁸ « L'affirmation d'un principe d'égalité des États en droit communautaire, s'il ne peut que satisfaire les petits et moyens États, n'est guère de nature à favoriser ce dépassement de la structure étatique que le droit communautaire entendait réaliser dès l'origine » (BLUMANN C., DUBOUIS L., *op. cit.*, 50).

⁶³⁹ MAGNANI C., « Il principio dell'identità nazionale nell'ordinamento europeo », in MANGIAMELI S. (cura), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Giuffrè, 2006, p. 481, sp. 499. On remarquera cependant qu'en vertu des jurisprudences précitées, l'identité constitutionnelle ne pourra pas recouper les intérêts nationaux, ni être définie unilatéralement aux fins de méconnaître le droit communautaire.

⁶⁴⁰ Article 4.1 TUE: « Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

⁶⁴¹ Sur l'acception communautaire du principe, voir MICHEL V., *op. cit.*, 47-97.

⁶⁴² BLUMANN C., DUBOUIS L., *op. cit.*, 314.

membres étant en principe compétents. Or, ceux-ci ont maintes fois exprimé leurs craintes face à ce qui a été perçu comme une expansion non maîtrisée des compétences communautaires. Comme on le sait, on a pu critiquer la référence dans l'article 5 TCE aux objectifs communautaires⁶⁴³, le recours abusif à l'article 308 TCE (art. 352 TFUE), la jurisprudence relative aux compétences implicites de l'Union⁶⁴⁴ ou encore l'empiètement du droit de l'Union sur la matière pénale⁶⁴⁵. L'Allemagne en particulier semble avoir développé une attitude particulièrement défensive. Dans sa décision *Brunner* relative au traité de Maastricht, on se souviendra que les juges de Karlsruhe se sont réservé le droit de contrôler que la Communauté n'agisse pas *ultra vires*. Plus récemment, l'arrêt *Mangold*⁶⁴⁶ relatif à la flexibilité de l'emploi des seniors a été l'objet de violentes critiques de la part de Roman Herzog, ancien Président fédéral et ex-juge constitutionnel⁶⁴⁷. Non seulement l'Union mais également la CJUE outrepasseraient leurs compétences.

Dans ce contexte, on ne s'étonnera guère que la question des compétences ait occupé une place significative lors des débats de la Convention sur l'avenir de l'Europe. À la suite de la déclaration de Laeken exigeant une « délimitation plus précise des compétences », un groupe de travail consacré aux compétences complémentaires fut mis en place⁶⁴⁸. Sur la base de son rapport⁶⁴⁹, le Praesidium de la Convention a suggéré de mentionner expressément, aux côtés du principe d'attribution, que « toute compétence non attribuée à l'Union par la Constitution appartient aux États membres⁶⁵⁰ ». Une telle formulation n'était pas dénuée

⁶⁴³ « La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité ». Eu égard à la nature ouverte de ces objectifs (v. notamment art. 2 TCE), on comprendra que ces derniers ne remplissent guère la fonction de limitation de l'action de la Communauté qui leur est impartie. Par le passé, ils ont surtout permis une interprétation extensive des traités (v. PESCATORE P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea Ganshof Van der Meersch*, Tome II, Bruylant, 1972, p. 325). Le traité de Lisbonne semble remettre en cause cette utilisation des objectifs (art. 5.2 TFUE).

⁶⁴⁴ V. le célèbre arrêt *AETR* relatif aux compétences externes de la Communauté: CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70, *Rec.* 263.

⁶⁴⁵ CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, C-176/03, *Rec.* I-7879. Voir les commentaires de CHALTIEL F., « Une nouvelle avancée de l'idée de souveraineté européenne: la souveraineté pénale en devenir », *RMCUE*, 2006, n° 494, p. 24; LABAYLE H., « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *CDE* 2006, p. 379; HAGUENAU-MOIZARD C., « Vers une harmonisation communautaire du droit pénal », *RTDE*, 2006, 2, p. 369.

⁶⁴⁶ CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold c/ Helm*, C-144/04, *Rec.* I-9981. Par cet arrêt, la Cour a remis en cause les réformes du marché du travail destinées à favoriser, au prix d'une relative précarité, l'emploi des seniors en Allemagne.

⁶⁴⁷ HERZOG R., GERKEN L., « Stoppt den Europäischen Gerichtshof! », *FAZ*, 8 septembre 2008.

⁶⁴⁸ Contrairement à ce que l'on pourrait déduire de la spécificité de son objet, le groupe de travail s'est penché sur la question des compétences en général.

⁶⁴⁹ Rapport final du groupe de travail V « Compétences complémentaires », 4 novembre 2002, CONV 375/1/02 REV 1.

⁶⁵⁰ V. article 8.2 *in fine* du projet d'articles 1 à 16 du traité constitutionnel précité.

d'équivoque. À l'insatisfaction générale, elle pouvait être à la fois vue comme établissant une présomption de compétence nationale mais aussi comme consacrant la compétence de la compétence de l'Union en donnant le sentiment que les compétences étatiques résultaient de la Constitution européenne.

Finalement, si le traité constitutionnel adopta une position intermédiaire⁶⁵¹, le traité de Lisbonne vint concurrencer le principe traditionnel d'attribution en lui accolant avec insistance le principe de compétence de droit commun des États membres⁶⁵². Ainsi, aux termes de l'article 5 § 2 TUE, « en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ». En résulte, comme l'a noté la doctrine⁶⁵³, une atmosphère doublement favorable à l'État, d'abord parce qu'elle soumet les objectifs aux compétences, ensuite parce qu'elle établit une présomption de compétence de l'État membre.

Eu égard à cette évolution protectrice de la compétence des États membres, la clause d'identité constitutionnelle a pu parfois être lue à la lumière du paragraphe suivant consacré au respect des fonctions essentielles de l'État, mieux connu comme la « clause Christophersen », du nom de son principal instigateur⁶⁵⁴. En d'autres termes, elle aurait pour objet de garantir une « réserve de compétences étatiques » et, par suite, présiderait à la répartition des compétences entre l'Union et les États membres⁶⁵⁵ (a). Pour notre part, nous soutenons la thèse selon laquelle elle constitue plutôt un principe autonome régissant l'exercice des compétences de l'Union⁶⁵⁶ (b).

⁶⁵¹ Article I-11.2: « En vertu du principe d'attribution, l'Union agit dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans la Constitution pour atteindre les objectifs qu'elle établit ».

⁶⁵² Au prix de l'inélégance stylistique, on retrouve ces principes aux articles 1er, 3 § 6, 4 § 1 et 5 TUE.

⁶⁵³ BLUMANN C., DUBOIS L., *op. cit.*, 315 à propos de l'article I-11.2 TECE.

⁶⁵⁴ Extrait de l'article 4 § 2 TUE: « 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 des États membres ». De manière topique, on remarquera que cette disposition a plus attiré l'attention des commentateurs que la clause d'identité constitutionnelle. V. *infra* pp. 239s.

⁶⁵⁵ Déjà, des commentateurs de l'article F.1 TUE pouvaient lier les deux questions en avançant que les États membres gardaient leur compétence de principe et que la clause d'identité nationale contenait une « garantie du contenu vital » (*Wesensgehaltsgarantie*) afin qu'il ne soit pas attenté au cœur des compétences résiduelles de l'État (BLECKMANN A., « Die Wahrung der nationalen Identität im Unions-Vertrag », *op. cit.*, 266-267). Voir aussi EVERLING U., « Zur föderalen Struktur der EG », in *Festschrift für Karl Doehring*, Springer, 1989, p. 179, sp. 189. Pour une critique, lire DOEHRING K., « Die nationale „Identität“ der Mitgliedstaaten der EU », in *Festschrift für Ulrich Everling*, Nomos Verlag, 1995, p. 263.

⁶⁵⁶ Sur l'identité constitutionnelle comme principe, voir *infra* pp. 361s.

a) La clause d'identité constitutionnelle : un principe de répartition des compétences ?

Dans son arrêt sur le traité de Maastricht, la Cour constitutionnelle fédérale allemande avait insisté sur le fait que l'État membre restait souverain et que les transferts de compétences vers les Communautés devaient rester limités. Elle appuyait notamment son raisonnement sur différents principes contenus dans le traité de Maastricht : le principe de compétences d'attribution, le respect des exigences démocratiques, les principes de subsidiarité et de proportionnalité mais également sur la clause d'identité nationale⁶⁵⁷. De même, la doctrine a pu avancer que les clauses relatives à l'identité constitutionnelle et aux fonctions essentielles de l'État membre se renforçaient mutuellement en délimitant un noyau dur de compétences étatiques destinées à garantir l'existence, voire l'essence de l'État⁶⁵⁸. Pour notre part, nous tendons à considérer que le respect des fonctions essentielles de l'État peut préserver à lui seul l'identité formelle de l'État membre en tant qu'État (i) tandis que l'identité constitutionnelle – plus matérielle et changeante – nous renvoie à des structures institutionnelles ainsi qu'à des valeurs substantielles (ii).

i. Le respect des fonctions essentielles de l'État membre, cristallisation d'un domaine réservé destiné à préserver l'identité formelle de l'État

À la suite des recommandations du groupe de travail sur les compétences complémentaires, le Praesidium de la Convention avait proposé dans son projet de traité constitutionnel de lier identité nationale et fonctions essentielles de l'État membre en disposant :

« L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres liée à leur structure fondamentale et aux fonctions essentielles d'un État, et notamment sa structure

⁶⁵⁷ BVerfGE 89, 155, 212.

⁶⁵⁸ V. MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, p. 463, sp. 469-470.

politique et constitutionnelle, y compris l'organisation des pouvoirs publics au niveau national, régional et local⁶⁵⁹. »

Il ressort de cette formulation que l'identité de l'État ici protégée est avant tout une identité formelle et fixe⁶⁶⁰. Son contenu a été précisé par le traité constitutionnel. En effet, le respect des fonctions essentielles recouvre « notamment » les fonctions « qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité intérieure ». Le traité de Lisbonne spécifie quant à lui que « la sécurité nationale reste de la seule responsabilité des États membres ».

Cette liste – semble-t-il non exhaustive – nous rappelle les missions régaliennes, les « compétences réservées des États »⁶⁶¹, en langage internationaliste le « domaine réservé » de l'État⁶⁶². Elle nous renvoie en effet à l'existence même de l'État hobbesien, de l'État ayant pour fonction primaire d'assurer la sécurité de ses ressortissants grâce au monopole de la force. À cet égard, la doctrine a pu à juste titre parler d'une « vision régalienne minimaliste de l'État »⁶⁶³, d'une « conception technique du domaine réservé », là où l'on touche aux « limites structurelles du droit international »⁶⁶⁴. On notera en effet que les autres « fonctions essentielles » – plus matérielles que structurelles – que le groupe de travail sur les compétences complémentaires avait identifiées⁶⁶⁵ ne sont pas ici mentionnées expressément. Il n'est ainsi question ni de la citoyenneté, ni de la nationalité. Quant au régime politique, il semble plutôt relever des « structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

Cette approche minimale des « fonctions essentielles » de l'État membre tient selon nous au fait que le droit de l'Union est rétif à reconnaître l'existence d'un domaine réservé ou, dans un langage ici plus approprié, de compétences exclusives de l'État membre.

⁶⁵⁹ Article 9.6 du projet d'articles 1 à 16 du traité constitutionnel précité.

⁶⁶⁰ Ici, la notion d'identité nous renvoie, dans le langage de Paul Ricoeur, à la « mêmété », à « l'identité de soi à soi », autrement dit à « la qualité qui fait qu'une chose est la même qu'une autre, que deux ou plusieurs choses ne sont qu'une », en l'occurrence l'État membre (*Le Nouveau Littré*, p. 685).

⁶⁶¹ ISAAC G., BLANQUET M., *op. cit.*, 54.

⁶⁶² Pour l'Institut de droit international, « le domaine réservé est celui des activités étatiques où la compétence de l'État n'est pas liée par le droit international » (*Ann. I.D.I.*, 1954, vol. 45-II, 292).

⁶⁶³ LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne? », in *Annuaire de droit européen 2004*, vol. II, Bruylant, 2006, p. 173, sp. 187.

⁶⁶⁴ MAISON R., « Les fonctions essentielles de l'État », in CRUCE, *Les mots de la Constitution européenne*, PUF, 2005, p. 223, sp. 232 (souligné par nous: nous opposons en effet ici limites structurelles et limites matérielles du droit international afin de mettre en évidence que le droit de l'Union ne semble connaître que des limites matérielles. Structurellement, à la différence du domaine réservé, la compétence de l'État membre demeure subordonné au respect du droit de l'Union, peut-être même y compris dans le cas-limite que constitue le droit de retrait. Voir plus loin).

⁶⁶⁵ Rapport final précité, 11.

Déjà, la doctrine internationaliste s'est souvent montrée critique face à l'idée de compétences discrétionnaires de l'État, d'un domaine réservé par nature. Dénonçant un contenu trop indéterminé et variable, elle y a également vu la filiation directe de l'idée inacceptable que l'État a « la compétence de la compétence⁶⁶⁶ », autrement dit qu'il détient la souveraineté. *A fortiori*, on comprendra les réticences des communautaristes. En premier lieu, la notion de compétences exclusives de l'État est le plus souvent absente du langage communautaire. Pouvant donner lieu au sentiment que celles-ci sont conférées par le droit de l'Union ou bien que ce dernier est sans incidence sur les premières, elle s'est vue préférer celle de « fonctions essentielles » de l'État membre alors même que la notion de « fonctions » de l'État n'est pas usuelle. Si l'on retrouve ce terme dans les théories des organisations internationales, on tend plutôt à parler, pour l'État, de pouvoirs ou de compétences⁶⁶⁷. Dans le cadre de l'Union européenne, souvent vue à travers le prisme du fonctionnalisme, on peut penser que la référence aux « fonctions essentielles de l'État membre » contribue au rapprochement des modèles étatique et communautaire.

Par ailleurs, le fait que « l'Union respecte » ces fonctions semble mettre en évidence que l'on se trouve dans le cadre d'une obligation de l'Union. En d'autres termes, la clause Christophersen – et avec elle la clause de respect de l'identité constitutionnelle – ne viserait pas la répartition verticale des compétences mais régirait l'exercice des compétences de l'Union. Cette impression est confirmée par le rapport du groupe de travail sur les compétences. Il en résulte que ces clauses n'emportent pas définition des compétences des États membres⁶⁶⁸. En toute hypothèse, le contraire aurait été peu compatible avec le fait que, même dans des matières relevant traditionnellement des compétences discrétionnaires des États, ne sont pas exclues « des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales, là où elles sont nécessaires pour que du fait des pouvoirs retenus par les États membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité compromise⁶⁶⁹. » Ainsi, les États membres doivent tenir compte de l'existence d'une notion

⁶⁶⁶ QUOC DINH N., DAILLIER P., PELLET A., *op. cit.*, 439. Voir également SCHELLE G., « Critique du soi-disant domaine de compétence exclusive », *RDILC*, 1933, p. 365; ARANGIO-RUIZ G., « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *RCADI*, 1990, VI, tome 225, p. 9 (notamment 435-480)

⁶⁶⁷ VIRALLY M., « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in *La Communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pedone, 1974, p. 277, sp. 280-281.

⁶⁶⁸ Rapport précité, 11; dans le même sens, MAISON R., *op. cit.*, 227; CANTARO A., *op. cit.*, 516.

⁶⁶⁹ CJCE, 23 février 1961, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, aff. 30/59, *Rec.* 46. V. également en matière de politique monétaire avant 1992, CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. 6/69 et 11/69, *Rec.* 523; en matière pénale, CJCE, 19 janvier 1999, *Calfa*, C-348/96, *Rec.* I-11; en matière de nationalité, l'arrêt *Rottmann* précité; en matière de droit de vote, voir l'arrêt *Espagne c/ Royaume-Uni* précité (point 78 : compétence de

communautaire d'ordre public⁶⁷⁰. La CJUE a pu souligner que l'ancien article 36 TCEE (aujourd'hui, article 36 TFUE) n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres. Dès lors, les exceptions d'ordre public ou de sécurité publique vont être interprétées strictement et examinées au regard du principe de proportionnalité⁶⁷¹. S'agissant plus particulièrement de la sécurité publique, on pourrait s'attendre à une plus grande souplesse compte tenu de sa dimension éminemment régaliennne. Non seulement, elle peut justifier une dérogation aux libertés du marché intérieur, mais les articles 346 et 347 TFUE (anciens art. 296 et 297 TCE) envisagent la possibilité pour les États membres de prendre les mesures nécessaires à leur sécurité. Compte tenu de la rareté des précédents, il n'est pas aisé de déterminer la portée exacte de ces dispositions. Cependant, il apparaît que celles-ci ne puissent pas constituer une « réserve de souveraineté⁶⁷² ». En dépit du caractère « tout à fait exceptionnel » des situations de crise visées, ces mesures restent soumises aux principes de non-discrimination et de proportionnalité et la sécurité publique ne peut constituer une réserve générale à toute disposition du droit de l'Union⁶⁷³. Si l'on note que le traité de Lisbonne est venu souligner la responsabilité particulière des États membres en la matière, nous doutons que cela puisse présager d'une évolution significative.

Finalement, il apparaît que la clause Christophersen a pour objet de garantir l'existence de l'État membre à travers le maintien de son identité formelle. Certes, on pourrait objecter que le maniement de cette clause est soumis au droit de l'Union et par suite, que l'existence de l'État pourrait être remise en cause par celui-ci. Une approche pragmatique nous conduit pour notre part à considérer que les États membres n'hésiteraient pas à suspendre l'application du droit communautaire – ou plutôt du droit en général – en présence d'événements particulièrement graves justifiant l'état d'exception. Lue à la lumière du droit

chaque État membre dans le respect du droit communautaire). Sur ce qu'il est convenu d'appeler les *compétences retenues* des États membres, v. BOUCON L., « EU Law and Retained Powers of the States », in AZOULAI L. (ed.), *The EU as a Federal Order of Competences* ?, Oxford UP, à paraître début 2013.

⁶⁷⁰ V. articles 36, 45 et 72 TFUE (anciens art. 30, 39 et 64 TCE); PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996, p. 55; également « l'affaire des fraises espagnoles », sur les effets des conceptions nationales de l'ordre public (CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ France*, C-265/95, *Rec. I-06959*).

⁶⁷¹ Pour un exemple où étaient en cause les exceptions d'ordre public et surtout de sécurité publique, voir CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited c/ Ministre irlandais pour l'industrie et l'énergie et autres*, aff. 72/83, *Rec. I-2727* (points 32 et 51). Déjà, CJCE, 12 juillet 1979, *Commission c/ Allemagne*, aff. 153/78, *Rec. 2555*.

⁶⁷² Sur cette question peu explorée, voir KOUTRAKOS P., « Is Article 297 EC a « reserve of sovereignty » ? » (2000) 37 *CMLR* 6, p. 1339.

⁶⁷³ En lien avec l'Irlande du Nord, v. CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec. 1651* (point 26). A propos d'un embargo grec sur les produits macédoniens à l'occasion de troubles entre les deux États, v. les points 43s. des conclusions Jacobs présentées le 6 avril 1995 sous la décision de radiation CJCE, ord., 19 mars 1996, *Commission c/ République hellénique*, C-120/94, *Rec. I-1513*.

de retrait, la clause Christophersen préserve donc *de facto* l'identité de l'État en tant qu'État. Ce faisant, comme le principe d'égalité entre États membres, le respect des fonctions essentielles de l'État conditionne la préservation de l'identité constitutionnelle de celui-ci dans ses structures, principes et valeurs essentiels.

ii. Le respect de l'identité constitutionnelle ou préserver l'identité matérielle de l'État

Dans un premier temps, le groupe de travail relatif aux compétences complémentaires avait évoqué la possibilité de rendre explicite le respect des « structures fondamentales et fonctions essentielles des États membres » ainsi que « des choix fondamentaux en matière de politiques publiques et valeurs sociales »⁶⁷⁴. Nous voyons dans cette distinction l'expression de l'identité constitutionnelle des États membres dans ses deux dimensions structurelle et matérielle.

Si ces deux matières renvoient aux « responsabilités centrales des États membres »⁶⁷⁵, elles ne consacrent pas pour autant une réserve de compétences étatiques. Les deux questions ne sont en effet pas nécessairement liées⁶⁷⁶. Ainsi, le groupe de travail, suivi par la Convention, a recommandé de ne pas réserver ces matières aux États membres mais d'ériger certaines d'entre elles en compétences d'appui de l'Union (art. I-15 et I-17 TECE, art. 5 et 6 TFUE). Applicables aux domaines dans lesquels les États membres n'ont pas transféré de compétences législatives à l'Union, les mesures prises sur cette base auront pour objet de soutenir les politiques nationales dans l'intérêt commun de l'Union et des États membres. Si elles ne visent pas à se substituer à celle-ci, elles constituent néanmoins un titre de compétence pour l'Union. Il en ressort que la clause d'identité constitutionnelle n'a pas pour objet de réserver certaines compétences aux États membres mais va plutôt régir l'exercice des compétences de l'Union.

⁶⁷⁴ À ce titre, le rapport évoquait la politique de distribution des revenus, l'imposition et la collecte des impôts et taxes, le système de prestations de sécurité sociale, le système éducatif, le système public de soins de santé, la préservation et le développement culturels ainsi que le service militaire ou civil obligatoire (rapport précité p. 11)

⁶⁷⁵ Rapport préc. p. 10

⁶⁷⁶ On pensera par exemple à la responsabilité de l'État membre pour violation, par les collectivités territoriales, du droit communautaire (CJCE, 14 janvier 1988, *Commission c/ Belgique*, aff. 227 à 230/85, *Rec.* 1).

b) La clause d'identité constitutionnelle : un principe régissant l'exercice des compétences de l'Union, distinct du principe de subsidiarité⁶⁷⁷

À la suite du traité constitutionnel, le traité de Lisbonne a innové en distinguant des catégories et domaines de compétences de l'Union (partie I, titre I, TFUE). L'article 2 TFUE énumère trois types de compétences de l'Union : les compétences exclusives, les compétences partagées, les actions d'appui, de coordination ou de complément⁶⁷⁸. Or, les compétences de l'Union doivent être exercées dans le respect d'un certain nombre de principes fondamentaux, principalement subsidiarité – dans la plupart des cas – et proportionnalité (art. 5 TUE). Or, même si la clause d'identité constitutionnelle est énoncée dans une autre disposition, il apparaît que les compétences de l'Union sont également régies par l'exigence de respect de l'identité de l'État membre, à distinguer du principe de subsidiarité.

Tout d'abord, il ressort des travaux de la Convention que le traité constitutionnel entendait faire du respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre une exigence s'imposant à l'Union. Le rapport du groupe de travail sur les compétences est clair à ce sujet⁶⁷⁹ et le premier projet du Praesidium évoquait le respect de l'identité nationale au titre de l'application des principes fondamentaux, à côté de la subsidiarité et de la proportionnalité (art. 9).

Ensuite, le fait que la clause d'identité constitutionnelle ait été placée plus avant ne signifie pas nécessairement qu'elle ne régit pas l'exercice des compétences de l'Union. À notre sens, cela traduit plutôt sa dualité : plus qu'un simple principe « *technique* », elle constitue également un principe structurel⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Pour les autres fonctions de la clause d'identité, notamment comme principe d'interprétation du droit originaire (principalement eu égard à la citoyenneté et aux libertés fondamentales), v. titre 2. On se reportera également à ce titre pour une analyse de la nature de la clause d'identité en tant que principe.

⁶⁷⁸ A l'instar du professeur Constantinesco, nous tiendrons la coordination des politiques économiques et de l'emploi ainsi que la définition d'une politique étrangère et de sécurité commune en dehors du champ de la délimitation des compétences compte tenu de leur spécificité (CONSTANTINESCO V., « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTDE*, 2005, 2, p. 305, sp. 311s.)

⁶⁷⁹ « L'objectif consiste à rendre plus visible et opérationnel le principe existant selon lequel l'Union, dans l'exercice de ses compétences, est soumise à l'obligation de respecter les identités nationales des États membres. Cette clause enverrait aux citoyens un message important et serait pour les institutions de l'Union une orientation utile dans l'accomplissement de leurs tâches » (rapport précité pp. 10-11).

⁶⁸⁰ Voir *infra*, titre 2.

Enfin, le principe de respect de l'identité constitutionnelle doit être distingué du principe de subsidiarité, tant du point de vue de son champ d'application que de sa fonction⁶⁸¹. Certes, il a souvent été avancé que les deux marchaient de concert, voire se confondaient. La clause d'identité serait ainsi destinée à préserver un noyau dur de compétences pour l'État⁶⁸². Cependant, il ne semble pas rigoureux de les subsumer. D'une part, alors que le second ne s'applique pas aux domaines relevant de la compétence exclusive de l'Union, le premier a vocation à trouver indistinctement application pour l'ensemble des compétences de l'Union. Si l'on comprend que, par nature, le principe de subsidiarité ne peut s'appliquer dans le cadre des compétences exclusives de l'Union, on ne voit guère pourquoi ces dernières ne seraient pas soumises à l'exigence de respect de l'identité constitutionnelle de l'État. Dès lors que l'Union exerce une compétence, ce respect s'impose. D'autre part, il s'agit selon nous d'une exigence substantielle générale sans lien avec la détermination de la personne morale devant exercer la compétence de l'Union. Certes, il n'en a apparemment pas toujours été ainsi. Par exemple, en 1992, le Conseil européen d'Édimbourg avait jugé que le principe de subsidiarité contribuait au respect de l'identité nationale et préservait les compétences étatiques⁶⁸³. Encore aujourd'hui, le fait que la clause d'identité constitutionnelle inclut l'autonomie locale et régionale laisse penser qu'elle constitue un titre de compétences. Cependant, elle semble plutôt avoir pour effet de garantir la structure interne des États, la compétence des entités décentralisées étant attribuée par l'État membre lui-même en fonction de son organisation constitutionnelle⁶⁸⁴. Si le principe de subsidiarité a pour fonction de

⁶⁸¹ Nous verrons cependant plus loin que le principe de subsidiarité pourrait être utilisé aux fins de préserver l'identité constitutionnelle des États membres, notamment dans le cadre du contrôle parlementaire.

⁶⁸² V. notamment la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande liant les deux questions lors de l'examen du traité de Maastricht (BVerfGE 89, 155, 211). Également SIMON D., *op. cit.*, 89: « l'obsession du respect des identités nationales trouve sa traduction dans l'affirmation incantatoire du principe de subsidiarité ».

⁶⁸³ Conseil européen, conclusions de la Présidence (Édimbourg), 12 décembre 1992, annexe 1 à la partie A, *Bulletin des Communautés européennes*, décembre 1992, n° 12.

⁶⁸⁴ Cependant, il a pu être soutenu que la clause d'homogénéité est susceptible de donner une certaine impulsion au processus de régionalisation (DI SALVATORE E., *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Giappichelli Editore, 2008, pp. 53s.). V. aussi MONJAL P.-Y., « La communautarisation de l'organisation décentralisée de la France : comment la France s'est appropriée le modèle communautaire », contribution au colloque de Varsovie, octobre 2010. On notera également la position du Conseil constitutionnel quant à la portée du principe de subsidiarité implicitement énoncé à l'article 72 deuxième alinéa de la Constitution française: sur ce fondement, la compétence de l'État ne peut être remise en cause qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation, en l'occurrence lorsqu'il est « manifeste qu'en égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale » (décision n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. 102, cons. 12). Où l'on constate que le principe de subsidiarité est susceptible de déterminer la répartition des compétences entre l'État et les collectivités dans un État traditionnellement unitaire comme la France. On doutera cependant qu'une telle solution puisse immédiatement résulter du seul droit communautaire. Pour une proposition tendant à permettre aux entités infra-étatiques d'engager, devant la CJUE, un « recours en annulation contre un acte communautaire dans le cas où il porterait atteinte à leurs prérogatives propres, telles que reconnues par la constitution nationale », v.

garantir une prise de décision proche des citoyens, le respect de l'identité constitutionnelle impose une prise de décision acceptable et acceptée par les citoyens. Il ne peut présumer de la plus ou moins grande aptitude de l'État à réguler telle ou telle matière. Ainsi, à chaque principe sa fonction⁶⁸⁵. Dès lors, ils restent distincts même si, dans les deux cas, l'idée sous-jacente est d'assurer la légitimité démocratique des normes communautaires⁶⁸⁶.

Dès lors, selon nous, on ne saurait finalement amalgamer subsidiarité, souveraineté, réserve de compétences étatiques avec respect de l'identité constitutionnelle. Très certainement, ces trois concepts sont complémentaires et en interaction mutuelle. Ainsi, la souveraineté de l'État peut être considérée à la fois comme la condition de la préservation de l'identité⁶⁸⁷ et comme un élément de cette identité. Sur le premier point, il peut apparaître que seul un État souverain est en mesure de définir sa propre identité. Cependant, comme nous l'avons vu par ailleurs à l'aide des travaux de Paul Ricoeur notamment, l'identité n'est pas – seulement – un acquis hérité de l'histoire ou de la tradition immémoriale, c'est aussi un construit à partir de la rencontre de l'Autre⁶⁸⁸. En d'autres termes, un État définit son identité dans l'échange mutuel et non de manière unilatérale. Même si des États comme la France ont pu paraître affirmer leur identité de manière « volontariste », celle-ci ne s'est pas construite toute seule mais en opposition, par exemple, avec les modèles supranationaux que constituaient au Moyen-Age le Saint-Empire Romain Germanique et la papauté. Sur le second point, la souveraineté de l'État, quelle que soit sa forme politique (souveraineté du Parlement, du peuple ou de la nation) peut faire partie de l'identité de cet État. C'est particulièrement le cas en France ou en Grande-Bretagne où les débats sur l'Europe sont très souvent dominés par la question de la souveraineté. Néanmoins, il nous semble maladroit de confondre ces concepts. Le fait même que le respect de l'identité nationale ait été placé dans une disposition

CONSTANTINESCO V., « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne ? », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Tome 1, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, p. 155, sp. 161 (souligné par nous).

⁶⁸⁵ Il en résulte que les « réserves de constitutionnalité » ne se confondent pas nécessairement avec le respect de l'identité constitutionnelle dans la mesure où les premières comportent souvent une réserve de compétences étatiques.

⁶⁸⁶ Pour Ulrich Everling, le principe de subsidiarité et le principe de respect de l'identité nationale constituent pour la Cour un « signal » en vertu duquel « l'Union européenne ne doit pas être organisée de manière centralisée » (EVERLING U., « Überlegungen zur Struktur der Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes », in EVERLING U., *Unterwegs zur Europäischen Union. Ausgewählte Aufsätze 1985-2000*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 80, sp. 88-89).

⁶⁸⁷ Voir notamment DOEHRING K., *op. cit.*, 271: « die Achtung und Bewahrung der „Identität“ der Mitgliedstaaten – wenn sie im Rechtssinne und nicht nur im politischen Sinne gemeint ist – lässt die Auffassung von der Überordnung des Gemeinschaftsrechts jedenfalls hinsichtlich der Kompetenzabgrenzung nicht zu, denn die Identität wäre eine „hinkende“ und damit eben keine Identität ». Voir aussi CLAPIE M., *Manuel d'institutions européennes*, Champs Université, Flammarion, 2^e éd., 2006, pp. 368-369.

⁶⁸⁸ Voir *supra* p. 138.

spécifique du traité UE souligne son autonomie par rapport à la question des compétences et de la souveraineté. Il est à cet égard très intéressant d'examiner le raisonnement que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a suivi dans son jugement relatif au traité de Lisbonne. Pour la première fois, elle a distingué entre le respect des compétences d'attribution de l'Union européenne et le respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre⁶⁸⁹. Pour autant, elle n'a pas réglé la question de l'articulation de ce dernier avec le principe de coopération loyale.

B. Identité constitutionnelle et obligation de loyauté

Le principe de coopération loyale, également appelé principe de loyauté communautaire, a occupé une place fondamentale dès les débuts de la construction européenne⁶⁹⁰. Énoncé à l'article 5 TCEE puis à l'article 10 TCE, il est le garant de la bonne exécution du droit de l'Union par les États membres mais aussi par les institutions communautaires. Étroitement lié à la doctrine de l'effet utile, il a pu être vu comme l'expression de la « bonne foi » du droit international public, voire de la loyauté fédérale⁶⁹¹. S'il emprunte certains traits de l'un et de l'autre, il semble, en tant que « principe inhérent à la nature spécifique de l'Union »⁶⁹², conserver un caractère *sui generis* exprimant « la solidarité au sein de la Communauté »⁶⁹³. Si cette solidarité se traduit par l'existence de devoirs réciproques de coopération loyale, par ailleurs inégaux (1), elle pourrait à l'avenir être à l'origine d'obligations mutuelles⁶⁹⁴, parmi lesquelles le respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre (2).

⁶⁸⁹ Voir *supra* p. 115.

⁶⁹⁰ V. BLANQUET M., *L'article 5 du traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Bibliothèque de droit international et communautaire, LGDJ, 1994.

⁶⁹¹ Défendant l'idée d'une nature mixte, CONSTANTINESCO V., « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 97.

⁶⁹² BLUMANN C., DUBOIS L. *op. cit.*, 59.

⁶⁹³ LENAERTS K., « Le devoir de loyauté communautaire », in VERHOEVEN J. (coord.), *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, De Boeck et Larcier, 1997, p. 229, sp. 230. Voir aussi CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/France*, aff. 6/69 et 11/69, *Rec.* 523, point 16.

⁶⁹⁴ D'après *Le Littré*, « mutuel » désigne l'échange, « réciproque » le retour. Le premier exprime l'action de donner et de recevoir de part et d'autre, le second l'action de rendre selon qu'on reçoit. Le don est surtout mutuel lorsqu'il est le même ou du même genre de part et d'autre. Il n'est que réciproque s'il s'agit d'objets différents cédés en compensation.

1) *Les obligations réciproques asymétriques attachées au principe strict de coopération loyale*

À l'origine, le principe de coopération loyale, tel qu'il ressort de l'ancien article 5 TCEE, comportait deux volets mettant des obligations à la charge des États membres : d'une part, une obligation positive imposant à ceux-ci de prendre les mesures nécessaires à l'exécution du droit communautaire et de faciliter l'action de la Communauté ; d'autre part, une obligation négative leur enjoignant de s'abstenir de toute mesure pouvant faire obstacle à la bonne application du droit communautaire⁶⁹⁵. Ayant alors pour seul destinataire les États membres, le principe de coopération loyale s'inscrivait dans le cadre d'un fédéralisme exécutif⁶⁹⁶ au sein duquel les États membres détenaient la compétence d'exécution de droit commun. Cependant, l'exécution du droit communautaire a été rarement le seul fait des États membres. Non seulement les institutions communautaires y contribuent, mais elles tendent à en devenir les acteurs. Pour cette raison, il incombait à la Cour de Luxembourg de retenir une conception plus large de l'article 5 TCEE en y lisant l'existence d'obligations réciproques des institutions européennes entre elles⁶⁹⁷ mais également d'obligations de la part de l'Union vis-à-vis des États membres. Ainsi, la jurisprudence communautaire a interprété le principe de coopération loyale comme comportant des « devoirs réciproques⁶⁹⁸ ».

Cependant, la réciprocité est par nature asymétrique dans la mesure où les obligations en cause restent fonctionnellement tendues vers une bonne application du droit de l'UE. Il ne s'agit en effet pas de respecter les droits internes mais d'assurer l'exécution du droit de l'Union. Ainsi, l'insistance a été traditionnellement mise sur les obligations des États membres⁶⁹⁹, conçues extensivement⁷⁰⁰. Pour leur part, les devoirs des institutions

⁶⁹⁵ Par exemple, interdisant de prendre des mesures incompatibles avec les objectifs d'une directive dont le délai de transposition n'est pourtant pas encore expiré, CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-environnement Wallonie*, C-129/96, *Rec.* I-7411.

⁶⁹⁶ Le fédéralisme exécutif entrerait dans le cadre du fédéralisme coopératif ou intergouvernemental qui fait la spécificité de l'Union. V. CROISAT M., QUERMONNE J.-L., *L'Europe et le fédéralisme*, Clefs, Montchrestien 2^e éd., 1999, pp. 9-10.

⁶⁹⁷ Pour un exemple, voir CJCE, 30 mars 1995, *Parlement européen c/ Conseil*, C-65/93, *Rec.* I-643

⁶⁹⁸ CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c/ Parlement européen*, aff. 230/81, *Rec.* 255 : à propos du siège du Parlement européen, les États membres doivent respecter la compétence du Parlement de veiller à son organisation interne (point 37) tandis que les décisions du Parlement doivent respecter la compétence des Gouvernements des États membres de fixer le siège des institutions (point 38) ; CJCE, 2 février 1989, *Commission c/ Allemagne*, aff. 94/87, *Rec.* 175 imposant aux États de s'efforcer de récupérer les aides d'État illégales en collaboration avec la Commission.

⁶⁹⁹ La lecture des ouvrages et manuels suffirait à s'en convaincre. Voir par exemple le sous-titre de la thèse précitée du professeur Blanquet.

communautaires s'apparentent à de simples obligations de collaboration. Par exemple, dans l'ordonnance *Zwartveld*, la Cour a imposé à la Commission d'assister les autorités judiciaires chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national, autrement dit agissant en tant que juges communautaires⁷⁰¹. Dès lors, il apparaît que le principe de coopération loyale ne puisse être interprété comme pouvant justifier le respect de structures ou valeurs constitutionnelles nationales au mépris du droit de l'Union. Pourtant, l'évolution récente du principe a pu conduire certains auteurs à inclure le respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre au titre d'une obligation de loyauté d'un autre type.

⁷⁰⁰ CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, aff. 229/83, *Rec.* 1 : la législation nationale ne doit pas porter préjudice à « l'application pleine et uniforme du droit communautaire » ; CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85, *Rec.* 259 interdisant, en vertu de « l'unité et de l'efficacité du droit communautaire » le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne limitant la portée des dispositions de droit communautaire (point 11).

⁷⁰¹ CJCE, ord., 13 juillet 1990, *Zwartveld*, aff. C-2/88, *Rec.* I-3365 : en l'espèce, la Commission devait fournir tout document nécessaire à la poursuite d'infractions aux règlements communautaires (notamment des témoignages de fonctionnaires) sans pouvoir invoquer les privilèges et immunités des fonctionnaires européens.

2) *Les obligations mutuelles attachées au principe large de coopération loyale*

Avec le traité constitutionnel, repris en l'espèce par le traité de Lisbonne, le principe de coopération loyale acquiert non seulement une place de choix mais se trouve aussi formulé différemment. Présenté comme tel à l'article I-5 § 2 TECE et à l'article 4 § 3 TUE, son statut semble rehaussé par le fait qu'il soit énoncé parmi les premières dispositions du traité sur l'Union alors qu'il ne figurait auparavant que dans le traité instituant la Communauté européenne. Il s'agit désormais clairement d'un principe du droit de l'Union. La question de son sens se pose du fait de sa nouvelle formulation. L'énoncé traditionnel est en effet précédé par : « 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 ». On peut s'interroger sur la signification de ces obligations mutuelles. À la lumière de la clause d'identité constitutionnelle qui précède immédiatement, certains ont pu y voir l'exigence pour l'Union de respecter les dispositions constitutionnelles nationales les plus fondamentales⁷⁰².

Une telle lecture impliquerait un changement qualitatif de l'obligation de loyauté qui, de principe technique destiné à garantir l'effet utile du droit communautaire, se transformerait en principe d'inspiration philosophique ou politique. Le principe de coopération loyale supposerait alors la reconnaissance mutuelle, par les États membres comme par l'Union européenne, de leurs identités respectives. Contrairement au sens commun, cette conception ne semble pas très éloignée de la loyauté prévalant dans les structures fédérales. Ainsi, en Allemagne, la *Bundestreue* implique « une fidélité, due de part et d'autre, de la part de la Fédération et de la part des États membres, au principe fédéral »⁷⁰³. Étrangère à l'idée de subordination, la loyauté fédérale exige la *conciliation* sans que le Gouvernement fédéral ou les Länder ne puissent se prévaloir de l'existence d'un droit formel⁷⁰⁴. Elle peut également influencer la répartition des compétences et n'est donc pas seulement un mécanisme

⁷⁰² VON BOGDANDY A., *op. cit.*, 51. Déjà, sous l'empire des traités de Maastricht et d'Amsterdam, v. BVerfGE 89, 155, 202: « le principe de coopération loyale comporte aussi des obligations des organes communautaires à l'égard des États membres. Ils doivent notamment prendre au sérieux les dispositions constitutionnelles contraires et doivent s'efforcer de trouver une solution qui respecte le droit constitutionnel des États membres »; HILF M., *op. cit.*, 167; MAYER F.C., « The European Constitution and the Courts », in VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.), *op.cit.*, 310 ; SCHMID C., *Multilevel constitutionalism and constitutional conflicts*, thèse dactyl. IUE Florence, 2001, pp. 222s.

⁷⁰³ SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF H.A., « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: la *Bundestreue* (fidélité fédérale) », *RDP* 1979, p. 769, sp. 770.

⁷⁰⁴ *Ibid.* 771 (souligné par nous).

d'exécution⁷⁰⁵. Politiquement, elle semble faire écho au comportement des consommateurs et aux ressorts de l'action collective décrits par Albert Hirschman⁷⁰⁶ et partiellement repris par Joseph Weiler pour comprendre les débuts de la construction européenne⁷⁰⁷. En effet, Hirschman montre que les consommateurs – et par extension les membres de structures organisées – peuvent exprimer leur mécontentement de deux façons : soit en se retirant du marché ou, plus largement, de l'organisation (hypothèse de la défection), soit par la protestation (hypothèse de la prise de parole), stimulée par le loyalisme⁷⁰⁸. Dans son analyse, Joseph Weiler ne semble pas voir vu le potentiel herméneutique de la loyauté pour cerner l'Union européenne. Ne s'intéressant qu'aux deux premières hypothèses, il considère que la probabilité, voire le besoin de résistance *politique* était inversement fonction des possibilités *juridiques* de sortie⁷⁰⁹. Or, outre les mécanismes de « sortie sélective⁷¹⁰ », on sait que le traité de Lisbonne a ouvert aux États membres un droit de retrait de l'Union européenne⁷¹¹. Dans ces conditions, la prise de parole devrait en théorie rester limitée. Pourtant, celle-ci a été et se trouve encore omniprésente au sein de l'Union européenne. Concrétisée par la résistance des États membres, des cours constitutionnelles, des peuples ou encore des individus, par les négociations parfois houleuses, par les conciliations, la prise de parole semble même intrinsèque au processus d'intégration européenne. Dès lors, comment expliquer qu'il n'y a, en pratique, pas de réelle corrélation entre la prise de parole et la défection. C'est ici que la loyauté entre en ligne de compte : la défection devrait rester assez exceptionnelle en raison même de la loyauté. En effet, avec Hirschman, nous pensons que la loyauté fait le lien entre la défection et la prise de parole. La défection sera retardée jusqu'au moment où les membres d'une organisation n'auront plus la conviction d'exercer une influence sur l'évolution de celle-ci. Tant que cet instant n'aura pas été atteint, les membres vont s'efforcer d'améliorer le fonctionnement de l'organisation conformément à leurs attentes. Fondement implicite mais nécessaire du raisonnement de Joseph Weiler, la loyauté constitue ainsi la garantie par laquelle la prise de parole ne se solde pas par la défection⁷¹². Elle sera d'autant plus efficace

⁷⁰⁵ *Ibid.* 786.

⁷⁰⁶ HIRSCHMAN A.O., *Défection et prise de parole*, Fayard, 1995.

⁷⁰⁷ WEILER J.H.H., « The Transformation of Europe », (1991) 100 *Yale L.J.*, p. 2403.

⁷⁰⁸ HIRSCHMAN A.O., *op.cit.*, 124s.

⁷⁰⁹ WEILER J.H.H., *op. cit.*, 2411. Pour Joseph Weiler, la défection relève du juridique tandis que la prise de parole relève du politique dans le contexte communautaire.

⁷¹⁰ *Ibid.* 2412. Le professeur Weiler fait ici référence aux mécanismes de différenciation, voire de non-application du droit communautaire dans certains cas.

⁷¹¹ Art. 50 TUE.

⁷¹² Intégrant la loyauté aux côtés de la défection et de la prise de parole, voir SARMIENTO D., « National Voice and European Loyalty : Member State Autonomy, European Remedies and Constitutional Pluralism in EU Law », in MICKLITZ H.-W., DE WITTE B. (ed.), *op. cit.*, 325.

que les coûts de sortie seront importants et les alternatives rares. En raison même de la loyauté, il n'est donc pas question, comme Gambetta l'exigeait de Mac Mahon, de se soumettre ou de se démettre. Certes, cette allégeance, cette fidélité peuvent émaner de motifs purement égoïstes et être le résultat rationnel d'un calcul coûts/avantages de la part des États membres ou des autres forces de résistance. Elle n'en perd pas pour autant son caractère mutuel. En l'absence d'État européen unitaire et coercitif – dans lequel la loyauté n'aurait par hypothèse pas lieu d'être, l'Union a *intérêt* à accommoder les revendications persistantes et légitimes des États membres notamment, comme les États membres ont *intérêt* à respecter le droit de l'Union sous peine d'une sortie volontaire ou forcée⁷¹³. On peut d'ailleurs expliquer en ces termes pourquoi le droit communautaire a intégré les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit à la suite des décisions frondeuses *Frontini* et *Solange I*. On comprendra aussi pourquoi la politique française de la chaise vide a abouti à la conclusion du « compromis » de Luxembourg⁷¹⁴.

Dans ce contexte, on comprend mieux le rattachement de l'identité constitutionnelle à l'exigence mutuelle de loyauté. D'une part, le respect des dispositions constitutionnelles fondamentales est mis en avant par la plupart des juridictions constitutionnelles nationales⁷¹⁵ au point que le droit de l'Union semble durablement buter sur les constitutions nationales⁷¹⁶. D'autre part, un respect mutuel loyal du droit de l'Union et du droit national passe par la préservation de leurs identités respectives.

En l'état actuel du droit, le respect de l'identité constitutionnelle ne peut cependant pas être confondu avec le principe traditionnel de coopération loyale. Tout d'abord et « historiquement », le champ du principe de coopération loyale était auparavant plus restreint que celui du respect de l'identité puisque, résultant du traité CE, il ne concernait que le pilier communautaire alors que la portée de l'ancien article 6 s'étendait aux trois piliers. De plus, la clause d'identité nationale, accolée aux droits fondamentaux, semblait pouvoir bénéficier du même statut, à savoir celui de « principe fondateur de l'Union européenne » et pas exclusivement celui de principe directeur de l'exécution du droit communautaire. Toutefois, la disparition des piliers et l'énoncé de la coopération loyale et de l'identité constitutionnelle

⁷¹³ Analysant en termes d'intérêts l'acceptation de la « révolution constitutionnelle » du droit communautaire par les États membres, WEILER J.H.H., *op.cit.*, 2428.

⁷¹⁴ Les « compromis » européens ne sont pas sans nous faire penser aux cas-limites de boycott se situant, selon Hirschman, aux confins de la défection et de la prise de parole (HIRSCHMAN A.O., *op. cit.*, 137).

⁷¹⁵ Où l'on voit que la prise de parole peut être juridique.

⁷¹⁶ Notons également que le droit de l'Union doit pouvoir s'appuyer sur les constitutions nationales afin d'assurer son effectivité (fonction instrumentale des constitutions nationales). V. HILF M., *op. cit.*, 166.

dans la même disposition contribuent à leur rapprochement sous l'empire du traité de Lisbonne. En tout état de cause, si le recoupement entre les deux notions est indéniable, le respect de l'identité constitutionnelle ne peut guère faire partie des obligations de l'Union européenne à l'égard des États membres telles qu'elles résultent d'une interprétation traditionnelle du principe de coopération loyale. Celles-ci apparaissent de nature plus technique alors que le premier renvoie à des valeurs substantielles, aux structures ainsi qu'au principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. De plus, elles ont pour but premier une bonne application du droit de l'Union et non la méconnaissance de celui-ci pour des motifs tirés d'une « identité constitutionnelle » nationale. Dans ces conditions, en l'absence d'évolution du principe de coopération loyale vers une obligation de loyauté plus large, le respect de l'identité de l'État semble devoir constituer un principe autonome. S'il doit être pensé avec le principe de coopération loyale, ce ne sera que pour la raison pour laquelle ce dernier peut constituer un moyen détourné pour assurer sa propre effectivité⁷¹⁷. On s'aperçoit en effet que cette dernière est rarement assurée sur la base même du respect explicite de l'identité constitutionnelle de l'État membre. Non seulement le droit de l'Union n'utilise la notion qu'avec prudence, mais il garantit souvent le concept par des moyens détournés.

⁷¹⁷ Sur le principe de coopération loyale comme adjuvant, voir *infra* p. 370. En vertu de l'article 46 TUE, la clause d'identité nationale n'est pas justiciable. A la différence de l'article F § 2 TUE, sa violation n'était donc pas invocable dans le cadre d'un recours devant la CJCE. Dans ces circonstances, l'idée a pu être défendue que l'effectivité juridictionnelle de l'article F § 1 TUE pourrait indirectement résulter du principe de coopération loyale. Cette idée est séduisante et pourrait fort bien être retenue par la CJUE à l'avenir, notamment pour des raisons d'opportunité, si l'exigence de loyauté est interprétée largement. En effet, le principe de coopération loyale apparaît moins chargé de potentielles controverses que celui du respect de l'identité de l'État, qui peut incarner une certaine philosophie de l'Europe. De même que l'on n'ose parler de la « loyauté fédérale », il se peut que la CJUE soit - du moins dans un premier temps - réticente à parler de respect de l'identité de l'État et qu'elle choisisse donc une voie détournée pour assurer silencieusement la garantie de ce principe. Ceci semble d'autant plus plausible que, dans le traité de Lisbonne, un seul et même article évoque la coopération loyale et le respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre. Ce faisant, la Cour pourrait prudemment infléchir sa jurisprudence en utilisant un principe technique pour assurer la sauvegarde de valeurs substantielles.

Chapitre 2 : Dits et non-dits du droit de l'Union européenne

Il n'est pas naturel pour le droit de l'Union européenne de tenir compte de l'identité constitutionnelle de ses États membres. L'idée que des dispositions constitutionnelles nationales puissent, de par leur statut, entraîner des dérogations au droit de l'Union – voire une méconnaissance de ce dernier – est étrangère à un ordre juridique qui s'est construit sur une conception absolue et traditionnelle de la primauté. Dès lors, il serait naïf de s'attendre à une reconnaissance expresse et radicale du bien-fondé des revendications basées sur les droits constitutionnels nationaux. Pourtant, circonspection ne signifie pas ignorance. Si l'identité constitutionnelle de l'État membre n'est pas accueillie comme telle, il serait erroné de penser que le droit de l'Union européenne est aveugle aux considérations tirées des normes fondamentales des États membres. Ainsi, alors que l'identité constitutionnelle de l'État membre est assez largement prise en compte au stade de la création du droit de l'Union (**Section 1**), elle relève plus souvent du non-dit et demeure limitée dans le cadre de son application (**Section 2**).

SECTION 1 :

UNE PROTECTION DISCRÈTE MAIS EFFICACE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE AU STADE DE LA CRÉATION DU DROIT DE L'UNION

C'est dans le cadre de la conclusion des traités (I) ainsi que du processus décisionnel conduisant à l'adoption d'actes de droit dérivé (II) que la prise en compte de l'identité constitutionnelle des États membres, intervenant ainsi très en amont, peut s'avérer la plus utile et la plus efficace.

I. LA PROTECTION DANS LE DROIT ORIGINAIRE

La doctrine s'est abondamment intéressée à l'adaptation des Constitutions des États membres à l'intégration européenne, autrement dit à « l'eupéanisation des Constitutions nationales⁷¹⁸ ». Il est vrai que ce phénomène témoigne d'une nécessité pratique : en tant que normes d'habilitation suprêmes, les Constitutions doivent souvent être amendées afin d'autoriser la pénétration de tout un corpus de règles communautaires dans les ordres juridiques internes. Aussi, les Constitutions des États membres sont, dans la plupart des cas, incontournables pour assurer l'effet utile du droit de l'Union. À de nombreuses reprises, le droit originaire subordonne l'adoption de certaines décisions au respect des procédures constitutionnelles nationales⁷¹⁹. Cette exigence s'impose de manière paroxystique pour

⁷¹⁸ V. notamment RIDEAU J., « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », in GAUDIN H. (dir.), *Droit constitutionnel/droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, PUAM, Economica, 2001, p. 259 ; LEVADE A., « La prise en compte spécifique de l'Union européenne par les constitutions nationales », in MATHIEU B., VERPEAUX M., MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *Constitution et construction européenne*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 19 ; ALBI A., ZILLER J. (ed.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Kluwer Law, 2007 ; DE WITTE B., « The Lisbon Treaty and National Constitutions : More or Less Europeanisation ? », in CLOSA C. (ed.), *The Lisbon Treaty and National Constitutions : Europeanisation and Democratic Implications*, Oslo, ARENA Report n° 3/09, pp. 25-48 ; ZILLER J. (dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, 2003.

⁷¹⁹ Au nombre de ces décisions, on citera l'établissement d'une défense commune (art. 42 TUE), l'adhésion d'un nouvel État à l'UE (art. 49 TUE), le droit de retrait (art. 50 TUE), l'instauration de nouveaux droits attachés à la citoyenneté européenne (art. 25 TFUE), l'adhésion de l'UE à la CEDH (art. 218 § 8 TFUE), l'adoption d'une procédure uniforme ou commune pour l'élection des membres du Parlement européen (art. 223 TFUE), l'extension de la compétence de la CJUE en matière de propriété intellectuelle (art. 262 TFUE), la création de nouvelles ressources propres (art. 311 TFUE).

l'entrée en vigueur et la révision des traités, ceux-ci devant être ratifiés par tous les États membres « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives » (art. 48§4 TUE, art. 54 TUE, art. 357 TFUE).⁷²⁰ Si le Traité de Lisbonne a prévu, en son article 48§5 TUE, un mécanisme susceptible d'éviter qu'une poignée d'États membres puisse bloquer la révision des traités en raison d'obstacles constitutionnels propres⁷²¹, il est improbable qu'il permette de passer outre ces obstacles et d'imposer un nouveau traité aux États membres n'ayant pu le ratifier. Quant aux « clauses passerelles » permettant de modifier les règles de vote ou la procédure législative sur décision unanime du Conseil européen avec approbation du Parlement européen⁷²², elles ne semblent pas non plus constituer une exception à la règle : d'une part, elles ont pu elles-mêmes appeler une révision de la Constitution⁷²³ ; d'autre part, un seul Parlement national – autrement dit un organe constitutionnel – est en droit de faire échec à l'adoption d'une telle décision en dehors de toute ratification. Dans l'ensemble, il apparaît donc que l'effectivité du droit de l'Union reste très dépendante des procédures constitutionnelles nationales.

Paradoxalement, on constate que l'eupéanisation des constitutions internes va de pair avec la « constitutionnalisation » des traités européens. Cette constitutionnalisation, reposant sur la mention expresse du respect des règles constitutionnelles nationales en matière de ratification, est originale. Elle s'écarte en effet de ce que l'on entend généralement par ce terme en droit de l'Union. Ici abordée dans sa dimension technique et procédurale, elle tire surtout sa source du droit national. Cela nous pousse donc à examiner plus largement comment le droit originaire intègre en son sein les préoccupations constitutionnelles nationales de type substantiel. De prime abord, on pourrait penser que la question est très théorique. Nous ne sommes en effet plus au temps où Hans Kelsen se faisait l'avocat de la prise en compte des exigences constitutionnelles nationales lors de l'adoption des traités⁷²⁴. Cette entreprise s'avère particulièrement difficile dans une Union à 27 dont les traités constitutifs – à visée constitutionnelle et harmonisatrice – ne permettent pas l'adoption de

⁷²⁰ DE WITTE B., *The National Constitutional Dimension of European Treaty Revision: Evolution and Recent Debates*, Europa Law, 2004.

⁷²¹ « Si à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature d'un traité modifiant les traités, les quatre cinquièmes des États membres ont ratifié ledit traité et qu'un ou plusieurs États membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification, le Conseil européen se saisit de la question ». On remarquera également que la procédure de révision « simplifiée » des politiques et actions internes de l'Union, prévue à l'article 48.6 TUE, reste soumise à une ratification par l'ensemble des États membres.

⁷²² Article 48.7 TUE.

⁷²³ Ainsi en France, à la suite de la décision n°2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Rec. 459 (considérant 20).

⁷²⁴ KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP* 1928, p. 197, sp. 232 : « un État qui veut conclure un traité avec un autre État doit s'informer de sa Constitution ».

réerves. Pourtant, étant donné que l'entrée en vigueur des traités européens est subordonnée à leur ratification par tous les États membres, on peut aussi imaginer que ceux-ci comportent des références directes ou indirectes aux Constitutions des États membres. Par hypothèse, on supposera que ces renvois concerneront alors les dispositions les plus fondamentales de ces États, autrement dit l'identité constitutionnelle qu'ils ont souhaitée préserver dès la négociation des traités pour éviter de devoir faire face ultérieurement à une norme de droit dérivé contraire à celle-ci.

Si les déclarations unilatérales semblent naturellement à même de garantir un certain degré de protection des spécificités constitutionnelles nationales (A), les protocoles apparaissent plus efficaces et peuvent contribuer à la reconnaissance mutuelle de celles-ci (B).

A. La prise en compte naturelle des identités constitutionnelles nationales par les déclarations unilatérales des États membres

Les traités européens se singularisent par le nombre important et la diversité des déclarations qui sont attachées aux actes finaux des CIG⁷²⁵. Le TUE et le TFUE distinguent les déclarations relatives à des dispositions des traités, celles relatives à des protocoles annexés aux traités ainsi que les déclarations d'États membres. Ils distinguent aussi les déclarations adoptées par les CIG – par hypothèse multilatérales – et celles dont les CIG se contentent de prendre acte. On pourrait aussi les différencier en fonction de leur auteur étant donné qu'elles ne sont pas l'apanage des États, les institutions européennes pouvant également en être à l'origine. Compte tenu de notre objectif, nous nous attacherons ici aux déclarations unilatérales des États membres. Traditionnellement, le droit international public distingue les déclarations interprétatives et les réserves. Si cette distinction est délicate⁷²⁶, elle demeure néanmoins utile pour comprendre le droit de l'Union européenne. En effet, celui-ci comporte plusieurs déclarations interprétatives – parfois réitératives en réalité – faisant référence aux systèmes constitutionnels nationaux (1). Par ailleurs, il ne semble pas totalement étranger à la pratique des réserves qu'il traite cependant de manière originale (2).

⁷²⁵ V. BARBOU DES PLACES S., « Esquisse d'une typologie des annexes aux traités européens », in BARBOU DES PLACES S. (dir.), *Aux marges du traité. Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens, les protocoles et déclarations annexés*, Coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2011, p. 17.

⁷²⁶ V. le troisième rapport d'Alain Pellet, rapporteur spécial de la Commission du droit international, sur *Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités* (1998)(UN Doc. A/CN.4/491, paragraphes 236-421).

1) Les déclarations interprétatives : un instrument insuffisamment protecteur

En droit de l'Union européenne, la fréquence des recours aux déclarations unilatérales des États membres (a) semble être inversement proportionnelle à leur portée (b).

a) Une pratique répandue

On trouve dans les traités plusieurs déclarations d'États membres qui vont expressément faire référence sinon à leur identité, du moins à leur système institutionnel ou à leur droit constitutionnel. Ainsi, plusieurs déclarations insistent sur le respect de l'organisation constitutionnelle des États, tels que la structure fédérale interne⁷²⁷, les compétences des Parlements nationaux⁷²⁸, l'exigence de la tenue d'un référendum en cas de révision constitutionnelle⁷²⁹ ou la protection du champ d'application du droit national⁷³⁰. D'autres déclarations traitent pour leur part de valeurs nationales considérées comme fondamentales à l'image du concept de citoyenneté au Danemark⁷³¹, de la protection de la moralité publique et de la dignité humaine en Pologne⁷³² ou de la neutralité militaire de Malte

⁷²⁷ Déclaration de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Belgique relative à la subsidiarité, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam

⁷²⁸ Déclaration du Royaume de Belgique relative aux Parlements nationaux, annexée à l'acte final du traité de Lisbonne

⁷²⁹ Déclarations du Danemark sur la citoyenneté de l'Union et sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, associées à l'instrument de ratification du traité sur l'Union européenne ; déclaration du Danemark relative à l'article K.14 du traité sur l'Union européenne, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam ; déclaration unilatérale de l'Irlande, associée à l'instrument irlandais de ratification du traité de Lisbonne

⁷³⁰ Déclaration de la République tchèque sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, annexée à l'acte final du traité de Lisbonne

⁷³¹ Déclaration du Danemark sur la citoyenneté de l'Union, attachée à l'instrument de ratification du traité sur l'Union européenne, points 1 et 2 : « La citoyenneté de l'Union est un concept politique et juridique qui diffère complètement de celui de citoyenneté au sens que lui attribuent la constitution du Royaume de Danemark et le système juridique danois (...). La citoyenneté de l'Union n'octroie en aucune manière en soi à un ressortissant d'un autre État membre le droit d'acquérir la citoyenneté danoise ou tout autre droit, devoir, privilège ou avantage qui en découle en vertu de la constitution et des dispositions législatives, réglementaires et administratives du Danemark ».

⁷³² Déclaration de la République de Pologne sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, annexée à l'acte final du traité de Lisbonne : « La Charte ne porte atteinte en aucune manière au droit des États membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique, du droit de la famille ainsi que de la protection de la dignité humaine et du respect de l'intégrité humaine physique et morale ».

et de l'Irlande⁷³³. Il ne fait guère de doute que ces éléments relèvent de l'identité des États en question. On s'étonnera donc que des valeurs aussi fondamentales apparaissent dans des textes dont la portée semble principalement politique.

b) Une portée principalement politique

Le statut des déclarations unilatérales est incertain. En vertu de l'article 51 TUE⁷³⁴, « *les protocoles et annexes des traités en font partie intégrante* ». Or, étant donné que les déclarations sont annexées aux actes finaux des CIG et non aux traités eux-mêmes, une interprétation *a contrario* de cette disposition nous conduit à conclure que les déclarations n'ont pas la même force obligatoire que les traités sans que nous puissions en tirer un enseignement « positif » sur leur nature et leur valeur.

En droit international, si l'on met momentanément de côté la question des réserves, les déclarations sont pour la plupart interprétatives⁷³⁵. Elles visent à « préciser le sens ou la portée que le déclarant prête à certaines dispositions du traité⁷³⁶ ». Elles répondent « bien souvent au souci d'avancer une interprétation compatible avec les dispositions du droit interne⁷³⁷ ».

Dans ce contexte, nous considérons que les déclarations en droit de l'Union s'apparentent à des déclarations interprétatives même si elles peuvent s'avérer « réitératives ». Plusieurs déclarations précisent en effet implicitement que l'application du droit de l'Union est assurée sans préjudice du respect des structures constitutionnelles des États membres. Elles opèrent donc une interprétation du droit de l'Union compatible avec le droit national. En revanche, d'autres déclarations présentent selon nous une valeur ajoutée quasi nulle sur le plan juridique. Il en est ainsi de la déclaration de la République tchèque sur la Charte des

⁷³³ Déclaration de la République de Malte sur la neutralité, annexée à l'acte final du traité relatif à l'adhésion de Malte à l'UE ; déclaration unilatérale de l'Irlande, associée à l'instrument irlandais de ratification du traité de Lisbonne.

⁷³⁴ Ancien art. 311 TCE. Pour un commentaire, voir DAILLIER P., « Article IV-442 », in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, tome 1, Bruylant, 2007, p. 791.

⁷³⁵ Dans son rapport précité, Alain Pellet a réservé l'hypothèse de déclarations unilatérales « atypiques » distinctes des réserves et des déclarations interprétatives. Elles comprendraient notamment des « engagements allant au-delà des dispositions des traités » et des « offres visant à ajouter au traité une disposition nouvelle » (paragraphe 364-366). Nous n'avons identifié aucune déclaration de ce type dans les traités de l'Union européenne.

⁷³⁶ Troisième rapport sur *Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, op. cit., paragraphe 360.

⁷³⁷ *Ibid.* paragraphe 251.

droits fondamentaux de l'Union européenne, annexée à l'acte final du traité de Lisbonne. En substance, elle ne contient aucune innovation significative et se contente de réitérer les articles 51 et 53 de la Charte encadrant l'interprétation et l'application de cette dernière⁷³⁸.

Dans les deux cas, la valeur des déclarations sera principalement politique⁷³⁹. Elles comportent un effet de signal fort adressé à l'opinion publique nationale mais également aux juges communautaire et nationaux⁷⁴⁰. Ainsi, la déclaration tchèque relative à la Charte semble avoir été conçue avant tout pour la CJUE afin que celle-ci n'étende pas indûment le champ d'application de la Charte. On ne saurait cependant tout à fait exclure la production d'effets juridiques, singulièrement en matière d'interprétation des traités. Déjà, en droit international, la CIJ a pu juger qu'une déclaration devait être lue comme une clause d'interprétation et faisait même partie intégrante du traité en cause⁷⁴¹. Si la lettre de l'article 51 TUE semble interdire cette dernière conclusion, il est vrai que les déclarations peuvent revêtir une « importance politique, pratique et interprétative certaine⁷⁴² », notamment en raison du fait que les déclarations sont souvent approuvées par les Parlements nationaux et reproduites dans les décrets publiant les traités⁷⁴³. En pratique, il appartiendra à la CJUE d'interpréter l'interprétation en gardant à l'esprit deux impératifs contradictoires : l'effet utile du droit de l'Union et le respect des dispositions fondamentales des ordres juridiques nationaux. Très certainement, le curseur variera entre ces deux exigences en fonctions de l'importance respective des dispositions nationale et européenne en cause. On peut néanmoins s'attendre à ce que la Cour fasse plutôt prévaloir le droit de l'Union sur le droit national en présence d'une contradiction entre les principes fondamentaux du premier et une déclaration unilatérale d'un

⁷³⁸ La déclaration tchèque insiste juste sur le fait que les dispositions de la Charte s'adressent aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union « et non lorsqu'ils adoptent et mettent en œuvre le droit national indépendamment du droit de l'Union (...). Elle ne réduit pas le champ d'application du droit national et ne limite aucune compétence actuelle des autorités nationales dans ce domaine ».

⁷³⁹ Voir CONSTANTINESCO V., « La structure du traité instituant l'Union européenne. Les dispositions communes et finales, les nouvelles compétences », *CDE*, 1993, p. 251, sp. 261 ; PETIT Y., « Article R TUE », in CONSTANTINESCO V., KOVAR R., SIMON D. (dir.), *Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 913, sp. 923 ; TOTH A.G., « The Legal Status of the Declarations Annexed to the Single European Act », (1986) 23 *CMLR* 4, p. 803, sp. 811.

⁷⁴⁰ Evoquant l'avertissement adressé, via un protocole, au juge britannique contre l'invocation du droit à la négociation et à l'action collective (art. 28 Charte) dans des situations purement internes, JACQUE J.-P., « Le traité de Lisbonne : une vue cavalière », *RTDE*, 2008, 3, p. 439, sp. 452.

⁷⁴¹ CIJ, 1^{er} juillet 1952, *Ambatielos*, *Rec.* 28. Dans cette affaire opposant la Grèce au Royaume-Uni, la CIJ avait jugé que la déclaration grecque en cause faisait partie intégrante du traité dans la mesure où l'instrument de ratification du Royaume-Uni comprenait cette même déclaration.

⁷⁴² CONSTANTINESCO V., *op. cit.*, 261.

⁷⁴³ Ainsi, ce fut le cas de la France pour le traité de Lisbonne (mais pas pour l'Acte unique européen par exemple).

État membre⁷⁴⁴. Une simple déclaration de ce type ne constituera pas une digue suffisante face au principe de l'effet utile. Des réserves seraient comparativement plus efficaces.

2) *Les réserves aux traités et leurs substituts*

En droit international classique s'opposent souvent deux « idéaux-types » : d'une part, l'universalité, autrement dit le souhait d'avoir le plus grand nombre de parties à un traité et, d'autre part, l'intégrité, c'est-à-dire la volonté que l'ensemble des parties aient les mêmes droits et les mêmes obligations. Afin de trouver un équilibre entre les deux, le droit des traités dispose d'un instrument permettant d'assurer une « participation à contenu variable⁷⁴⁵ ». Il s'agit des réserves. Aux termes de l'article 1.d de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, « l'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ». A la différence de la déclaration interprétative, la réserve exprime ainsi l'intention d'un État d'être entièrement ou partiellement dégagé de certaines de ses obligations. Elle constitue un mode de différenciation des engagements conventionnels en fonction d'intérêts propres qui, éventuellement, pourraient être de nature constitutionnelle.

En droit de l'Union européenne, au-delà de la question théorique de l'admissibilité des réserves (a), il apparaît que la pratique soit neutralisée par l'adoption de décisions atypiques au sein du Conseil européen (b).

⁷⁴⁴ Par exemple, on verra plus loin que l'organisation constitutionnelle des États membres, protégée par le principe communautaire d'autonomie institutionnelle et procédurale, pourrait être remise en cause si elle s'avérait entraver la bonne application du droit de l'Union.

⁷⁴⁵ DUPUY P.-M., *Droit international public*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2008, n° 254.

a) Une licéité incertaine

Il ressort de l'objectif traditionnel d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » que la construction communautaire est, par nature, confrontée au dilemme entre l'horizontalité et la verticalité, entre l'élargissement et l'approfondissement. En effet, on a souvent considéré que les deux logiques étaient opposées, que l'élargissement de l'Union européenne constituait un frein à « l'intégration » et imposait une plus grande différenciation. Si nous ne sommes pas encore en présence d'une Europe « à géométrie variable » ou « à cercles concentriques », ce diagnostic est cependant vrai en partie⁷⁴⁶. Il nous conduit à faire le parallèle avec l'opposition universalité/intégrité des traités et à nous interroger sur l'admissibilité des réserves en droit de l'Union⁷⁴⁷.

À la différence de la plupart des conventions internationales, les traités européens restent muets quant à la licéité des réserves. Dans ces circonstances, eu égard à leur nature de traité, nous considérons que les dispositions de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sont applicables par défaut. L'article 19 autorise la formulation de réserves sous deux séries de conditions : une condition temporelle⁷⁴⁸ et des conditions substantielles. Ainsi, la réserve ne doit pas être interdite par le traité, le traité ne doit pas disposer seulement de réserves déterminées parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, la réserve ne doit pas être incompatible avec « l'objet et le but du traité ». Dans le cas présent, ce dernier point peut faire litige⁷⁴⁹. D'un côté, on pourrait juger que la formulation de réserves méconnaît la finalité intégratrice de la construction européenne. D'un autre côté, le processus d'élargissement accéléré et l'adhésion de dix nouveaux États membres en 2004 a infléchi la logique d'approfondissement, ouvrant la voie à plus de flexibilité par pragmatisme politique⁷⁵⁰. Par

⁷⁴⁶ On notera qu'à chaque nouvel élargissement, les nouveaux États membres se trouvent dans l'obligation de s'insérer dans une Union européenne déjà très « intégrée » en absorbant « l'acquis communautaire ». Ainsi, élargissement ne signifie pas renoncement à l'approfondissement mais seulement ralentissement.

⁷⁴⁷ Il est remarquable de constater que cette problématique ne semble avoir fait nulle part l'objet de recherches, même basiques.

⁷⁴⁸ La réserve doit être formulée au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer.

⁷⁴⁹ En dépit du silence des traités, on a pu voir une interdiction des réserves dans le simple fait que les traités doivent être adoptés d'un « commun accord » (TOTH A.G., *op. cit.*, 807). Une telle interprétation est trop audacieuse. A notre avis, ces mots renvoient à la procédure d'adoption et de révision des traités (art. 48.4 TUE) et ne peuvent signifier une exclusion des réserves.

⁷⁵⁰ En outre, on ne comprendrait guère qu'un traité à vocation économique n'admette pas les réserves alors que la CEDH, traité multilatéral ayant pour objet la protection en Europe de droits de l'homme supposés universels, les admet – tout en les encadrant (art. 64). Notons que l'étude des réserves formulées à l'égard de la CEDH peut être très instructive pour déterminer certains des éléments de l'identité constitutionnelle des États membres.

suite, nous doutons aujourd'hui de l'illicéité des réserves. Cependant, si elles ne sont pas inconcevables, elles tendent à être neutralisées par un procédé permettant de faire accepter par tous ce qui est revendiqué par un seul dans des circonstances exceptionnelles.

b) Une pratique neutralisée: les décisions atypiques des chefs d'État ou de gouvernement

Dans un de ses rapports relatifs aux réserves, Alain Pellet notait que la question de la permissibilité des réserves était parfois occultée par celle de leur opposabilité⁷⁵¹. En effet, une analyse réaliste des relations internationales peut conduire à conclure que tout État, en raison de sa souveraineté, est en droit d'émettre une réserve à un traité et que l'effectivité de celle-ci dépend en fin de compte de son acceptation par les autres États parties.

Le droit de l'Union semble en partie confirmer cette analyse. En effet, nous avons pu identifier deux situations propices à la formulation de réserves aux traités européens : d'une part, le cas danois au moment de la ratification du traité de Maastricht⁷⁵² ; d'autre part, le cas irlandais vis-à-vis du traité de Lisbonne⁷⁵³. Dans les deux situations, le mécanisme a été le même et ne laisse pas de surprendre. En effet, à la suite de référendums négatifs, il a été nécessaire de réfléchir aux scénarios de « sortie de crise ». Ainsi, le Danemark en 1992 et l'Irlande en 2009 ont d'abord adopté des déclarations unilatérales. Dans le premier cas, celles-

Plusieurs États parties se sont en effet fondés sur certaines dispositions de leurs constitutions nationales pour limiter les effets de la CEDH. Ainsi, les circonstances énumérées à l'article 16 de la Constitution française, relatif aux pleins pouvoirs du Président de la République en période d'état d'exception, doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 CEDH. En droit de l'Union, la compatibilité de l'article 16 résulte selon nous de l'article 4.2 TUE (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 »). Pour sa part, l'Espagne et Malte se sont appuyées sur leurs constitutions pour limiter, respectivement, la liberté de se syndiquer et la liberté d'expression de leurs fonctionnaires. De son côté, la principauté de Monaco a non seulement réaffirmé la priorité des Monégasques dans l'accès à l'emploi mais a également reconnu dans une déclaration la supériorité de la constitution sur la CEDH. Enfin, si l'on comprend que l'Irlande ne croyait probablement pas nécessaire de formuler une réserve relative à l'avortement lors de son adhésion en 1953, on s'étonnera que la Pologne ait accepté la CEDH sans réserves ni déclaration alors que certains « risques » en matière de moralité résultent plus du système CEDH que du droit de l'Union.

⁷⁵¹ Premier rapport sur *Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités* (UN Doc. A/CN.4/470, 1995, § 101 s.).

⁷⁵² Voir notamment CURTIN D., VAN OOIK R., « Denmark and the Edinburgh Summit : Maastricht without Tears », in O'KEEFE D., TWOMEY P. (ed.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, p. 349. Pour une analyse de science politique, on pourra aussi voir WORRE T., « First No, Then Yes : The Danish Referendums on the Maastricht Treaty 1992 and 1993 », (1995) 33 *Journal of Common Market Studies* 2, p. 235.

⁷⁵³ Sur cette question, voir KINGSTON S., « Ireland's options after the Lisbon Referendum : Strategies, implications and competing visions of Europe », (2009) 34 *E.L.Rev.* 3, p. 455.

ci concernaient la citoyenneté, la coopération en matière de justice et affaires et intérieures. La déclaration irlandaise réaffirmait pour sa part la « politique traditionnelle de neutralité militaire » de l'Irlande. La qualification de ces déclarations s'avère délicate. Alors qu'on a pu parler de « véritables réserves » à propos des déclarations danoises⁷⁵⁴, d'autres n'y ont vu que des déclarations interprétatives, voire purement réitératives⁷⁵⁵. A l'examen, il est vrai qu'il n'apparaît pas de manière indubitable que les textes danois et irlandais visaient à « exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions des traités ». Ceci est d'autant plus frappant que d'autres « préoccupations » avaient pu être exprimées. Or, au lieu d'être formulées sous forme de réserves, elles ont été intégrées dans des décisions *sui generis* au sein du Conseil européen.

S'agissant du cas danois, les chefs d'État et de gouvernement reprirent, à l'occasion du sommet d'Edimbourg du 12 décembre 1992, le contenu de déclarations et de protocoles sans apporter de réelle valeur ajoutée⁷⁵⁶. Pour sa part, la décision des chefs d'État ou de gouvernement des 27 États membres de l'UE, réunis au sein du Conseil européen, relative aux préoccupations du peuple irlandais concernant le traité de Lisbonne semble limiter les effets juridiques de certaines dispositions du traité. La décision va bien au-delà de la seule question de la neutralité de l'Irlande puisqu'elle apporte également des garanties juridiques en matière de politique fiscale, de droit à la vie, d'éducation et de politique familiale.

S'agissant de notre objet, il faut souligner l'apport de la section A au terme de laquelle :

« aucune des dispositions du traité de Lisbonne attribuant un statut juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice n'affecte de quelque manière que ce soit la portée et l'applicabilité de la protection du droit à la vie prévue à l'article 40.3.1, 40.3.2 et 40.3.3, de la protection de la famille prévue à l'article 41 et de la protection des droits en ce qui concerne l'éducation prévue aux articles 42, 44.2.4 et 44.2.5 de la Constitution de l'Irlande. »

⁷⁵⁴ PETIT Y., « Article R TUE », in CONSTANTINESCO V., KOVAR R., SIMON D. (dir.), *op. cit.*, 925.

⁷⁵⁵ CONSTANTINESCO V., *op. cit.*, 277.

⁷⁵⁶ En matière de citoyenneté, la décision réitère notamment les déclarations danoises et la déclaration relative à la nationalité d'un État membre. La non-participation du Danemark à la monnaie unique ainsi qu'à l'élaboration des décisions de l'Union ayant des implications en matière de défense étaient déjà prévues respectivement dans le protocole n°12 et, implicitement, à l'article J.4 (2) du traité de Maastricht. Dans le même sens, v. CURTIN D., VAN OOIK R., *op.cit.*, 358-364.

Si l'on verra que ce n'est pas la première fois que le droit de l'Union se réfère explicitement à des dispositions constitutionnelles nationales⁷⁵⁷, une telle disposition est marquante par son champ, par sa généralité et par son renvoi à la protection nationale de certains droits fondamentaux. Non seulement elle semble remettre en cause une certaine idée de la primauté, mais elle pourrait également être invoquée s'agissant d'autres droits. En effet, on peut voir dans la section A de la décision du Conseil européen l'affirmation de la subsidiarité de la protection communautaire de certains droits fondamentaux dans des domaines qui sont pourtant étroitement liés à – voire se confondent avec – la problématique des droits fondamentaux⁷⁵⁸. *A priori*, il ne s'agirait que du droit à la vie, de la protection de la famille et du droit à l'éducation. Cependant, il peut paraître étonnant que les articles cités aient parfois d'autres objets. Ainsi, les articles 40.3.1 et 40.3.2⁷⁵⁹ de la Constitution irlandaise concernent de manière générale les droits personnels tandis que l'article 44.2.5⁷⁶⁰ ne protège pas réellement le droit à l'éducation⁷⁶¹.

Quelle que soit l'interprétation retenue par la Cour, le procédé apparaît extrêmement original. On peut s'interroger, d'une part, sur le statut de décisions aussi atypiques⁷⁶² et, d'autre part, sur les raisons qui ont pu pousser à préférer aux réserves des décisions à la légalité controversée.

En premier lieu, les décisions des chefs d'État ou de gouvernement au sein du Conseil européen sont une énigme. Par ce procédé, le Conseil européen semble s'être investi d'un pouvoir extraordinaire de révision des traités. A la différence de la procédure de révision simplifiée et des autres décisions qu'il peut être amené à prendre, ce pouvoir est exercé de manière solitaire sans que le Parlement européen, la Commission ou les parlements nationaux

⁷⁵⁷ V. *infra* pp. 270-272.

⁷⁵⁸ Certes, l'article 53 de la Charte privilégie l'intensité de la protection à sa source. Autrement dit, il apparaît que la protection communautaire peut céder le pas à la protection constitutionnelle si le niveau de cette dernière est plus élevé. Toutefois, non seulement une telle interprétation est contestée, mais le standard de protection est également très délicat à évaluer (voir MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012, p. 307).

⁷⁵⁹ Aux termes de l'article 40.3 : « 1° L'État garantit le respect des droits personnels du citoyen dans sa législation et, dans la mesure du possible, de les défendre et de les faire valoir par ses lois; 2° L'État, en particulier, par sa législation, protège du mieux qu'il peut la vie, la personne, l'honneur et les droits de propriété de tout citoyen d'une injuste attaque et en cas d'injustice, il les fait valoir. »

⁷⁶⁰ L'article 44.2.5° dispose que : « chaque confession religieuse a le droit de diriger ses propres affaires, de posséder, d'acquérir et d'administrer ses biens meubles et immeubles, et d'entretenir des institutions à des fins religieuses ou charitables. »

⁷⁶¹ Quant à l'article 41, notons qu'il protège une conception jusnaturaliste et traditionnelle de la famille. En particulier, l'article 41.3.3, limitant la reconnaissance en Irlande de divorces prononcés dans un autre État membre, pourrait poser difficulté. V. *supra* pp. 196s.

⁷⁶² Dans le contexte déjà daté du traité de Maastricht à propos du cas danois, voir CURTIN D., VAN OOIK R., *op. cit.*, 353-358.

ne soient associés à la prise de décision. Par ailleurs, aucune norme d'habilitation ne ressort des traités constitutifs⁷⁶³. Certes, le Conseil européen est désormais formellement une institution européenne. Il prend plusieurs types de décisions dont la légalité peut être dorénavant examinée par la CJUE. Toutefois, sans même évoquer la question de l'application dans le temps des traités, il semble que les décisions en cause aient un caractère véritablement *sui generis*⁷⁶⁴.

Si l'on a pu y voir un accord international en forme simplifiée⁷⁶⁵, nous tendons à penser qu'elles se caractérisent par une légalité dérogatoire en présence de « circonstances exceptionnelles ». En effet, les situations engendrées par les « non » danois et irlandais ne sont pas sans rappeler, toutes proportions gardées, une forme d'« état d'exception communautaire » justifiant l'instauration temporaire d'une légalité d'exception. Il n'est guère concevable politiquement d'exclure le potentiel normatif de ces décisions sur le plan juridique dès l'entrée en vigueur des traités qu'elles modifient. Il est particulièrement intéressant de constater comment ces dispositifs sont appelés à entrer ultérieurement dans la pleine légalité communautaire⁷⁶⁶. En effet, les décisions des chefs d'État ou de gouvernement ont vocation à être reprises sous forme de protocoles lors de la prochaine révision des traités. Dans le cas de 1992, alors que la décision ne le prévoyait pas, le protocole sur la position du Danemark fut conclu lors de la CIG d'Amsterdam, soit cinq ans plus tard⁷⁶⁷. Dans le cas irlandais, il faudra *a priori* attendre l'adhésion d'un nouvel État membre⁷⁶⁸.

⁷⁶³ Il pourrait être soutenu que l'article 48.5 TUE constitue une telle base juridique. Cependant, non seulement cette disposition n'était pas en vigueur au moment de l'édition de la « décision irlandaise », mais le flou qui la caractérise nous laisse dubitatif quant à la possibilité d'en tirer une telle interprétation.

⁷⁶⁴ On peut douter que la décision considérée en l'espèce entrerait dans le champ de l'article 263 TFUE (ancien art. 230 TCE). D'une part, ce type de décision n'est pas prévu par les traités. D'autre part, sa qualification juridique comme décision du Conseil européen peut être contestée. Il s'agit en effet d'une décision des chefs d'État ou de gouvernement alors que le Conseil européen est aussi composé du président de la Commission et, depuis le traité de Lisbonne, de son propre président.

⁷⁶⁵ CURTIN D., VAN OOIK R., *op. cit.*, 356.

⁷⁶⁶ Notons que, dans les conclusions du sommet de Bruxelles des 18 et 19 juin 2009 (n° 11225/09), le Conseil européen a affirmé la pleine compatibilité [*sic*] de la décision avec le traité ainsi que le caractère juridiquement contraignant de celle-ci (points 4 et 5). Il en a déjà été de même lors du sommet d'Edimbourg à propos du Danemark.

⁷⁶⁷ On notera que le protocole, rappelant en préambule la décision, n'a repris qu'en partie le contenu de cette dernière, laissant de côté la question de la citoyenneté.

⁷⁶⁸ A propos du futur protocole, les conclusions du Conseil européen semblent se contredire. En effet, elles évoquent l'objectif de « conférer *pleinement* le statut de dispositions du traité aux *éclaircissements* énoncés dans la décision » alors même que « la décision est juridiquement contraignante » (point 5, souligné par nous). De plus, il est fait état que « le protocole clarifiera, mais ne modifiera pas le contenu ni l'application du traité de Lisbonne » tandis qu'il ne fait guère de doute que ses dispositions modifient les effets juridiques de la Charte et des dispositions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

En second lieu, au-delà du souhait de donner un fondement juridique solide aux décisions du Conseil européen, il apparaît que la transformation de ces dernières en protocoles est de nature à neutraliser la thématique – et la pratique éventuelle – des réserves en droit de l’Union européenne. Certes, le sort des réserves n’est pas scellé. En raison de leur plus grande simplicité et maniabilité, elles pourraient s’avérer utiles en cas de remise en cause par les traités de l’identité constitutionnelle des États membres telle qu’elle serait mise en évidence par les juges constitutionnels⁷⁶⁹ ou par le législateur national à l’occasion de l’examen de la loi de ratification. Néanmoins, outre le fait qu’il exprime la volonté implicite de ne pas permettre les réserves, le procédé global décision des chefs d’État ou de gouvernement/protocole ultérieur présente au moins trois avantages. D’abord, en « multilatéralisant » les réserves, il permet d’éviter l’embarras de l’unilatéralité des réserves en donnant l’apparence du consensus, du « commun accord ». Ensuite, compte tenu du contexte de crise dans lequel il y est fait recours, cela montre la bonne volonté de l’ensemble des partenaires européens vis-à-vis d’un peuple récalcitrant. Enfin, cette technique bénéficie d’une plus grande visibilité qu’une réserve sous forme de simple déclaration. Ceci importe particulièrement lorsqu’il s’agit de remporter un référendum perdu la première fois. Reste le problème de la légalité des décisions des chefs d’État ou de gouvernement. A cet égard, il conviendrait certainement de n’y recourir que de manière exceptionnelle. Ainsi, il est notable que, pour obtenir la ratification du traité de Lisbonne, la CIG a concédé à la République tchèque la conclusion d’un protocole ultérieur sans pour autant adopter de décision⁷⁷⁰. Les protocoles peuvent donc être autosuffisants lorsqu’il s’agit de préserver des éléments jugés essentiels de l’identité nationale.

⁷⁶⁹ Dans les juridictions ne connaissant pas la « supraconstitutionnalité », les déclarations d’inconstitutionnalité d’un traité sont souvent suivies d’une révision de la Constitution nationale. On pourrait tout à fait imaginer, en présence d’une règle ou principe relevant de l’identité constitutionnelle de l’État membre, que le pouvoir constituant renonce à une telle révision et que l’exécutif décide de formuler une réserve. A notre avis, il devrait d’ailleurs en être de même en cas d’interprétation conforme du traité à la constitution. La CJUE étant l’interprète authentique des traités, il est en effet loin d’être acquis que l’interprétation retenue par le juge national soit correcte. Qu’il nous soit permis à cet égard d’exprimer nos doutes quant à l’interprétation de la Charte des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel relativement aux traditions constitutionnelles communes, aux droits collectifs ainsi qu’au droit de manifester ses convictions religieuses. Ces réserves d’interprétation devraient cependant être prises en compte par la CJUE en cas de litige connexe au titre de leur autorité persuasive afin d’éviter le « conflit constitutionnel ». V. *supra* pp. 170-171.

⁷⁷⁰ A la suite des pressions du Président tchèque, le Conseil européen de Bruxelles des 29 et 30 octobre 2009 a prévu que le protocole sur l’application de la Charte des droits fondamentaux de l’UE à la Pologne et au Royaume-Uni s’appliquerait également à la République tchèque (n°15265/09, point 2). En l’absence de « décision des chefs d’État ou de gouvernement » en l’espèce, nous supposons que le protocole en question ne trouvera pas application immédiate à Prague.

B. La prise en compte originale de l'identité constitutionnelle des États membres par les protocoles

Originellement, les protocoles avaient pour objet d'éviter de surcharger les traités. Ils comportaient principalement soit des arrangements institutionnels, soit des mesures transitoires de nature économique au champ d'application territorial souvent limité. Avec le traité de Maastricht, un changement quantitatif et qualitatif est palpable. Non seulement les protocoles se sont multipliés, mais ils sont devenus des techniques de différenciation⁷⁷¹ parfois destinées à préserver l'identité constitutionnelle des États membres. En opérant des renvois aux systèmes constitutionnels nationaux (1), les protocoles favorisent de manière originale la reconnaissance mutuelle de ces identités (2).

1) La technique du renvoi aux systèmes constitutionnels nationaux

S'il arrive que les protocoles fassent explicitement référence à des dispositions constitutionnelles nationales (a), le renvoi aux systèmes juridiques nationaux est le plus souvent implicite (b).

a) Le renvoi explicite au droit à la vie garanti par la Constitution irlandaise

Aux termes du protocole n°17 annexé au traité de Maastricht,

« aucune disposition du traité sur l'Union européenne, des traités instituant les Communautés européennes, ni des traités et actes modifiant ou complétant lesdits

⁷⁷¹ Sur cette question, v. BOSSE-PLATIERE I., « Annexes et différenciation », in BARBOU DES PLACES S. (dir.), *Aux marges du traité, op. cit.*, 115 ; CONSTANTINESCO V., « Les protocoles et déclarations annexées au projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe », in CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., MICHEL V. (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, p. 313 (selon l'auteur, les protocoles « ne sont pas que des musiques d'accompagnement » : *ibid.* 316).

traités n'affecte l'application en Irlande de l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande⁷⁷² ».

Ce protocole est intervenu dans un contexte politico-juridique délicat et complexe. A l'approche du référendum sur le traité de Maastricht se posait la question de savoir si le droit communautaire était susceptible de remettre en cause le droit à la vie de l'enfant à naître⁷⁷³. En effet, deux mois avant la signature du traité de Maastricht, la CJCE avait habilement évité d'aborder le problème de la conciliation entre la liberté de prestation de services et le droit à la vie de l'enfant à naître mais semblait laisser entendre que la première pourrait prévaloir sur le second dans certaines circonstances⁷⁷⁴. De peur qu'une décision future ne le confirme, le Gouvernement irlandais décida de négocier le protocole susvisé avant de se repentir peu après en raison de craintes électorales⁷⁷⁵. A défaut d'une modification du protocole, les Hautes parties contractantes adoptèrent une déclaration par laquelle elles reconnaissaient que celui-ci n'affectait ni la liberté de déplacement, ni la liberté de fournir des informations concernant des services autorisés dans les autres États membres. A la fin de l'année 1992, le pouvoir constituant irlandais confirmait cette évolution en révisant l'article 40.3.3 afin d'y inclure ces deux éléments⁷⁷⁶. Malgré la déclaration et la révision, le protocole n'a quant à lui pas été modifié ultérieurement⁷⁷⁷. Repris par le traité de Lisbonne sous le numéro 35, il est désormais intitulé *Protocole sur l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande*⁷⁷⁸ et se trouve -

⁷⁷² L'article 40.3.3 dispose que « l'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, tout en tenant compte du droit égal à la vie de la mère, s'engage à respecter et à défendre ce droit dans sa législation dans tout la mesure du possible. Le présent alinéa ne peut pas être réputé limiter la liberté de circulation entre l'État irlandais et un autre État. Le présent alinéa ne peut pas être réputé limiter, sur le territoire irlandais, la liberté d'accès à, ou la mise à disposition d'informations relatives à des services existant légalement dans un autre État, sous réserve des dispositions de la loi ».

⁷⁷³ V. *supra* p. 182 et pp. 196s.

⁷⁷⁴ CJCE, 4 octobre 1991, *SPUC c/ Grogan*, C-159/90, *Rec.* I-4865. Pour de plus amples développements, voir plus loin.

⁷⁷⁵ Voir HOGAN G., « Protocol 17 », in KEATINGE P. (ed.), *Maastricht and Ireland. What the Treaty means*, Institute of European Affairs, Dublin, 1992, p. 109, sp. 111.

⁷⁷⁶ Notons que la révision est également le résultat de la condamnation de l'Irlande par la CEDH (15 voix contre 8) pour l'interdiction – jugée disproportionnée – de la liberté d'information en matière d'avortement (CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman c/ Irlande*, série A246-A). On lira utilement les opinions dissidentes des juges Cremona et Blayney qui mirent en évidence le fait qu'était en cause « une disposition constitutionnelle *tenue pour fondamentale* » et devant être respectée au titre de la marge d'appréciation de l'État (souligné par nous).

⁷⁷⁷ A la question de savoir si, à l'occasion d'un litige, l'article 40.3.3 est celui en vigueur au moment de l'adoption du protocole ou au moment du litige, nous penchons pour la seconde solution. De manière générale, en présence de tels protocoles, nous pensons que le juge devrait s'inspirer de la rétroactivité *in mitius* du droit pénal en n'appliquant la dernière version que dans l'hypothèse où celle-ci s'avère moins attentatoire au droit de l'Union que la précédente. En effet, si les États membres se sont accordés sur un protocole établissant une telle dérogation, cette dernière doit être interprétée strictement et ne peut être valablement étendue unilatéralement par l'État qui en bénéficie.

⁷⁷⁸ Cf. COLLINS A.M., « Protocole relatif à l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande », in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F., *op. cit.*, 964.

étonnamment - annexé à la fois au TUE, au TFUE et au traité Euratom alors que sa portée semble avoir été largement neutralisée. Mis à part ce protocole hautement symbolique et dans l'attente d'un deuxième à l'occasion de la prochaine révision des traités, le droit de l'Union ne renvoie qu'implicitement aux systèmes constitutionnels nationaux.

b) Les renvois implicites

Les protocoles se réfèrent parfois indirectement aux droits fondamentaux ou à l'organisation interne d'un État membre tels qu'ils sont définis par les constitutions nationales. Ainsi, en matière de droits fondamentaux, deux protocoles nous renvoient à la possible confrontation entre la protection communautaire et la protection nationale. Tout d'abord, le protocole relatif à l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE à la Pologne et au Royaume-Uni⁷⁷⁹ indique que le titre IV, relatif aux droits sociaux, ne crée des droits justiciables dans ces deux États que dans la mesure où les droits en cause sont prévus dans leur législation nationale. Ensuite, le protocole sur l'avortement à Malte dispose que rien dans les traités « n'affecte l'application, sur le territoire de Malte, de la législation nationale relative à l'avortement⁷⁸⁰ ». Pour la prise en compte de l'organisation constitutionnelle interne, on citera les protocoles sur les Îles Aland et sur le peuple lapon⁷⁸¹ qui reconnaissent à ces derniers une autonomie accrue conformément aux systèmes juridiques de la Finlande et de la Suède⁷⁸². S'ils sont peu nombreux, il apparaît que les protocoles entrant dans le champ de notre étude sont en tout état de cause fortement chargés sur le plan symbolique.

⁷⁷⁹ Protocole annexé au traité de Lisbonne.

⁷⁸⁰ Protocole annexé à l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la République de Malte et autres. Notons que si, en l'état actuel du droit positif, la Constitution maltaise ne contient aucune disposition relative à l'avortement, des propositions de révision constitutionnelle vont en ce sens.

⁷⁸¹ Protocoles n° 2 et 3 annexés à l'acte d'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède.

⁷⁸² Sur ce statut d'autonomie « dans le cadre du droit national et du droit international », v. HANNIKAINEN L., « Autonomy in Finland : The Territorial Autonomy of the Aland Islands and the Cultural Autonomy of the Indigenous Saami People », (2002) 2 *Baltic Yearbook of International Law*, p. 175. Le statut autonome des îles Aland résulte en partie de la section 120 de la Constitution finlandaise tandis que l'autonomie des Lapons trouve sa source dans les sections 17 et 121.

2) *Un usage modéré favorisant la reconnaissance mutuelle des identités constitutionnelles nationales*

La prise en compte des spécificités constitutionnelles nationales par certains protocoles est particulièrement originale. En raison de l'exigence d'unanimité qui préside à leur adoption et eu égard à leur valeur juridique, ces protocoles « tous pour un, un pour tous » soulignent, d'une part, la déférence de chacun vis-à-vis de ce qu'un seul peut juger essentiel et, d'autre part, l'engagement de chaque État destinataire de respecter le droit de l'Union dans la mesure où, via ces instruments juridiques, ils disposent des moyens d'assurer la préservation de leur propre identité. Certes, de tels protocoles sont hétérodoxes en ce qu'ils subordonnent l'application du droit de l'Union à des dispositions constitutionnelles nationales. Ils sont également inhabituels⁷⁸³ dans la mesure où ils ne semblent pas soumettre les dérogations – d'ailleurs conçues en des termes intangibles et permanents – au respect traditionnel du principe de proportionnalité⁷⁸⁴. Toutefois, les craintes d'un « détournement de l'acquis communautaire » ou de l'ouverture de la « boîte de Pandore »⁷⁸⁵ ne nous semblent pas justifiées. Tout d'abord, l'existence de l'article 4.2 TUE, selon l'interprétation que la Cour en fera à l'avenir, pourrait limiter le recours aux protocoles même si l'on admettra que ceux-ci présentent l'avantage de renforcer la sécurité juridique et la confiance légitime. Ensuite, si des protocoles de ce type s'avèrent manifestement contraires à l'esprit des traités, on peut alors s'attendre à ce qu'ils ne soient pas adoptés, faute de consensus. Enfin, le discours de la boîte de Pandore laisse entendre que les spécificités nationales de nature identitaire sont sans limite, ce dont nous doutons⁷⁸⁶. Aussi, un recours mesuré aux protocoles ne nous semble-t-il pas problématique. Un tel procédé est à même de garantir efficacement la préservation des identités constitutionnelles des États membres. En effet, compte tenu de la place des protocoles au sommet de la hiérarchie des normes communautaires⁷⁸⁷, le droit dérivé devra être édicté en conformité avec ces textes et, par suite, respecter indirectement les

⁷⁸³ Voir à propos du protocole irlandais, PHELAN D.R., WHELAN A., « National Constitutional Law and European Integration : FIDE Report », (1997) 6 *IJEL* 1, p. 24, sp. 50-54.

⁷⁸⁴ Voir plus loin le contrôle de proportionnalité effectué par la CJUE dans l'affaire *Michaniki*.

⁷⁸⁵ Expriment de telles craintes, CURTIN D., « The Constitutional Structure of the Union : A Europe of Bits and Pieces », (1993) 30 *CMLR*, p. 17, sp. 46-49.

⁷⁸⁶ Pour s'en convaincre, on se reportera à la partie I, titre 2 de cette thèse.

⁷⁸⁷ Cependant, plusieurs auteurs se sont interrogés sur la place des protocoles au sein du droit originaire. Pour le professeur Daillier, en cas de conflit entre un protocole et une autre norme de droit originaire, le juge doit soit rechercher une interprétation conciliatrice, soit appliquer la règle *lex posterior derogat priori*. Il reconnaît cependant que, dans une logique constitutionnelle, un protocole doit probablement céder le pas aux normes « éminentes » (DAILLIER P., « Article IV-442 », in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *op. cit.*, 791, sp. 794).

identités. Cependant, indépendamment du droit originaire, il apparaît que les normes secondaires peuvent assurer une protection immédiate de ces identités.

II. LA PROTECTION PAR LE DROIT DÉRIVÉ

Même si les États membres ont accepté des transferts de compétences significatifs, un « souci identitaire légitime » demeure et semble justifier la prise en compte des identités constitutionnelles nationales dans le cadre de la concrétisation des traités⁷⁸⁸.

A priori, une telle prise en compte apparaît aujourd'hui difficile. D'abord, les directives, instruments privilégiés de la flexibilité, présentent encore un caractère souvent détaillé et très harmonisateur même si elles peuvent être aussi souvent vagues. Ensuite, les préoccupations nationales exprimées au sein du Conseil de l'Union ont vu leur importance relativisée du fait de l'extension du vote à la majorité qualifiée et de la procédure de codécision ainsi que de l'effacement du compromis de Luxembourg. Enfin, la disparition de la structure en piliers semble renforcer l'intégration plutôt que la différenciation.

Pour autant, cette protection n'est ni impossible, ni tout à fait inexistante. Si les actes de droit dérivé ne préservent les spécificités constitutionnelles que de manière très marginale et souvent à titre symbolique (A), le processus décisionnel dans l'Union pourrait utilement permettre une prise en compte accrue de celles-ci (B).

A. Une prise en compte encore très modeste

Une recherche sur le respect de l'identité constitutionnelle des États membres par le droit dérivé se heurte principalement à un obstacle quantitatif. Compte tenu du nombre d'actes de droit dérivé en vigueur, il est impossible de procéder à un examen exhaustif. Afin de circonscrire le champ de l'étude, nous nous sommes efforcés d'identifier les actes susceptibles de renvoyer aux dispositions constitutionnelles internes, de les contredire ou bien

⁷⁸⁸ V. Préface, in SAURON J.-L., *Droit communautaire et décision nationale. Le processus décisionnel national dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit communautaire*, LGDJ, 1998, p. 7.

de les intégrer dans une perspective différencialiste. Pour ce faire, nous avons donné priorité aux directives et décisions-cadres (plutôt qu'aux règlements) ayant pour objet ou pour effet la protection des droits fondamentaux. Les actes ayant fait l'objet d'un contrôle interne de constitutionnalité dans différents États membres ont particulièrement bénéficié d'une attention accrue.

Il ressort de notre enquête que la reconnaissance des spécificités constitutionnelles nationales par les actes de droit dérivé se limite souvent au préambule de ces textes (1) tandis que l'Union européenne semble hésiter entre système uniforme et système différencié de protection des droits fondamentaux (2).

1) De la simple reconnaissance à l'obligation négative de respect des particularismes constitutionnels

Les quelques actes de droit dérivé renvoyant aux constitutions nationales le font le plus souvent de manière très modeste dans leur préambule. *A minima*, ils reconnaissent que tel droit fondamental peut trouver sa source à la fois dans les constitutions nationales et dans la CEDH ou la Charte des droits fondamentaux⁷⁸⁹. Ils déduisent parfois de cette diversité de sources une obligation négative de respect des droits fondamentaux constitutionnellement garantis au niveau national. Par exemple, on peut lire dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen que « la présente décision-cadre n'empêche pas un État membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives au respect du droit à un procès équitable, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias⁷⁹⁰ ». De même, la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 « n'entend

⁷⁸⁹ Considérant 3 du préambule de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 sur la rétention de données personnelles concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *JOCE* L 201/37, 31 juillet 2002 (directive vie privée et communications électroniques).

⁷⁹⁰ Considérant 12 du préambule de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOCE* L 190/1, 18 juillet 2002. On retrouve la même formule à la fin du préambule de la décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, *JOUE* L 350/72, 30 décembre 2008.

pas porter atteinte aux règles et principes fondamentaux nationaux en matière de liberté d'expression⁷⁹¹ ».

L'effectivité de ces formules dépend du statut des préambules. D'un côté, la Cour de Luxembourg a notamment reconnu que ceux-ci pouvaient non seulement guider son interprétation mais également être invoqués au soutien d'une demande. En effet, « la motivation vise à donner aux parties la possibilité de défendre leurs droits, à la Cour d'exercer son contrôle et aux États membres, comme à tout ressortissant intéressé, de connaître les conditions dans lesquelles il a été fait application du traité⁷⁹² ». D'un autre côté, la Cour peut s'appuyer sur le fait que, en légistique communautaire, les considérants ne comportent pas de dispositions normatives et se contentent de motiver le dispositif⁷⁹³. En l'absence de référence à la protection constitutionnelle des droits fondamentaux dans le dispositif, on peut donc douter de l'effet utile des formules susvisées, d'autant plus que l'approche communautaire s'avère ambiguë en matière de droits fondamentaux.

2) Les ambiguïtés de l'approche communautaire en matière de droits fondamentaux : entre harmonisation et différenciation

L'Union européenne semble hésiter entre une conception uniforme et une conception différenciée des droits fondamentaux. Pour des raisons inhérentes à la construction communautaire, la première a longtemps semblé prévaloir dans la jurisprudence de la Cour mais aussi dans les actes de droit dérivé. Il est notable que, au nom de la réalisation du marché intérieur, des directives aient pu avoir pour objet l'harmonisation des droits fondamentaux, notamment en matière de vie privée⁷⁹⁴. Cette approche semble aujourd'hui contrebalancée par

⁷⁹¹ Considérant 9 du préambule de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOCE* L 178/1, 17 juillet 2000.

⁷⁹² CJCE, 4 juillet 1963, *Allemagne c/Commission*, aff. 24-62, *Rec.* 134, 143. Pour des illustrations en ce sens à propos des considérants de la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, CJCE, 16 décembre 2008, *Huber c/ Allemagne*, C-524/06, *Rec.* I-0705 ; CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, C-518/07, *Rec.* I-1885, points 20 et 22.

⁷⁹³ V. Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'attention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires (point 10). Disponible sur www.eur-lex.europa.eu.

⁷⁹⁴ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE* L 281, 23 novembre 1995. Voir aussi la directive vie privée et communications électroniques, précitée.

la prise en compte de la protection nationale des droits fondamentaux. Si l'on fera abstraction ici de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, on insistera sur l'apport de la décision-cadre du 28 novembre 2008 relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie⁷⁹⁵. Après avoir évoqué en préambule la diversité des traditions juridiques et l'impossibilité d'une harmonisation complète, elle énonce en son article 7 que :

« 1. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'association, tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. 2. La présente décision-cadre n'a pas pour effet d'obliger les États membres à prendre des mesures contraires aux principes fondamentaux relatifs à la liberté d'association et à la liberté d'expression dans d'autres médias, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles (...) ».

Succédant à une action commune, cette décision-cadre exprime le respect dû aux « traditions constitutionnelles » sans que le caractère commun de celles-ci ne soit ici mentionné. Alors que la proposition de la Commission ne contenait pas de disposition de ce type⁷⁹⁶, le Conseil semble avoir souhaité articuler protection communautaire et protection nationale de la liberté d'expression et de la liberté d'association afin de tenir compte des réserves exprimées par certains États membres⁷⁹⁷. Pour autant, on ne peut préjuger de la position de la Cour en cas de litige même si cette dernière se doit d'accepter les dérogations expresses aux traités. L'obligation incombant à l'Union européenne demeure négative et ne signifie pas que la Cour se montrera nécessairement amène vis-à-vis de conceptions nationales des droits fondamentaux. Dans tous les cas, il est notable de constater que le Conseil est probablement l'institution la plus encline à assurer un certain respect de l'identité constitutionnelle des États membres dans le cadre du processus décisionnel.

⁷⁹⁵ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, JOUE L 238/58, 6 décembre 2008.

⁷⁹⁶ COM 2001/664.

⁷⁹⁷ Ceci ressort notamment de la décision 18/2004 de la Cour constitutionnelle hongroise relative à un projet de loi criminalisant les discours de haine. Se référant au projet de décision-cadre, elle conclut que cette dernière devait préserver les principes et valeurs constitutionnelles des États membres (citée in SADURSKI W., « 'Solange, chapter 3', Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union », (2008) 14 *ELJ* 1, p. 1, sp. 26).

B. Une prise en compte possible : le potentiel du processus décisionnel et l'association des acteurs nationaux à l'élaboration du droit dérivé de l'Union

Le processus décisionnel dans l'Union européenne⁷⁹⁸ associe de multiples acteurs parmi lesquels il est plus ou moins probable que les spécificités nationales soient préservées. S'agissant des institutions de l'UE, la Commission et le Parlement européen ne paraissent guère constituer de bons candidats à cet effet⁷⁹⁹. Si l'on réserve le cas du Conseil européen, le plus souvent à la marge du processus décisionnel *stricto sensu*, le Conseil de l'Union va par nature être le siège des revendications des États membres via les représentations permanentes. S'agissant des acteurs nationaux, les Parlements et les administrations vont pour leur part exercer une magistrature d'influence en remplissant une fonction de veille qui peut les conduire à tirer l'alarme de l'identité constitutionnelle. Certes, il est très difficile de savoir dans quelle mesure leur rôle peut être déterminant dans l'adoption de l'acte final. Cependant, les Parlements et les administrations disposent de moyens leur permettant d'attirer l'attention de leur Gouvernement ainsi que des institutions communautaires en présence d'une éventuelle violation de dispositions constitutionnelles fondamentales. Si les premiers peuvent détourner le contrôle de subsidiarité au profit d'un contrôle au fond (1), ils ne disposent néanmoins pas de l'expertise juridique qui peut faire de certains conseillers du Gouvernement les sentinelles de l'identité constitutionnelle (2).

1) L'extension imparfaite du contrôle parlementaire sur les actes de droit dérivé de l'Union

Depuis l'adoption du traité de Maastricht, les pertes successives par les Parlements nationaux de pans entiers de compétences ont été « compensées » par l'association croissante de ceux-ci aux affaires de l'Union européenne au titre de la fonction de contrôle. En France, cette association est prévue par l'article 88-4 de la Constitution qui a mis en place un droit d'information du Parlement français et l'a assorti de la possibilité de voter des résolutions

⁷⁹⁸ Outre l'ouvrage précité de Jean-Luc Sauron, on se reportera également à CHALTIEL F., *Le processus de décision dans l'Union européenne*, Réflexe Europe, La Documentation française, 2006.

⁷⁹⁹ On peut toutefois imaginer que les experts nationaux détachés auprès de la Commission peuvent éventuellement souligner quelques difficultés juridiques internes.

destinées à alerter le Gouvernement sur certaines matières sensibles⁸⁰⁰. A travers ces « petites lois », le Parlement peut attirer l'attention – en des termes plus souvent politiques que juridiques – sur des éléments de l'identité nationale qu'il jugera très importants, à l'image du service public « à la française »⁸⁰¹ ou des droits fondamentaux⁸⁰². Cependant, ses résolutions ne sont pas contraignantes. En Allemagne ou en Autriche⁸⁰³, le Parlement semble pouvoir mieux contribuer à la préservation de l'identité constitutionnelle. D'une part, il procède lui-même à une évaluation globale – y compris juridique – des effets de l'acte examiné⁸⁰⁴. D'autre part, ses prises de position lient en règle générale le Gouvernement, notamment lorsque les compétences des Länder – autrement dit l'identité fédérale – sont en cause⁸⁰⁵.

Avec la mise en place d'une procédure de contrôle du principe de subsidiarité par le traité de Lisbonne⁸⁰⁶, l'ensemble des Parlements nationaux semblent désormais d'un instrument détourné pouvant leur permettre de garantir les spécificités constitutionnelles de leur État. Déjà, au titre même de l'article 88-4, le Parlement français a pu confondre dans ses résolutions le respect de la subsidiarité et la garantie de certaines traditions juridiques telle

⁸⁰⁰ Sur cette disposition, v. ALBERTON G., « L'article 88-4 de la Constitution ou l'avènement d'un nouveau Janus constitutionnel », *RDP*, 1995, p. 921 ; NUTTENS J.-D., *Le Parlement français et l'Europe : l'article 88-4 de la Constitution*, LGDJ, 2001 ; ROUSSILLON H. (dir.), *L'article 88-4 de la Constitution française*, PUSST, 1995. Pour une perspective comparatiste, SAULNIER-CASSIA E., *La participation des Parlements français et britannique aux Communautés et à l'Union européenne. Lecture parlementaire de la construction européenne*, LGDJ, 2002.

⁸⁰¹ Il ressort de plusieurs résolutions que le Parlement français souhaiterait faire prévaloir en Europe la définition française du service public, notamment dans sa dimension sociale. Voir récemment la référence à la « tradition républicaine » dans la résolution de l'Assemblée nationale du 6 octobre 2009 sur les services sociaux d'intérêt général (TA n° 346, JOLD 7 octobre 2009). Sur le même sujet, rapport d'information n° 1574 du 1^{er} avril 2009. Déjà, résolution Assemblée nationale TA n° 735 du 5 décembre 2001 sur la proposition de directive concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et visant à instaurer une directive-cadre fixant les règles générales applicables aux services d'intérêt général ; résolution Assemblée nationale TA n° 402 du 15 mars 2005 sur la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur (« directive Bolkestein »).

⁸⁰² V. par exemple résolution Sénat n°147 du 7 juin 1994 sur la proposition modifiée de directive du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (exigence de protection équivalente des libertés publiques) ; résolution Assemblée nationale TA n° 120 du 10 avril 2003 sur la coopération judiciaire entre l'UE et les États-Unis ; résolution Assemblée nationale TA n° 674 du 7 février 2007 sur les droits fondamentaux dans l'espace pénal européen (référence aux traditions et systèmes juridiques nationaux à propos de la mise en œuvre du principe *ne bis in idem*).

⁸⁰³ V. HUBER P., « Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtsetzung der Europäischen Union. Zur Sicherung und zum Ausbau der Mitwirkungsrechte des deutschen Bundestag », in *Aktuelle Analysen 24*, Hans Seidel Stiftung, München, 2001 ; WOHLAND E., *Bundestag, Bundesrat und Landesparlamente im europäischen Integrationsprozess. Zur Auslegung von Art. 23 Grundgesetz unter Berücksichtigung des Verfassungsvertrags von Europa und des Vertrags von Lissabon*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang Verlag, 2008.

⁸⁰⁴ § 7 (2) Gesetz zur Zusammenarbeit von Bundesregierung und deutschem Bundestag in Angelegenheiten der EU (12 mars 1993 ; *BGBL*. I S. 311).

⁸⁰⁵ Art. 23 d Constitution fédérale autrichienne ; art. 23 V et art. 23 VI Loi fondamentale allemande.

⁸⁰⁶ Voir le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au traité de Lisbonne.

que la laïcité⁸⁰⁷ ou la libre administration des collectivités territoriales⁸⁰⁸. Avec le contrôle spécifique de subsidiarité, on peut s'attendre à ce que les Parlements dérivent vers un « contrôle d'identité ». Leur relation immédiate avec les institutions européennes en la matière pourrait garantir une prise en compte politique des éléments identitaires⁸⁰⁹. Juridiquement en revanche, on peut douter de la portée d'une telle évolution. D'une part, si des spécificités nationales sont réellement en cause, alors elle ne seront invoquées que par un seul Parlement national. Par la suite, elles ne pourront faire l'objet d'un réexamen, le seuil exigible n'étant pas atteint⁸¹⁰. D'autre part, si la CJUE peut être saisie par un Parlement national d'un recours pour violation du principe de subsidiarité *stricto sensu*⁸¹¹, elle risque de ne pas sanctionner la méconnaissance déguisée de l'identité constitutionnelle⁸¹². Dans ces circonstances, un éventuel dévoiement du contrôle de subsidiarité ne semble présenter qu'un intérêt politique, surtout lorsque la veille constitutionnelle est largement assurée par les conseillers juridiques du Gouvernement.

⁸⁰⁷ Résolution Assemblée nationale TA n° 384 du 20 décembre 2009 sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (JOLD 22 décembre 2009) : « les précisions nécessaires doivent lui être apportées pour garantir, conformément au principe de subsidiarité et au traité, le plein respect des compétences des États membres, notamment dans les domaines touchant aux libertés publiques, à la laïcité et au droit civil ».

⁸⁰⁸ Résolution Assemblée nationale TA n° 694 du 27 juin 2001 sur la proposition de règlement relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public, dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable. Dans cette petite loi, l'Assemblée utilise le principe de subsidiarité au service de l'article 72 de la Constitution.

⁸⁰⁹ Voir l'article 6 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ainsi que le nouvel article 88-6 de la Constitution française.

⁸¹⁰ L'article 7 du protocole prévoit un réexamen du projet d'acte législatif à la demande d'un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux (un quart seulement dans certains cas). Pour un tout premier exemple, v. le « carton jaune » adressé à la proposition de règlement relatif au droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services (COM (2012) 130). Dans le cadre de notre problématique, notons que le Parlement portugais a considéré, au titre du contrôle de subsidiarité, que « la réconciliation des droits sociaux et des droits économiques se heurtait avec la tradition constitutionnelle portugaise » (source : www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/APP20120064/ptass.do).

⁸¹¹ Article 8 du même protocole.

⁸¹² Sur la distinction entre respect de la subsidiarité et préservation de l'identité constitutionnelle, voir chapitre précédent.

2) *Le contrôle du Conseil d'État sur les projets d'actes de droit dérivé: une ressource insuffisamment utilisée*

Le Parlement ne disposant pas de l'expertise juridique nécessaire, il apparaît que le contrôle des projets d'actes de droit dérivé appartient en France aux services juridiques des ministères et, surtout, au Conseil d'État en l'absence de rôle imparti au Conseil constitutionnel en la matière⁸¹³.

S'agissant des structures ministérielles, la circulaire du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition des directives et décisions-cadres⁸¹⁴ exige des ministères chef de file une « fiche d'impact juridique simplifiée » le plus en amont possible, par exemple lors de la consultation sur les livres blancs ou les livres verts. Par ailleurs, le Secrétariat Général des Affaires européennes (SGAE), interface entre le niveau européen et le niveau national directement rattachée au Premier ministre, dispose d'un secteur juridique chargé d'identifier les contraintes institutionnelles au stade de l'élaboration et de la transposition des actes de droit dérivé. Cependant, eu égard à l'identité constitutionnelle, il n'est pas certain que ces structures ministérielles constituent les instances naturelles chargées d'en garantir le respect. Au cœur de l'action gouvernementale, elles doivent également composer avec d'autres contraintes de type politique et économique. Dès lors, le respect des spécificités constitutionnelles essentielles semble devoir relever d'un gardien du droit qui serait également gardien du temple. A cet effet, quel meilleur candidat que le Conseil d'État dans sa fonction consultative ?

Le Conseil d'État est sans doute l'institution la plus à même de faire ressortir les inconstitutionnalités les plus criantes. Initialement, son association était prévue au titre de la mise en œuvre de l'article 88-4. Principalement chargé de déterminer le caractère législatif ou réglementaire des projets d'actes communautaires afin de savoir si ces derniers sont soumis à l'obligation de transmission au Parlement, le Palais royal a pu également être amené à soulever quelques inconstitutionnalités de fond. Ainsi, dans son « grand avis » à propos de la proposition de directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, le

⁸¹³ On rappellera pour mémoire les propositions de loi constitutionnelle déposées en 1993 par les députés Pierre Mazeaud et Robert Pandraud et par le sénateur Jacques Oudin tendant à investir le Conseil constitutionnel d'une mission de contrôle de constitutionnalité des projets d'actes de droit dérivé.

⁸¹⁴ JO n°230 du 2 octobre 2004, p. 16920.

Conseil d'État avait soulevé la question de l'effet cliquet en matière de droits fondamentaux en soulignant le risque de régression de la protection⁸¹⁵. Cependant, il s'est rapidement avéré impossible de généraliser un contrôle au fond compte tenu du nombre de textes à examiner et de la brièveté des délais⁸¹⁶.

Dans ce contexte a été instaurée la possibilité d'une saisine *ad hoc* et ponctuelle du Conseil d'État sur la base de l'article L. 112-2 du Code de justice administrative tel qu'interprété par une circulaire du Premier ministre en date du 30 janvier 2003⁸¹⁷. En présence d'une proposition d'acte communautaire « susceptible d'avoir un impact important en droit interne », le Premier ministre peut solliciter l'avis du Palais royal. Ainsi, ce dernier a pu soulever le risque d'inconstitutionnalité de la proposition de décision-cadre relative à l'application du principe *ne bis in idem* en matière pénale⁸¹⁸ ainsi que de la proposition de directive Bolkestein⁸¹⁹. Si cette procédure est susceptible de mettre en évidence la méconnaissance de l'identité constitutionnelle de la France, elle pâtit toutefois d'un déficit d'utilisation. Au 1^{er} janvier 2010, le concours du Conseil d'État n'avait été sollicité que cinq fois⁸²⁰, au grand dam de ce dernier⁸²¹. Par ailleurs, on pouvait regretter que la saisine pour avis du Conseil d'État ne soit pas ouverte au Parlement afin de renforcer le positionnement de celui-ci dans la négociation des actes de droit dérivé. Cette situation semble néanmoins évoluer à la faveur de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. L'élargissement du champ d'application de l'article 88-4 à *tout* projet d'acte de l'Union indépendamment de sa nature législative ou réglementaire impose en effet de repenser le rôle consultatif du Conseil

⁸¹⁵ Le Conseil d'État avait émis une critique quant à l'usage de la notion de « pouvoir réglementaire » ainsi qu'à celle, jugée trop floue, de « traitements présentant des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes » soumis à l'examen de l'autorité de contrôle. Si la directive a finalement renoncé à la première (art. 31), elle n'a pas abandonné la seconde (art. 20). V. le commentaire de Bernard Stirn, in GAUDEMET Y., STIRN B., DAL FARRA T., ROLIN F. (dir.) *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1997, p. 399 ; également MEYER-HEINE A., « Le droit constitutionnel français, instrument de remise en cause de la proposition de la directive communautaire relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement et de la circulation des données à caractère personnel », *RFDC*, 1995, p. 637.

⁸¹⁶ V. rapport public 2003 du Conseil d'État, p. 108.

⁸¹⁷ Circulaire du Premier ministre n° 4904/SG.

⁸¹⁸ Avis n° 370.136 du 29 avril 2004 (rapport public 2005 du Conseil d'État, 168) : « sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes », la proposition de décision-cadre ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale sauf dans le cas des infractions réprimant les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation.

⁸¹⁹ Avis n° 371.000 du 18 novembre 2004 (rapport public 2005 du Conseil d'État, 175) : mise en cause du principe du pays d'origine au regard de la souveraineté et du principe d'égalité devant la loi.

⁸²⁰ Outre les deux avis précités, il s'agit de l'avis n° 365.518 du 1^{er} février 2001 relatif à la proposition de règlement sur le brevet communautaire (rapport public 2002, 196), à l'avis n° 368/976 du 7 mai 2003 sur un accord d'extradition UE/US (rapport public 2004, 180) et à l'avis n°371.471 du 8 septembre 2005 sur une proposition de décision-cadre de mandat d'arrêt européen d'obtention de preuves dans le cadre de procédures pénales.

⁸²¹ Voir rapport public 2009 du Conseil d'État, p. 197.

d'État en matière communautaire. Aussi, la circulaire du 21 juin 2010 relative à la participation du Parlement national au processus décisionnel européen prévoit d'ores et déjà que les assemblées peuvent saisir les conseillers du Palais royal⁸²². Si ce pouvoir reste subordonné à l'accord du Gouvernement, il contribue néanmoins à assurer l'expertise juridique nécessaire à la mise en œuvre des nouveaux droits du Parlement issus du Traité de Lisbonne⁸²³.

En toute hypothèse, il s'agit de rester lucide quant à l'influence que les Parlements nationaux ou les Gouvernements peuvent exercer au stade de l'élaboration du droit dérivé. Certes, il est désirable que l'identité constitutionnelle des États membres soit prise en compte le plus en amont possible afin d'éviter qu'un conflit de normes ne puisse se cristalliser. Cependant, diplomatie oblige, il ne sera pas toujours possible de répondre aux préoccupations exprimées par les États membres dans le cadre de la négociation d'actes de droit dérivé. Dès lors, il appartient également à la Cour de justice de l'Union européenne de tenir compte des exigences fondamentales résultant des constitutions nationales.

⁸²² *JORF* n° 142 du 22 juin 2010, p. 11232.

⁸²³ V. SAURON J.-L., « La contribution des formations consultatives du Conseil d'État à l'élaboration et à l'application du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, n°43, p. 16. Notons que le changement était déjà perceptible à travers la création le 1^{er} octobre 2009 d'une cellule de veille européenne chargée d'évaluer l'impact juridique des textes en cours de négociation et d'alerter le Gouvernement et, le cas échéant, le Parlement si le Secrétariat Général du Gouvernement le juge opportun (voir la lettre de mission du Vice-Président du Conseil d'État en date du 7 octobre 2009 à la cellule de veille européenne).

SECTION 2 :

UNE PROTECTION IMPRESSIONNISTE AU STADE DE L'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION PAR LA COUR DE JUSTICE

Si nous avons pu constater que le droit originaire mais aussi – dans une moindre mesure – le droit dérivé prennent en compte l'identité constitutionnelle des États membres, il semble *prima facie* très improbable qu'il en soit de même pour la jurisprudence européenne. Eu égard aux contraintes résultant notamment de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*⁸²⁴, il incombe en effet à la Cour de Luxembourg de garantir l'effet utile du droit de l'Union et d'en assurer l'application uniforme. Le niveau juridictionnel semble alors impropre à préserver les spécificités constitutionnelles des États membres. Pourtant, il ressort que la Cour de Luxembourg tend à prendre en compte les spécificités constitutionnelles nationales sur un mode impressionniste (I) tout en limitant le champ des possibles (II).

I. MODES DE PRISE EN COMPTE

Contrairement aux idées reçues, il apparaît que la Cour de justice est rarement indifférente aux spécificités constitutionnelles nationales mises en avant par tel État ou telle juridiction. Il est en effet possible de dénombrer un certain nombre d'affaires dans lesquelles la CJUE a dû examiner une situation à la lumière de dispositions issues des Constitutions étatiques. Il est à cet égard notable que la Haute juridiction déploie différentes stratégies ou techniques qui la conduisent à prendre en considération les spécificités constitutionnelles de manière variable. Entre prise en compte implicite (A) et légitime indifférence (B), la jurisprudence communautaire est remarquable par son impressionnisme. Non seulement elle laisse des impressions fugitives, mais elle dénote les fluctuations de la Cour dans le traitement des situations présentant une dimension constitutionnelle nationale.

⁸²⁴ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11-70, *Rec.* 1125.

A. Une prise en compte souvent implicite

Si la CJUE est parfois allée jusqu'à reconnaître expressément une spécificité constitutionnelle nationale (1), elle reste le plus souvent discrète, illustrant ainsi sa réticence légitime vis-à-vis de la consécration éventuelle d'un droit au respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre (2).

1) La reconnaissance : une technique rarement utilisée

Sans jamais utiliser la notion même d'identité constitutionnelle, la Cour a explicitement reconnu à trois reprises la pertinence des moyens tirés des spécificités nationales en matière constitutionnelle. Après n'y avoir vu qu'un but légitime (a), la CJUE a fait montre de plus d'audace sans son arrêt *Sayn-Wittgenstein* (b).

a) L'arrêt *Commission c/ Luxembourg* de 1996 et l'affaire de *Gibraltar* de 2006

Comme nous l'avons vu précédemment⁸²⁵, la Cour de Luxembourg a admis expressément, dans sa décision *Commission c/ Luxembourg* relative aux conditions d'accès aux postes de l'enseignement public, qu'à défaut d'être un principe général susceptible d'étendre les titres de dérogation aux libertés du marché intérieur, la sauvegarde de l'identité nationale [telle que reconnue par l'ancien article F alinéa 1 TUE dans la version issue du Traité de Maastricht] constituait un « but légitime »⁸²⁶. Si une telle reconnaissance ne profita pas au requérant dans cette affaire, elle a néanmoins été effective dans une affaire évoquée plus haut⁸²⁷ qui ne présentait qu'un lien très lâche avec le droit de l'Union. En effet, sans qu'il y ait eu de référence à la clause d'identité nationale, la « tradition constitutionnelle » du

⁸²⁵ V. *supra* pp. 216s.

⁸²⁶ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, C-473/93, Rec. I-3207, point 35. Réaffirmant récemment que le respect de l'identité nationale est un but légitime, v. CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Luxembourg*, C-51/08, non encore publié, point 124 (condamnant la condition de nationalité dans l'accès à la profession de notaire).

⁸²⁷ V. *supra* pp. 229s.

Royaume-Uni a pu valablement être invoquée dans une affaire relative à la citoyenneté européenne s'inscrivant dans la vieille querelle hispano-britannique relative au statut de Gibraltar⁸²⁸. Si l'on ne saurait négliger l'apport de cette décision en matière de respect explicite de l'identité constitutionnelle étatique⁸²⁹, il s'agit cependant de le relativiser compte tenu du caractère très spécifique d'une affaire qui, par ailleurs, ne semblait guère relever du champ d'application du droit de l'Union. Il en est autrement de la décision *Sayn-Wittgenstein* qui fait figure de « grand arrêt » en matière d'identité constitutionnelle nationale.

b) L'arrêt *Sayn-Wittgenstein* : une consécration en demi-teinte

À ce jour, la décision *Sayn-Wittgenstein*⁸³⁰ est probablement la décision la plus importante pour notre objet tant elle témoigne du respect de spécificités constitutionnelles nationales, en l'occurrence l'identité républicaine de l'Autriche telle qu'héritée de l'histoire. En l'espèce, une ressortissante autrichienne résidant en Allemagne fut adoptée à 47 ans par le prince allemand von Sayn-Wittgenstein. A la suite de cette adoption, elle retint le titre de noblesse de son père adoptif et se fit appeler *Fürstin von Sayn-Wittgenstein*, se faisant même inscrire sous ce nom à l'état civil autrichien. Quinze ans plus tard, à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne dans une affaire similaire, le *Landeshauptmann* de Vienne (chef du Gouvernement du Land) décida de rectifier le registre d'état civil en retirant le titre et la particule nobiliaires au motif qu'ils étaient interdits par la loi autrichienne d'abolition de la noblesse, de rang constitutionnel. La princesse von Sayn-Wittgenstein saisit alors la juridiction administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) d'un recours contre cette décision. Au soutien de sa demande, elle avançait le droit au nom, le respect de la vie privée et la liberté de circulation. En particulier, cette dernière serait entravée par la possible confusion engendrée par la suppression du titre et de la particule dans les documents d'identité officiels. Reconnaissant qu'une difficulté sérieuse se posait au regard du droit de l'Union, les juges autrichiens demandèrent à la CJUE si l'article 21 TFUE (relatif au droit de tout citoyen de

⁸²⁸ CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, C-145/04, *Rec.* 7917 ; notes BURGORGUE-LARSEN L., *RTDE*, 2007, 1, p. 25; BESSELINK L., (2008) 45 *CMLR* 3, p. 787.

⁸²⁹ On rappellera (voir *supra* pp. 225s.) que quelques avocats généraux ont été plus audacieux que la Cour en posant expressément un « devoir » de respect de l'identité des États (voir les conclusions de Miguel Poiares Maduro sous CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, *Rec.* 9999 et sous CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann c/ Freistaat Bayern*, C-135/08, *Rec.* I-1449 ainsi que – dans une certaine mesure – celles de Damaso Ruiz-Jarabo Colomer sous CJUE, 10 décembre 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08, *Rec.* I-11525.

⁸³⁰ CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *Rec.* I-13693.

l'Union de circuler et de séjourner librement dans l'UE) ne s'opposait pas à ce que les autorités autrichiennes refusent, au titre même du droit constitutionnel de leur État, de reconnaître le nom patronymique d'un enfant adopté (adulte) qui a été défini en Allemagne dès lors que ce nom comprend un titre de noblesse qui n'est pas admis en Autriche. La Cour de Luxembourg répondit par la négative en jugeant que la restriction à la liberté de circulation des personnes était justifiée par des motifs tirés de l'ordre public, à savoir l'histoire constitutionnelle autrichienne et une certaine conception de l'égalité.

Cette décision est instructive tant par son audace que par sa retenue. Tout d'abord, il est notable que les juges de Luxembourg ont fait montre d'une grande déférence vis-à-vis d'une spécificité autrichienne fondamentale trouvant son expression au plus haut niveau de la hiérarchie des normes internes. Non seulement ils ont reconnu, à la lumière de l'histoire constitutionnelle, l'importance d'un principe républicain essentiel, mais ils l'ont même fait prévaloir sur l'identité personnelle de la requérante. Ensuite, il est remarquable que de nombreux Gouvernements aient émis des observations préconisant le respect d' « une norme constitutionnelle [exprimant] un principe d'ordre public ayant une valeur essentielle dans l'ordre juridique républicain⁸³¹ » ou encore des « valeurs constitutionnelles fondamentales d'un État⁸³² ». Si seule l'Autriche s'est expressément appuyée sur son identité constitutionnelle⁸³³, il ressort que le concept était pour sa part omniprésent malgré les hésitations terminologiques. Les Gouvernements des États membres semblent donc se coaliser autour de l'idée d'identité constitutionnelle nationale aux fins de justifier des restrictions aux libertés fondamentales. Dans le même temps cependant, nous ne pouvons parler que d'une consécration en demi-teinte de l'identité constitutionnelle par la CJUE. D'une part, l'article 4§2 TUE est certes mentionné mais il fait figure de simple rappel, de motif de second rang⁸³⁴, la décision de la Cour étant avant tout fondée sur l'exception d'ordre public à laquelle se trouve rattachée la « situation constitutionnelle autrichienne⁸³⁵ ». En aucun cas la Cour ne fait-elle de nouveau état du respect de l'identité comme « but légitime ». Elle se borne à faire application de la même grille d'analyse qu'elle utilisa dans l'autre grand

⁸³¹ Point 78 (observations des Gouvernements italien et slovaque).

⁸³² Point 79. Dans ses observations, le Gouvernement lituanien précise – dans le contexte de l'affaire alors pendante *Runevic-Vardyn* – que ces valeurs sont notamment la langue nationale dans le cas de la Lituanie, les valeurs fondatrices de l'ordre juridique ou la structure de l'État dans le cas de l'Autriche.

⁸³³ Point 74.

⁸³⁴ Point 92. Ainsi, on lit: « Il convient également de rappeler que, conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la forme républicaine de l'État. »

⁸³⁵ Point 84.

arrêt de l'identité constitutionnelle qu'est la décision *Omega*⁸³⁶. De même qu'il s'appuya, dans cette dernière, sur le fait que la dignité humaine était compatible avec le droit de l'Union pour justifier son approche, le juge de Luxembourg se fonda sur la compatibilité entre celui-ci et le principe autrichien d'égalité pour motiver sa décision *Sayn-Wittgenstein*⁸³⁷. Or, dans les deux cas, il est loin d'être acquis que les conceptions nationales de l'égalité et de la dignité recourent exactement la conception européenne. Nous avons vu notamment à quel point l'égalité à la française était spécifique par rapport à l'égalité telle qu'appréhendée par le droit de l'Union⁸³⁸. Ceci peut sans doute s'expliquer par le fait que la Cour de Luxembourg a senti, au-delà du doute raisonnable, qu'elle se trouvait face à l'identité constitutionnelle nationale et que, par suite, elle n'était pas en mesure de s'y opposer sans déclencher un grave conflit. Le plus souvent, la situation n'est pas aussi univoque et la CJUE recourt alors à la technique de l'évitement.

2) L'évitement : une technique fréquemment utilisée

L'évitement constitue un moyen commode et discret pour la Cour d'assurer efficacement⁸³⁹ le respect de l'identité constitutionnelle sans s'aventurer sur le terrain miné des mots⁸⁴⁰. Il peut être total ou seulement partiel. Dans le premier cas, illustré par les arrêts *Grogan* et *Arcelor*, la CJUE va faire le choix du silence et prendre une décision qui ignorera complètement le « conflit constitutionnel », laissant l'impression que ce dernier ne se pose pas.

L'affaire *Grogan*⁸⁴¹ mettait en jeu la question de la conciliation entre la libre prestation de services et le droit à la vie de l'enfant à naître prévu à l'article 40.3.3 de la

⁸³⁶ V. *infra* pp. 292s.

⁸³⁷ Point 89.

⁸³⁸ V. *supra* pp. 166s.

⁸³⁹ Evoquant l'efficacité de la technique du « contournement », RITLÉNG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in BARBATO J.-C., MOUTON J.-D. (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, 2010, p. 21, sp. 40s.

⁸⁴⁰ Voir l'analyse de Daniel Sarmiento évoquant la fragilité de la CJUE face aux cours nationales pour expliquer le fait que la première s'avère souvent minimaliste lorsqu'il lui appartient de traiter des questions où le « conflit constitutionnel » se trouve en jeu (SARMIENTO D., « The Silent Lamb and the Deaf Wolves », in AVBELJ M., KOMAREK J., *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, 2012, p. 285).

⁸⁴¹ CJCE, 4 octobre 1991, *SPUC c/ Grogan*, C-159/90, *Rec.* 4685.

Constitution irlandaise. Cette disposition avait été interprétée auparavant par la Cour suprême comme interdisant, notamment en les informant de la localisation des centres d'IVG au Royaume-Uni, d'aider les femmes enceintes se trouvant sur le territoire irlandais à partir à l'étranger pour y faire pratiquer une IVG⁸⁴². Dans un litige ultérieur et sur la base de cette décision, la société de protection de l'enfant à naître (SPUC) a saisi la *High Court* afin de faire cesser la diffusion d'informations par les associations étudiantes qui éditaient des publications informant les lectrices de la possibilité d'avorter dans certaines cliniques du Royaume-Uni. Afin de rendre sa décision, la *High Court* demanda à la CJCE si le droit communautaire conférait au résident de l'État A le droit de diffuser des informations précises sur les centres d'avortement de l'État B lorsque l'avortement est interdit, tant au titre de la Constitution que du droit pénal de l'État membre A, mais est légal sous certaines conditions dans l'État membre B. Pour les juges de Luxembourg, si la pratique d'un avortement pouvait être considéré comme un service, la présente situation ne relevait pas du champ d'application des traités dans la mesure où le défendeur ne diffusait pas ces informations pour le compte d'un opérateur économique établi dans un autre État membre. La Cour de justice n'examina donc pas la validité de la restriction au principe de libre prestation de services, évitant ainsi de se prononcer indirectement sur l'avortement en Irlande. Si ce raisonnement est peu convaincant, il témoigne cependant de la volonté de la Cour d'empêcher en amont la cristallisation d'un conflit entre un droit constitutionnel et une liberté fondamentale communautaire⁸⁴³.

Un autre exemple d'évitement total se trouve dans l'affaire *Arcelor*⁸⁴⁴. En l'espèce, la célèbre entreprise sidérurgique contestait le fait que le décret portant transposition de la directive 2003/87 instaurant un système d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre soit applicable au secteur de la sidérurgie à l'exclusion des secteurs de l'aluminium et du plastique. Le Conseil d'État demanda aux juges de Luxembourg si la directive indirectement

⁸⁴² Cour suprême irlandaise, 16 mars 1988, *Attorney General and SPUC c/ Open Door Counselling Ltd*, [1988] IR 593. V. *supra* pp. 196s.

⁸⁴³ Il serait intéressant d'être en présence d'un cas analogue dans lequel l'association diffusant ces informations aurait cette fois-ci agi pour le compte des cliniques britanniques. Dans la mesure où la Cour n'aurait plus pu soutenir que le litige se trouvait en dehors du champ d'application des traités, sur quel fondement aurait-on alors pu justifier une restriction à la libre circulation des services ? Que la CJCE se hasarde à découvrir un droit à la vie au titre du droit communautaire est inimaginable. Touchant ici une valeur fondamentale de la société irlandaise, la Cour se serait certainement vue dans l'obligation de tirer les conséquences d'un droit à la vie garanti par la Constitution irlandaise. A défaut, ce sont les Hautes Parties Contractantes qui semblent l'avoir fait en rédigeant un protocole *ad hoc* (voir *supra*) tandis que le constituant irlandais amendait sa loi fondamentale en précisant que le droit à la vie de l'enfant à naître ne limitait ni la liberté de circulation, ni la liberté d'obtenir des informations sur les services légalement fournis dans les autres États membres.

⁸⁴⁴ CJCE, 16 décembre 2008, *Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, *Rec.* 9895.

en cause était valide au regard du principe d'égalité. Considérant que le législateur communautaire disposait d'une marge d'appréciation dans la détermination du champ de la directive, la Cour en conclut que la différence de traitement était justifiée en dépit du fait que les situations étaient comparables, la directive étant par suite valide. Il est ici notable que la Cour ne se soit pas penchée, comme l'y invitait pourtant son avocat général⁸⁴⁵, sur le conflit dormant entre les interprétations nationale et communautaire du principe d'égalité⁸⁴⁶. En droit français, on sait que le principe d'égalité n'impose pas de soumettre des situations différentes à des régimes différents⁸⁴⁷. Pour sa part, le droit de l'Union l'exige⁸⁴⁸. Il s'avère donc *stricto sensu* plus protecteur des droits des individus comme l'a remarqué l'avocat général⁸⁴⁹. Pourtant, le Conseil d'État a rejeté le moyen tiré du principe *français* d'égalité comme inopérant. Il ne l'a donc pas requalifié en moyen de droit communautaire, évitant ainsi de poser à la Cour une question préjudicielle qui aurait probablement conduit à la confrontation entre les principes constitutionnel et communautaire d'égalité⁸⁵⁰. Or, la CJUE aurait fort bien pu suivre son avocat général. En l'absence de violation du principe communautaire d'égalité dans le cas d'espèce, une telle décision n'aurait évidemment pas ébranlé le droit interne même si elle aurait mis en lumière la fragilité du principe constitutionnel d'égalité. En faisant le choix de la prudence, la CJUE a esquivé une difficulté qui se reposera.

Outre ces rares hypothèses d'évitement total conduisant *de facto* à la protection des spécificités constitutionnelles nationales, on note que la Cour tend le plus souvent à aborder les questions de manière non frontale, assurant ainsi le respect des identités sur un mode détourné dans les champs relevant de la marge d'appréciation nationale (a) et de l'autonomie constitutionnelle (b).

⁸⁴⁵ Conclusions Poiaras Maduro, point 27.

⁸⁴⁶ V. *supra* pp. 166s.

⁸⁴⁷ CE, Ass., 28 mars 1997, *Soc. Baxter et autres*, Rec. 114.

⁸⁴⁸ Voir notamment CJCE, 13 décembre 1984, *Sermide*, C-106/83, Rec. 4209 ; CJCE, 17 octobre 1995, *Fishermen's Organisations et autres*, C-44/94, Rec. 3115. Pour un exemple récent, CJCE, 23 octobre 2007, *Pologne c/Conseil*, C-273/04, Rec. 8925 (point 86). Pour une comparaison, voir AUVRAY M., *Le dialogue entre Conseil d'État et cours européennes. L'exemple significatif du principe d'égalité*, thèse. Dactyl., Montpellier, 2009, pp. 696s.

⁸⁴⁹ Conclusions précitées, point 27.

⁸⁵⁰ Il ressort des conclusions du commissaire du gouvernement Guyomar que le refus de requalifier le moyen n'a pas pour seul motif le souhait d'éviter le conflit : « toute autre façon de faire, pour séduisante qu'elle puisse paraître, consisterait à attirer, à la faveur d'une opération qui n'a pas cet objet, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg dans le bloc de constitutionnalité. Nous nous y refusons : l'imbrication des ordres juridiques n'implique pas leur totale fusion » (*RFDA*, 2007, p. 384, sp. 397).

a) La marge nationale d'appréciation

Dans le cadre de la transposition des directives et de la mise en œuvre des libertés du marché intérieur, les États membres bénéficient d'une marge d'appréciation significative⁸⁵¹ pouvant conduire au respect des droits fondamentaux constitutionnellement garantis (i) mais également des principes constitutionnels nationaux (ii).

i. Marge d'appréciation fondée sur les droits constitutionnellement garantis

Dans la célèbre affaire *Omega*⁸⁵², la société requérante, exploitant en Allemagne une installation destinée à la pratique du laser-sport, souhaitait introduire une nouvelle activité consistant à « jouer à tuer des personnes ». Au vu du danger qu'un tel jeu pouvait présenter pour l'ordre public, l'autorité de police avait édicté un arrêté d'interdiction à son encontre au motif qu'il porterait atteinte à la dignité humaine, dont on sait qu'elle constitue un principe fondamental absolu de l'ordre constitutionnel allemand. La société Omega saisit les juridictions nationales d'un recours contre la décision litigieuse. A cette occasion, le Tribunal administratif fédéral posa une question préjudicielle à la CJCE afin de savoir si l'interdiction d'une activité économique « contraire aux valeurs fondamentales consacrées par la Constitution » allemande était compatible avec les libertés du marché intérieur⁸⁵³. En présence d'une entrave à la libre prestation de services notamment, il appartenait à la Cour de déterminer si celle-ci pouvait être justifiée sur la base de l'exception d'ordre public. Après avoir noté qu'une conception de l'ordre public partagée par l'ensemble des États membres n'était pas nécessaire, les juges de Luxembourg ont accepté que la restriction en cause puisse être justifiée sur la base d'un ordre public appréhendé en conjonction avec le principe de respect de la dignité humaine. Si une telle décision a pu être vue comme l'expression forte de la prise en compte d'une spécificité constitutionnelle nationale par la Cour de justice, elle reste à notre sens marquée par une certaine ambiguïté, tant du point de vue de la motivation

⁸⁵¹ V. NIC SHUIBHNE N., « Margins of appreciation : national values, fundamental rights and EC free movement law », (2009) 34 *E.L.Rev.*, p. 230.

⁸⁵² CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, *Rec.* 9609, notes SIMON D., *Europe*, décembre 2004, p. 19 ; VON WALTER A., *AJDA*, 2005, p. 152.

⁸⁵³ Point 17.

que de la réponse. Sur le premier point, on remarquera que la Cour a mélangé deux raisonnements, l'un s'appuyant sur la jurisprudence *Van Duyn*⁸⁵⁴ et l'idée d'ordre public comme motif légitime de dérogation aux libertés du marché intérieur, l'autre sur la jurisprudence *Schmidberger*⁸⁵⁵ et l'idée des droits fondamentaux comme « intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction imposée aux obligations imposées par le droit communautaire⁸⁵⁶ ». Chacun de ces raisonnements pris séparément était en soi suffisant pour justifier l'entrave. En les imbriquant, la Cour semble avoir voulu fournir une meilleure explication au rattachement qu'elle opéra entre respect de l'ordre public et respect de la dignité humaine. Même si le droit français est familier de cette confusion⁸⁵⁷, nous admettons en effet qu'elle n'est pas évidente. En toute hypothèse, la question ici déterminante était de savoir quel principe de dignité était en cause : s'agissait-il du principe européen ou du principe allemand ? D'un côté, le juge de renvoi mettait expressément en avant le principe national de dignité comme motif de justification. D'un autre côté, après avoir réaffirmé l'existence d'un catalogue de droits fondamentaux communautaires⁸⁵⁸, la Cour a noté que « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome⁸⁵⁹ ». Cette formule est équivoque. Si elle laisse plutôt entendre que la Cour s'est fondée sur le principe européen de dignité, elle ne fait pas référence à la Charte des droits fondamentaux et se contente de voir un objectif compatible avec le droit communautaire, ne reprenant pas l'expression utilisée par l'arrêt *Schmidberger* quant à la justification des restrictions sur la base des droits fondamentaux. L'ambiguïté persiste lorsque la Cour s'appuie sur la juridiction de renvoi pour constater que l'interdiction litigieuse « correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne⁸⁶⁰ ». On peut légitimement voir ici l'expression de la déférence de la CJCE à l'égard de l'interprétation nationale du principe de dignité humaine au titre de l'exception d'ordre public. Cependant, il convient de rappeler, en tout état de cause, que celle-ci

⁸⁵⁴ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c/ Home Office*, aff. 41/74, *Rec.* 1337.

⁸⁵⁵ CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger c/ Autriche*, C-112/00, *Rec.* 5659.

⁸⁵⁶ V. point 35 (arrêt *Omega*).

⁸⁵⁷ V. CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Rec.* 372.

⁸⁵⁸ Arrêt *Omega*, point 33.

⁸⁵⁹ Point 34.

⁸⁶⁰ Point 39.

s'apprécie en fonction de circonstances spécifiques de temps et de lieu mais aussi de fait et de droit⁸⁶¹. En ce sens, l'arrêt *Omega* ne serait pas aussi révolutionnaire qu'on le croit. Dans sa réponse, la Cour ne s'y est du reste pas trompée puisqu'elle a éludé la dimension constitutionnelle⁸⁶² alors même que celle-ci occupait une place centrale dans la question. Une approche similaire a prévalu lorsque des principes constitutionnels nationaux étaient en jeu.

ii. Marge d'appréciation fondée sur les principes et valeurs constitutionnels

Tout d'abord dans l'affaire *Groener*⁸⁶³, la Cour a jugé que le droit communautaire ne s'opposait pas à l'adoption par les États membres de politiques publiques trouvant leur fondement dans la Constitution. En l'espèce, une ressortissante néerlandaise enseignant la peinture souhaitait obtenir un emploi à temps plein à Dublin. Or, elle échoua à l'examen d'irlandais dont la réussite était exigée par une circulaire. Contestant la validité de cette condition, la requérante porta le litige à l'attention du juge irlandais : la connaissance du gaélique était-elle compatible avec la libre circulation des travailleurs ? A la suite d'un renvoi préjudiciel en interprétation opéré par le juge *a quo*, la Cour de justice souligna la situation « particulière » de l'Irlande en matière linguistique, citant même l'article 8 de la Constitution en vertu duquel « la langue irlandaise en tant que langue nationale est la première langue officielle⁸⁶⁴ ». Délaissant ensuite le terrain constitutionnel pour se placer sur celui des politiques publiques, elle décida que « les dispositions du traité CEE ne s'opposent pas à l'adoption d'une politique qui vise la défense et la promotion de la langue d'un État membre⁸⁶⁵ qui est tout à la fois la langue nationale et la première langue officielle⁸⁶⁶ ». Il est ici remarquable que la Cour n'ait pas expressément tenu compte du fait qu'il s'agissait d'une exigence *constitutionnelle* nationale, préférant fonder sa décision sur le pouvoir

⁸⁶¹ Rappelé par la CJUE dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* précité (point 87).

⁸⁶² « Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine ».

⁸⁶³ CJCE, 28 novembre 1989, *Anita Groener c/ Minister for Education*, C-379/87, *Rec.* 3967.

⁸⁶⁴ Point 17.

⁸⁶⁵ S'agissant de la diversité linguistique en Europe, notons qu'il n'existe cependant pas de principe général de droit communautaire assurant à chaque citoyen le droit à ce que tout ce qui serait susceptible d'affecter ses intérêts soit rédigé dans sa langue en toutes circonstances (CJCE, 9 septembre 2003, *Christina Kik c/ OHMI*, C-361/01 P, *Rec.* 8283, point 82).

⁸⁶⁶ Point 19 (souligné par nous).

d'appréciation des autorités irlandaises. A l'inverse, l'avocat général avait insisté sur l'importance de la dimension constitutionnelle de l'affaire, s'hasardant même à reconnaître les constitutions comme « ensembles de valeurs supérieures auxquelles une nation déclare solennellement adhérer⁸⁶⁷ ». En tout état de cause, si l'on considère que le résultat importe plus que le raisonnement, l'arrêt *Groener* apparaît satisfaisant du point de vue de la protection d'une valeur fondamentale énoncée par la Constitution nationale.

Ensuite dans l'arrêt *Runevic-Vardyn*⁸⁶⁸, également relatif à une réglementation interne sur l'usage de la langue nationale, la Cour s'est appuyée non seulement sur sa décision *Groener* mais également sur l'article 4§2 TUE, rattachant la protection de la langue officielle nationale de la Lituanie à l'identité nationale. Dans cette affaire, les requérants – une ressortissante lituanienne et son époux polonais résidant en Belgique – contestaient devant une juridiction lituanienne le refus opposé par les autorités de ce même État d'opérer une modification de la graphie de leurs noms et prénoms tels qu'ils figuraient à l'état civil. Compte tenu de ses origines polonaises, Mme Vardyn souhaitait en effet que son identité soit déclinée conformément à la forme polonaise plutôt qu'à la graphie lituanienne afin de souligner notamment le lien matrimonial avec son époux, M. Wardyn, et de pouvoir circuler librement avec lui en Europe. Or, la Cour constitutionnelle lituanienne avait jugé en 1999 dans une autre affaire que les noms et prénoms figurant sur les documents d'identité de citoyens lituaniens devaient être rédigés selon les règles de graphie de la langue nationale officielle telle qu'elle résulte de la Constitution. Au vu de ce contexte, le juge de renvoi saisit la CJUE d'une question préjudicielle portant principalement sur la question de savoir si la réglementation nationale était constitutive d'une discrimination en raison de la nationalité. La Cour répondit par la négative. Laissant au juge *a quo* le soin de déterminer si les règles internes restreignent *de facto* la liberté de circulation des intéressés, elle considéra qu'une telle restriction pourrait, sous réserve du respect de la condition de proportionnalité que le juge national devra examiner, être justifiée dans la mesure où, d'une part, le droit de l'Union ne s'oppose pas à une politique de promotion de la langue nationale d'un État membre⁸⁶⁹ et, d'autre part, « l'Union respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique.

⁸⁶⁷ Voir le point 21 des conclusions de l'avocat général Darmon sous l'arrêt *Groener*. On peut également y lire : « dès lors qu'une constitution (...) reconnaît l'existence de deux langues officielles sans en limiter l'usage à des portions déterminées du territoire ou à certaines matières, chaque citoyen a le droit de bénéficier d'un enseignement dans ces deux langues. Le fait qu'il n'y ait que 33,6% des citoyens irlandais à utiliser la langue irlandaise n'autorise pas à faire table rase de ce droit, car sa souveraineté ne se mesure pas seulement dans son usage, mais également dans la possibilité d'en préserver l'exercice éventuel ».

⁸⁶⁸ CJUE, 12 mai 2011, *Runevic-Vardyn*, C-391/09, non encore publié au Recueil.

⁸⁶⁹ Point 85.

Conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte également l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'État⁸⁷⁰ ». Si la Cour n'a pas fait grand cas de la dimension proprement constitutionnelle de l'affaire, il est remarquable qu'elle ait fait preuve d'une certaine confiance au juge national en laissant ce dernier maître de déterminer si le refus des autorités lituaniennes respectaient « un juste équilibre entre les intérêts en présence », en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants d'une part, la « protection légitime par l'État membre concerné de sa langue officielle nationale et de ses traditions⁸⁷¹ ». Elle confirme ainsi l'existence d'une marge d'appréciation des États membres dans certaines circonstances.

Enfin, la même méthode semble avoir été suivie dans les affaires *Marrosu et Sardino*⁸⁷² présentés plus haut⁸⁷³ dans lesquelles se trouvait en question la possibilité de réserver des traitement différents aux employés des administrations publiques par rapport à ceux du secteur privé. Dans son arrêt, la Cour a pris en compte le principe italien d'impartialité de l'administration sans toutefois faire référence à la dimension constitutionnelle de l'affaire, comme l'y invitait pourtant l'avocat général⁸⁷⁴. Cette retenue juridictionnelle pourra s'expliquer, d'une part, par le fait que le droit de l'Union tend à limiter les exceptions fondées sur l'administration publique et que, d'autre part, il n'apparaissait pas nécessaire de s'engager sur le terrain de l'identité constitutionnelle là où l'invocation de la marge nationale de transposition d'une directive suffisait. On retrouve également cette même technique de l'évitement pour des questions mettant en jeu l'autonomie constitutionnelle des États membres.

⁸⁷⁰ Point 86.

⁸⁷¹ Point 91.

⁸⁷² CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino c/Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova*, C-53/04, *Rec.* 7213.

⁸⁷³ V. *supra* pp. 225s.

⁸⁷⁴ Rappelons que cette affaire a donné lieu à l'apparition de la notion d'« identité constitutionnelle de l'État membre » dans les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro (*ibid*).

b) L'autonomie constitutionnelle de l'État membre

L'article 4 TUE énonce que l'Union européenne respecte l'identité nationale des États membres, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Comme nous l'avons évoqué plus haut⁸⁷⁵, cette disposition semble impliquer que le droit de l'Union ne remette pas en cause l'organisation constitutionnelle et politique des États membres, notamment la distribution interne des compétences. Si le principe communautaire d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres constitue une traduction limitée de cette exigence (i), il n'épuise pas les hypothèses de protection de l'autonomie constitutionnelle des États membres en droit de l'Union européenne (ii).

i. L'autonomie constitutionnelle *stricto sensu* : le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres

L'Union européenne fonctionne sur un schéma de fédéralisme d'exécution. En effet, si elle dispose elle-même de compétences en la matière, l'exécution des droits et obligations qui en découlent ressort à titre principal des États membres, véritables agents du droit de l'Union. En vertu du principe de libre administration interne, il incombe donc aux organes étatiques d'assurer l'effectivité de ce droit. Dans la mesure où un tel objectif peut être atteint sans harmonisation des procédures nationales, le droit de l'Union reconnaît ce que la doctrine a nommé « autonomie institutionnelle et procédurale des États membres⁸⁷⁶ ». Il est ainsi acquis depuis les années 1970 qu'« en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (...), qu'il n'en serait autrement que si ces modalités et délais aboutissaient à rendre en pratique impossible l'exercice de droits que les juridictions

⁸⁷⁵ Voir *supra* pp. 244s.

⁸⁷⁶ V. notamment LE BAUT-FERRARESE B., *L'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres de la Communauté européenne*, thèse dactyl. Lyon 3, 1996 ; LE BARBIER-LE BRIS M., « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Ed. Apogée, 2006, p. 419 ; POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », in BARBATO J.-C., MOUTON J.-D. (dir.), *op. cit.*, 113.

nationales ont l'obligation de sauvegarder⁸⁷⁷ ». Dans ce contexte, le droit de l'Union est amené à respecter les spécificités institutionnelles et procédurales des États membres telles qu'elles peuvent résulter de leurs règles constitutionnelles⁸⁷⁸. C'est ainsi que la Cour a pu récemment juger, dans une affaire relative à la mise en œuvre de la politique agricole commune, que les États membres peuvent permettre à des autorités régionales – en l'occurrence l'Ecosse, le pays de Galles et l'Irlande du Nord, à la suite du processus de dévolution – de mettre en œuvre des actes de droit communautaire si leur système constitutionnel le prévoit et en dépit des disparités qui en résultent⁸⁷⁹. Ce faisant, il apparaît que l'exécution du droit de l'Union européenne s'opère dans le plus grand respect possible des structures constitutionnelles étatiques⁸⁸⁰. Plus largement, ce dernier est également palpable en dehors des hypothèses de mise en œuvre du droit de l'Union.

ii. L'autonomie constitutionnelle *lato sensu*

Plusieurs affaires semblent indiquer un « glissement du « respect-indifférence » de l'autonomie institutionnelle justifié par la séparation des ordres juridiques à un « respect-garantie » de l'autonomie constitutionnelle des États⁸⁸¹ ». En d'autres termes, la préservation de l'autonomie constitutionnelle des États – au sens de la liberté du pouvoir constituant national d'établir ses propres règles – ne serait pas exclusivement un moyen⁸⁸² mais une fin en soi : à diverses reprises, la Cour s'est montrée attentive à la séparation verticale des pouvoirs en vigueur dans les États à organisation décentralisée, donnant ainsi chair à l'exigence de respect de l'autonomie locale posée à l'article 4 TUE en relation avec l'identité de l'État membre.

⁸⁷⁷ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG*, aff. 33/76, *Rec.* 1989, point 5 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV*, aff. 45/76, *Rec.* 2043. Pour une référence précoce à l'exécution des obligations communautaires conformément au « système constitutionnel de chaque État », v. CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, aff. 51/71 à 54/71, *Rec.* 1107, point 4.

⁸⁷⁸ En ce sens, le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale peut effectivement être vu comme « la première reconnaissance de l'identité constitutionnelle propre à chaque État membre » (RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, 32).

⁸⁷⁹ CJCE, 16 juillet 2009, *Mark Horvath c/ Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-428/07, *Rec.* I-6355.

⁸⁸⁰ Voir *infra* les limites du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale (pp. 313s.).

⁸⁸¹ RITLENG D., *op. cit.*, 33.

⁸⁸² La doctrine a pu faire remarquer à juste titre que le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale au sens strict avait un caractère fonctionnel, se trouvant « entièrement au service de l'application du droit communautaire » (BLUMANN C., DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 3^e éd., 2007, pp. 403-404).

Tout d'abord, dans les affaires jointes *UGT-Rioja et autres*⁸⁸³, la Cour s'est trouvée confrontée à la question de savoir dans quelle mesure le respect de l'autonomie fiscale des entités infra-étatiques était compatible avec les règles relatives à la concurrence. En effet, afin d'assurer l'effectivité du principe de concurrence libre et non faussée, le droit de l'Union dispose de plusieurs mécanismes définis aux articles 101 et suivants TFUE⁸⁸⁴. Parmi ceux-ci figure l'interdiction des aides d'État qui peuvent prendre la forme d'un allègement de charge tel qu'un taux d'imposition moins élevé. Or, il est évident que la diversité des taux d'imposition directe dans l'Union européenne n'est pas sans influence sur la concurrence. Compte tenu du pouvoir régalién d'imposition, la divergence des taux entre États n'est pas sanctionnée en l'absence de régime global au sein de l'UE. Cependant, il n'en va pas toujours ainsi lorsque l'on est en présence de mesures fiscales différentes d'une région à l'autre. Leur compatibilité avec le droit de l'Union va alors dépendre de l'existence d'un pouvoir fiscal local. Dans le cas d'espèce avait été contestée devant un tribunal espagnol l'existence de taux d'imposition des sociétés inférieurs au taux national dans les trois Territoires historiques formant ensemble la Communauté autonome du Pays Basque. Les régions voisines ont évidemment vu dans ces réglementations fiscales des aides d'État illégales. Si l'on prend le territoire espagnol comme cadre de référence, il y aurait une sélectivité régionale au bénéfice des entreprises établies dans les Territoires historiques. Cependant, dans son arrêt dit des *Açores*⁸⁸⁵, la Cour a jugé que le cadre de référence ne devait pas nécessairement être défini par l'ensemble du territoire national de l'État membre concerné. Lorsqu'une collectivité régionale ou locale dispose de suffisamment d'autonomie par rapport au pouvoir central – et que cette autonomie est asymétrique, c'est-à-dire que la plupart des autres collectivités n'en disposent pas – alors son seul territoire peut constituer le cadre géographique de référence. Dans ce cas, la mesure fiscale uniformément appliquée à toutes les entreprises du territoire ne sera pas considérée comme sélective et, par suite, ne pourra être qualifiée d'aide d'État. Jugeant qu'il était nécessaire de « [tenir] compte de l'autonomie institutionnelle, procédurale et économique⁸⁸⁶ » de l'entité locale, la CJCE renvoya au juge espagnol la responsabilité de déterminer si l'autonomie des Territoires historiques était telle que les aides en cause n'étaient pas illégales. Il est ici remarquable que la Cour ait reconnu à deux titres l'organisation interne

⁸⁸³ CJCE, 11 septembre 2008, *UGT-Rioja et autres c/ Juntas Generales del Territorio Historico de Vizcaya*, C-428/06 à C-434/06, *Rec.* 6747.

⁸⁸⁴ Voir les anciens art. 81s. TCE.

⁸⁸⁵ CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal c/ Commission*, C-88/03, *Rec.* 7115 (relatif à la sélectivité régionale des dispositions fiscales).

⁸⁸⁶ Selon la Cour, ces trois éléments renvoient respectivement à l'existence d'un statut constitutionnel et politique distinct, à l'absence d'influence du Gouvernement central sur les réglementations adoptées et à la non-compensation des baisses locales d'impôts par des subventions externes.

de l'État membre. D'une part, elle exige que l'interprétation de la notion d'aide d'État soit opérée à la lumière des autonomies locales garanties par la Constitution espagnole, au demeurant expressément citée dans la réponse de la Cour. D'autre part, elle se refuse à juger elle-même si le Pays Basque est réellement autonome, évitant ainsi d'interférer avec un élément sensible de l'identité historique – et tumultueuse – de l'Espagne⁸⁸⁷.

La même attitude de distanciation est palpable dans l'affaire *Communauté française c/ Gouvernement flamand*⁸⁸⁸ dans laquelle la CJCE dut faire face à une question particulièrement sensible à résonance constitutionnelle. En effet, la Communauté flamande avait mis en place un régime d'assurance-soins permettant aux personnes à autonomie réduite de voir pris en charge certains frais occasionnés par un état de dépendance pour des raisons de santé. Or, les Communautés française et wallonne voyaient une discrimination dans le fait que le bénéfice de cette assurance était réservé aux individus *résidant* sur le territoire flamand, le seul fait d'y travailler n'étant pas suffisant. Ici, on constate immédiatement que le litige s'inscrivait au cœur des tensions entre Flamands et Wallons, les premiers ne souhaitant guère payer pour les seconds. La Cour se trouvait dans une situation d'autant plus embarrassante qu'elle avait été saisie par la Cour constitutionnelle belge, comme si celle-ci sollicitait son arbitrage pour une affaire en apparence purement interne. Elle ne pouvait probablement mieux faire que rendre une décision à la manière d'un Ponce Pilate : ne se prononçant pas sur le sort des ressortissants belges⁸⁸⁹, elle jugea que la condition de résidence était discriminatoire pour les ressortissants communautaires non belges⁸⁹⁰, instituant ainsi un nouveau cas de discrimination à rebours en droit de l'Union européenne. Par une telle décision, la Cour s'est *de facto* montrée respectueuse de la spécificité belge en termes d'organisation constitutionnelle. Elle a préféré ne pas envenimer la situation et s'est abstenue d'étendre le champ d'application du droit de l'Union aux situations purement internes présentant un lien avec celui-ci⁸⁹¹. Il en résulte que, en soi, l'autonomie constitutionnelle de la Belgique a été respectée, les discriminations à rebours étant « le prix à payer pour permettre

⁸⁸⁷ Notons que la Cour n'est cependant pas allée aussi loin que ce que suggérait l'avocate générale Kokott, cette dernière appelant de ses vœux un « juste équilibre » entre le respect de l'autonomie constitutionnelle de l'État membre et l'effet utile du droit de l'Union (« assurer que les États membres ne se dissimulent pas derrière leur ordre juridique constitutionnel » ; points 54 à 57 des conclusions sous les arrêts *UGT-Rioja et autres*).

⁸⁸⁸ CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, C-212/06, *Rec.* 1683, notes DAUTRICOURT C., *RDUE*, 2008, 3, p. 603 ; VANDAMME T. (2009) 46 *CMLR* 3, p. 287.

⁸⁸⁹ Point 38.

⁸⁹⁰ Point 45.

⁸⁹¹ C'était pourtant, sur la base de la citoyenneté européenne et de la protection des droits fondamentaux, ce que l'avocate générale Sharpston préconisait dans ses conclusions, allant jusqu'à comparer les Communautés et les Régions belges aux États membres de l'Union (point 120).

aux États de maintenir leurs propres règles et mener des politiques visant à sauvegarder d'autres intérêts légitimes que ceux que reconnaît le droit communautaire⁸⁹² ». Dans d'autres circonstances, c'est plutôt l'indifférence de la Cour qui semble prévaloir.

B. Une indifférence encore répandue

Certaines décisions de la CJUE témoignent d'une complète méconnaissance de la dimension constitutionnelle des affaires en cause. Spontanément, on pourrait y voir une stratégie maligne de la part d'une Cour légitimement réticente à prendre en compte de quelque façon les spécificités nationales. Cependant, au vu des affaires évoquées plus haut, on ne comprendrait guère une telle attitude alors même que l'on a pu constater que les juges de Luxembourg n'étaient pas *a priori* hostiles aux manifestations de l'identité constitutionnelle des États. Selon nous, s'il est effectivement improbable que la CJUE mette en avant *proprio motu* les exceptions constitutionnelles nationales lorsque cela n'est ni nécessaire, ni opportun (1), on remarque que l'indifférence pourra aussi s'expliquer par les contraintes inhérentes au contentieux (2). Elle s'avère en revanche peu compréhensible dans l'affaire *Michaniki* (3).

1) L'explication tirée des contraintes structurelles

Compte tenu des exigences structurelles d'effet utile et d'application uniforme du droit de l'Union, il est légitime que les juges de Luxembourg n'insistent pas sur la dimension constitutionnelle nationale d'une affaire lorsque cette dernière n'est pas déterminante pour régler le litige.

Tout d'abord, même si la Cour n'a encore jamais opéré cette distinction, on peut penser qu'elle réservera un traitement différent aux exceptions fondées sur « l'identité » constitutionnelle par rapport à celles simplement fondées sur « l'autonomie » constitutionnelle de l'État. Comme le soulignait l'avocat général Poiares Maduro dans ses conclusions sous l'affaire *Michaniki*, le « respect dû à l'identité constitutionnelle des États

⁸⁹² Note DAUTRICOURT C., *op. cit.*, 609.

membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales⁸⁹³ ». Il serait en effet déstabilisant pour le droit de l'Union de voir reconnue une exception définie de manière aussi large. Dès lors, même si l'on a vu que l'autonomie constitutionnelle des États pouvait être prise en compte, on en perçoit immédiatement les limites.

Sur cette base, on peut ensuite comprendre pourquoi la CJUE a totalement passé sous silence la dimension constitutionnelle de l'affaire *Umweltanwalt von Kärnten*⁸⁹⁴ alors même que l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer avait développé une longue argumentation sur l'identité constitutionnelle pour justifier la recevabilité d'une question préjudicielle⁸⁹⁵. La Cour s'est ici contentée d'appliquer ses critères traditionnels⁸⁹⁶ sans faire aucunement référence à l'identité ou à l'autonomie constitutionnelle des États pour conclure à l'admission⁸⁹⁷. En réglant le litige dans le sens proposé par l'avocat général mais sur un fondement plus classique, la Cour témoigna par anticipation de la distinction entre identité et autonomie constitutionnelle du point de vue du droit de l'Union, la première étant appelée à être mieux prise en compte que la seconde. Un autre facteur d'indifférence se trouve dans les contraintes contentieuses.

2) L'explication tirée des contraintes contentieuses

Lorsque l'on examine les décisions de justice, il est indispensable de tenir compte du fait qu'elles sont censées répondre à certains arguments (a) et à une certaine question (b) dessinant le cadre du litige.

⁸⁹³ Point 33 des conclusions précitées.

⁸⁹⁴ CJUE, 10 décembre 2009, *Umweltanwalt von Kärnten c/ Kärntner Landesregierung*, C-205/08, Rec. I-11525.

⁸⁹⁵ V. *supra*.

⁸⁹⁶ V. notamment CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, 61/65, Rec. 377. De manière générale, la Cour de Justice semble se montrer respectueuse des traditions nationales lorsqu'elle apprécie la notion de juridiction susceptible d'opérer un renvoi (v. BONICHOT J.-C., « Loin des théories : le refus de la Cour de Justice d'imposer un modèle juridictionnel européen », *RDJ*, 2008, p.745)

⁸⁹⁷ Points 34 à 39 de l'arrêt *Umweltanwalt von Kärnten*.

a) La CJUE contrainte par les moyens avancés

En première analyse, le célèbre arrêt *Kreil*⁸⁹⁸ pourrait être interprété comme l'expression univoque de l'indifférence manifeste de la Cour à l'égard des dispositions constitutionnelles nationales. En l'espèce, la requérante contestait l'exclusion des femmes, au titre de l'article 12a de la Loi fondamentale allemande et de la législation d'application, des emplois militaires qui comportent l'utilisation d'armes, les femmes ne pouvant être recrutées que dans les services de santé et dans les formations de musique militaire. Or, Mlle Kreil souhaitait être embauchée dans le service de maintenance de la Bundeswehr afin de s'occuper de l'électromécanique d'armes. Ayant vu sa candidature rejetée, elle saisit un tribunal allemand, soutenant que son exclusion méconnaissait la directive du 9 février 1976 relative à l'égalité de traitement entre les sexes. Saisie sur renvoi préjudiciel, la CJCE appliqua sa jurisprudence traditionnelle en matière de discrimination et jugea que la différence de traitement était contraire au droit communautaire. À aucun moment la Cour ou l'avocat général n'ont-ils fait cas de la dimension constitutionnelle du litige. Une telle attitude trouve selon nous trois explications. D'abord, la question posée mettait directement en cause la loi portant statut des militaires puisque la restriction de l'emploi des femmes à des services déterminés trouvait exclusivement sa source dans cette norme législative. Pour sa part, la Loi fondamentale, rédigée en des termes larges, ne posait pas réellement problème et ne fut d'ailleurs pas révisée ultérieurement. Ensuite, probablement pour cette raison, le Gouvernement allemand n'avait pas mis en avant la Loi fondamentale, se fondant sur le fait que les questions de défense relevaient de la souveraineté de l'État et non du droit européen⁸⁹⁹. La Cour devait donc se placer sur le terrain des compétences pour rendre sa décision et répondre au moyen avancé. Enfin, on doit reconnaître que le droit de l'Union, particulièrement soucieux de combattre les discriminations, semble peu susceptible de faire montre de « tolérance constitutionnelle » en la matière. Nous serions donc par hypothèse face à un cas-limite si une Constitution nationale comportait des dispositions expressément discriminatoires⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil c/ Allemagne*, C-285/98, Rec. 69.

⁸⁹⁹ Voir point 12.

⁹⁰⁰ Voir *infra* les limites structurelles à la prise en compte des spécificités nationales par le droit de l'Union (pp. 372s.).

De même, dans l'affaire *Connect Austria*⁹⁰¹, un opérateur de téléphonie mobile avait contesté devant la Cour constitutionnelle autrichienne l'attribution de fréquences supplémentaires sans imposition de redevance distincte à un concurrent. La Haute juridiction rejeta la requête après avoir constaté que, compte tenu de ses possibilités de contrôle limitées, le recours porté devant elle n'assurait pas correctement le droit au recours effectif prévu par la directive du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications⁹⁰². En revanche, elle nota que le contrôle de légalité effectué par la Cour administrative suprême était à même de répondre aux exigences du droit communautaire. Cependant, d'après la Loi constitutionnelle fédérale autrichienne, échappent à la compétence de la Cour administrative suprême les affaires tranchées en dernière instance par une autorité collégiale « si la recevabilité d'un recours devant [elle] n'est pas stipulée expressément ». Or, un tel recours n'était justement pas prévu dans la législation nationale. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle elle-même suggéra, au nom de la primauté du droit communautaire, d'écarter sur ce point les dispositions constitutionnelles relatives à la compétence de la Cour administrative suprême qui s'opposait à la compétence de celle-ci pour connaître des recours contre les décisions d'attribution de licences téléphoniques⁹⁰³. Sur cette base, le requérant porta donc le litige à la connaissance de la Cour administrative. Saisie d'une question préjudicielle à la demande de cette dernière, la CJCE rappela dans un premier temps le principe d'autonomie institutionnelle des États membres⁹⁰⁴ avant de juger que l'effectivité de la protection des droits des justiciables exigeait – comme le suggérait la Haute juridiction constitutionnelle elle-même – d'écarter l'application de la Constitution autrichienne, rendant ainsi le droit national conforme à la directive⁹⁰⁵. A la différence de l'arrêt *Kreil*, nous sommes ici en présence d'une affaire dans laquelle la méconnaissance d'une disposition constitutionnelle nationale est non seulement intentionnelle mais également explicite. Par ailleurs, en énonçant que la non-application de la directive rendrait le droit autrichien conforme à celle-ci, la Cour ne s'est pas contentée d'une invocabilité négative du droit communautaire mais a posé l'invocabilité positive de celui-ci puisque sa décision a pour effet de reconnaître à la Cour administrative autrichienne un titre de compétence *contra constitutionem*. Aussi audacieux que cet arrêt puisse paraître, il n'en reste pas moins

⁹⁰¹ CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria c/ Telekom-Control-Kommission*, C-462/99, Rec. 5197.

⁹⁰² Aux termes de l'article 5 bis, paragraphe 3, « les États membres garantissent l'existence, au niveau national, de mécanismes adéquats permettant à une partie touchée par une décision de l'autorité réglementaire nationale de se pourvoir devant une instance indépendante des parties intéressées ».

⁹⁰³ Point 22.

⁹⁰⁴ Point 35.

⁹⁰⁵ Points 40 et 41.

compréhensible selon nous : le fait que la Cour constitutionnelle elle-même ait avancé l'idée que l'application de la Constitution autrichienne devait être écartée en l'espèce a assurément eu valeur de signal pour les juges de Luxembourg. On ne saurait en effet reprocher à la CJCE de méconnaître le droit constitutionnel d'un État membre lorsque le juge censé assurer son respect en préconise l'inapplication. Si l'on constate ici que l'indifférence de la Cour à l'égard des dispositions constitutionnelles nationales peut s'expliquer par les moyens fondés sur le contexte interne, elle peut aussi être comprise à la lumière de la question posée.

b) La CJUE contrainte par la formulation de la question posée

Dans l'affaire *Viking Line*⁹⁰⁶, un opérateur finlandais de transport par ferries projetait de changer le pavillon de l'un de ses navires afin de réduire les coûts salariaux. Conscientes du risque de dumping social qui s'ensuivait pour les travailleurs finlandais, deux organisations syndicales menaçaient de mener une action collective destinée à dissuader la société Viking de changer de pavillon. Se trouvaient donc en conflit latent la libre prestation de services et un droit social garanti par l'article 13 de la Constitution finlandaise. Or, la Cour éluda largement la source constitutionnelle du droit à l'action collective. Jugeant que ce dernier était « un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire⁹⁰⁷ », elle décida que le droit de mener des actions collectives n'excluait pas ces dernières du champ d'application des dispositions communautaires relatives à la liberté d'établissement⁹⁰⁸. S'il est ici remarquable que la Cour a substitué le principe européen au principe constitutionnel en matière d'action collective, on peut l'expliquer de deux manières. D'une part, il est légitime, en l'existence d'un droit européen substantiellement équivalent à un droit garanti au niveau interne, que la Cour lui donne préférence. On ne comprendrait guère l'inverse alors que la CEDH ou les juridictions nationales elles-mêmes, au nom de la « protection équivalente des droits fondamentaux⁹⁰⁹ », n'hésitent pas à reconnaître parfois le

⁹⁰⁶ CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP*, C-438/05, Rec. 10779.

⁹⁰⁷ Point 44.

⁹⁰⁸ Point 47.

⁹⁰⁹ Pour une approche critique de la notion fonctionnelle et conjoncturelle de protection équivalente des droits fondamentaux, nous nous permettons de renvoyer à MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *op. cit.*.

primat des droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis au niveau communautaire⁹¹⁰. D'autre part, la juridiction de renvoi avait évoqué dans sa première question l'hypothèse d'une action collective sans aucune précision de l'origine normative de ce droit⁹¹¹. Par suite, la CJCE pouvait s'estimer en droit de se placer exclusivement sur le terrain européen, s'abstenant ainsi de mentionner la dimension constitutionnelle du litige⁹¹².

3) *L'arrêt Michaniki : un déni d'identité ?*

L'indifférence de la Cour dans l'arrêt *Michaniki*⁹¹³ est probablement la plus difficile à expliquer, au point de relever, selon nous, non plus du non-dit mais du déni. Dans cette affaire, à la suite d'un appel d'offres lancé par l'entreprise publique Erga, la société Sarantopoulos avait obtenu le marché de la construction d'ouvrages de terrassement d'une nouvelle ligne ferroviaire à grande vitesse. Par la suite, cette société fut absorbée par la société Pantechniki dont l'actionnaire majeur et vice-président se trouvait être le père de M. Sarantopoulos. La société Michaniki, candidate évincée à l'attribution du marché public, contesta cette décision et demanda au Conseil d'État grec l'annulation du certificat émis par l'ESR (Conseil National de la Radiotélévision) attestant de l'absence d'incompatibilité dans le chef de la société Pantechniki, M.Sarantopoulos étant membre de plusieurs conseils d'administration de sociétés grecques de médias d'information. A l'appui de son recours, la société Michaniki souleva le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi sur la base de laquelle le certificat avait été édicté. En effet, le pouvoir constituant dérivé grec avait introduit en 2001 un nouvel article 14, paragraphe 9 dans la Constitution de 1975 en vertu duquel « la qualité de propriétaire, d'actionnaire majeur, d'associé ou de cadre dirigeant d'une entreprise de médias d'information est incompatible avec la qualité de propriétaire, d'actionnaire majeur, d'associé ou de cadre dirigeant d'une entreprise qui, vis-à-vis de l'État ou d'une personne morale du secteur public au sens large, est chargée de l'exécution de travaux, de

⁹¹⁰ Par ailleurs, il faut noter que la Cour suprême finlandaise interprète le droit de grève à la lumière du droit communautaire, le premier ne pouvant être exercé s'il est interdit par le second (voir point 5 de l'arrêt *Viking Line*).

⁹¹¹ Point 27.

⁹¹² Pour un cas analogue, v. CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05, *Rec.* 11767. Etait ici en cause l'action d'un syndicat suédois tendant à imposer une négociation salariale à un prestataire de services letton ayant détaché des travailleurs en Suède. Voir RODIERE P., « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTDE*, 2008, 1, p. 47.

⁹¹³ CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE*, C-213/07, *Rec.* 9999 ; note KOSTA V., (2009) *EuConst* 5, p. 501.

fournitures ou de prestations de services. L'interdiction visée par l'alinéa précédent vise aussi toutes les personnes faisant office d'intermédiaires, telles que conjoints, parents, personnes ou sociétés économiquement dépendantes ». Une loi est venue préciser les modalités d'application de cette disposition. Or, pour le Conseil d'État grec, cette disposition législative était contraire à la Constitution. Dans ces circonstances, l'annulation du certificat d'absence d'incompatibilité semblait s'imposer. Cependant, le juge grec ne s'est pas contenté de cette solution, pourtant suffisante pour résoudre le litige au principal. Pour des « motifs d'économie de procédure⁹¹⁴ », il a souhaité que l'ensemble du dispositif constitutionnel grec soit examiné par la Cour au regard des exigences résultant du droit de l'Union en matière de passation de marchés publics et notamment de la directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux qui contient une liste limitative de causes d'exclusion, au titre desquelles ne figurent pas les cas additionnels prévus par la Constitution grecque. Il s'agissait notamment de savoir si le droit communautaire permettait d'écarter une entreprise dont l'actionnaire majeur, le propriétaire ou l'associé n'auraient pas, du fait des dispositions constitutionnelles nationales, été mis en mesure d'infirmer la présomption selon laquelle leur implication active dans une entreprise de médias leur interdit de concourir à un appel d'offres pour un marché de travaux publics. Deux questions concrètes se posaient alors : la Constitution grecque peut-elle ajouter des motifs d'exclusion non prévus par une directive et, ce faisant, compléter la législation communautaire ? ; poursuit-elle des buts compatibles avec les principes du droit communautaire ? Pour la CJCE, si le droit national pouvait prévoir des motifs supplémentaires d'exclusion fondés sur des considérations objectives en vertu de la marge de transposition dont bénéficient les États membres sous le contrôle de la Cour⁹¹⁵, la présomption irréfragable – résultant de la Constitution – d'incompatibilité générale entre le secteur des travaux publics et celui des médias d'information constituait en revanche une violation du principe de proportionnalité. Certes, on ne peut totalement ignorer le fait que la Cour a admis ici – dans certaines limites – l'invocabilité de complément de la Constitution d'un État membre, s'appuyant notamment sur le fait que « chaque État membre est le mieux à même d'identifier, à la lumière des considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres, les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect [des principes d'égalité de traitement et de transparence]⁹¹⁶ ». Cependant, il est

⁹¹⁴ Point 21.

⁹¹⁵ Point 55.

⁹¹⁶ Point 56.

notable que tout au long du raisonnement, la Cour se réfère au droit national en général – et non au droit constitutionnel en particulier – ne semblant donc ne reconnaître à ce dernier aucune spécificité de nature à justifier une différence de traitement⁹¹⁷. Les juges de Luxembourg étaient pourtant parfaitement conscients de la difficulté constitutionnelle, notamment en déclarant la demande recevable. En effet, la question posée ne semblait guère nécessaire pour rendre un jugement et son objet apparaissait hypothétique. On peut penser que ce laxisme juridictionnel résulte principalement du fait qu’une disposition constitutionnelle était en cause, qui plus est dans une matière – les marchés publics – désormais régie quasi exclusivement par le droit de l’Union. Il pouvait par conséquent être de bonne politique d’anticiper un futur « conflit constitutionnel » en rendant ce qui s’apparente à un avis sur la compatibilité du droit communautaire et du droit constitutionnel grec. Encore eût-il peut-être fallu le faire en toute transparence.

Mis à part le cas *Michaniki* qui aurait indubitablement mérité une attention accrue de la part de la Cour, nous ne pouvons que prendre note du fait que les juges de Luxembourg tiennent compte à leur manière des dispositions constitutionnelles nationales. Il ne fait cependant aucun doute que ceux-ci se trouvent mal à l’aise face à l’exception tirée des constitutions nationales, n’acceptant de se confronter ouvertement au problème que de manière exceptionnelle et dans des circonstances au demeurant très spécifiques. Si l’on se place du point de vue d’une Cour de justice « colosse aux pieds d’argile », on comprend facilement une approche toute en retenue face à un instrument à l’allure incontrôlable. Il n’y a pas loin du Capitole à la Roche Tarpéienne et une inflexion non préparée de la jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* pourrait conduire à une déstabilisation profonde de l’ordre juridique communautaire. Pour l’heure, la Cour redouble de prudence, n’hésitant pas à encadrer les hypothèses de prise en compte des constitutions nationales.

⁹¹⁷ Evoquant « l’appréciation constitutionnelle nationale » des pouvoirs publics, l’avocat général Poiares Maduro laissait pour sa part entendre que le statut constitutionnel de la mesure interne en cause était de nature à influencer la réponse à apporter (voir les points 1 et 30 de ses conclusions).

II. LIMITES DE LA PRISE EN COMPTE

Il est impératif que « les États membres ne se dissimulent pas derrière leur ordre juridique constitutionnel⁹¹⁸ ». Si l'on se penche sur les contours de la prise en compte des dispositions constitutionnelles nationales par le droit de l'Union, on s'aperçoit qu'elle est systématiquement assortie de deux conditions : non seulement elle est soumise au test de proportionnalité (A), mais elle apparaît plus largement subordonnée à l'exigence de « respect du droit de l'Union » (B).

A. Le contrôle de proportionnalité

Le principe de proportionnalité tend à condamner les interdictions générales et absolues, notamment lorsque celles-ci constituent une entrave aux libertés fondamentales du marché intérieur. En effet, toute exception à ces dernières doit être non seulement nécessaire mais également adaptée : elle ne saurait aller au-delà du strict nécessaire pour défendre la valeur sociétale qu'elle est censée protéger. Si des dispositions constitutionnelles nationales ne peuvent pas justifier une interdiction générale (1), il n'est cependant pas exclu que la Cour n'aborde pas la question de manière plus souple lorsque l'une d'entre elles est en cause (2).

1) L'exclusion des interdictions générales et absolues

Nous avons pu constater dans différentes affaires portées à la connaissance de la Cour que cette dernière ne se montrait guère amène à l'égard des spécificités constitutionnelles nationales sur le fondement desquels une interdiction générale et absolue était prononcée.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Commission c/ Luxembourg*, la Constitution nationale conduisait à exclure l'ensemble des ressortissants des autres États membres des emplois du secteur de l'enseignement. Or, utilisant le langage de la proportionnalité, la Cour nota que l'identité nationale luxembourgeoise pouvait, « même dans des secteurs particulièrement

⁹¹⁸ Point 57 des conclusions Kokott sous l'arrêt *UGT-Rioja* précité.

sensibles comme l'enseignement, être utilement préservée par d'autres moyens que l'exclusion à titre général⁹¹⁹ ». Il était ainsi suffisant de remplir les conditions exigées pour le recrutement, notamment la formation et les connaissances linguistiques. Ensuite, dans l'espèce *Kreil*, la Cour jugea incompatible avec le droit communautaire le fait de ne pas permettre aux femmes d'entrer dans l'armée sauf à ce que celles-ci fassent le choix des services de santé ou des formations de musique militaire. Selon les juges de Luxembourg, « les autorités nationales [avaient] méconnu le principe de proportionnalité en considérant de manière générale que la composition de toutes les unités armées de la Bundeswehr devait demeurer exclusivement masculine⁹²⁰ ». Enfin dans l'affaire *Michaniki*, si la Cour a accepté l'édiction de nouveaux motifs d'exclusion, elle conclut à la violation du principe de proportionnalité du fait que la Constitution grecque posait une incompatibilité générale entre le secteur des travaux publics et celui des médias d'information, sans possibilité de prouver que la concurrence n'était pas faussée. Le dispositif national aurait en revanche pu être validé si la présomption d'incompatibilité avait été simple et non pas irréfragable.

Si le troisième exemple souligne avant tout l'illégalité des dispositifs instaurant des incompatibilités – et par extension des interdictions – générales et absolues, les deux premiers témoignent de l'importance en droit de l'Union de la lutte contre les discriminations, au premier rang desquelles celles fondées sur la nationalité et le sexe⁹²¹. Dans cette matière, le principe de proportionnalité semble donc constituer un véritable contrepoids à la prise en compte de l'identité des États. Pourtant, il semble devoir être appliqué de manière souple en dehors de ces hypothèses.

2) Une approche souple en présence d'une spécificité constitutionnelle nationale ?

Dans ses conclusions sur l'affaire *Michaniki*, l'avocat général Poiares Maduro considérait qu'une « certaine marge d'appréciation » devait être laissée à l'État membre pour « satisfaire aux exigences du principe de proportionnalité⁹²² ». Si cette malléabilité ne pouvait

⁹¹⁹ Point 35.

⁹²⁰ Point 29.

⁹²¹ Nous verrons plus loin que cette matière est susceptible de constituer un obstacle structurel à la pleine reconnaissance de l'identité de l'État membre au niveau européen.

⁹²² Point 35 des conclusions. V. également ses conclusions sur *Marrosu et Sardino*.

se concrétiser dans le cas d'espèce, elle est cependant perceptible dans les décisions *Groener* et *Omega* précitées, le cas *Viking Line* relatif aux droits sociaux devant pour sa part être réservé.

Dans l'affaire *Groener*, il est notable que la CJCE s'est interrogée sur le fait de savoir si la connaissance de l'irlandais était indispensable à l'accomplissement du métier de professeur d'art. Après en avoir douté dans un premier temps, suivant en ce sens la position du juge de renvoi lui-même, elle finit par admettre qu'il n'était pas « déraisonnable » que l'on attende des enseignants d'art une connaissance « adéquate » de la première langue officielle de l'Irlande⁹²³, ajoutant que le principe de non-discrimination exigeait que les ressortissants d'autres États membres puisse repasser l'examen de langue en cas d'échec⁹²⁴. Sur cette base, la Cour répondit que la connaissance d'une langue était compatible avec le droit communautaire « pour autant que l'exigence linguistique en cause (...) soit mise en œuvre de façon proportionnée et non discriminatoire ». Outre une nouvelle occurrence de la condition de non-discrimination, il est intéressant de constater que la connaissance de l'irlandais a passé le test de proportionnalité alors même que l'on pouvait douter qu'une personne enseignant la peinture ait réellement besoin de parler ou du moins comprendre le gaélique.

Selon nous, on retrouve cette même marge d'interprétation fonction de spécificités nationales fortes dans l'arrêt *Omega*. En l'espèce, l'interdiction du « jeu à donner la mort » pouvait *prima facie* être jugée proportionnée étant donné, d'une part, qu'elle n'était pas discriminatoire et, d'autre part, qu'elle concernait uniquement – comme le note la Cour⁹²⁵ – le jeu laser en question. Cependant, la CJCE s'est également appuyée sur le fait que l'interdiction du jeu correspondait au niveau de protection de la dignité humaine offert par la Loi fondamentale allemande. Par suite, il apparaît que les juges de Luxembourg ont tenu compte – du moins nominale – de l'interprétation nationale du principe de dignité au titre du contrôle de proportionnalité⁹²⁶.

Cependant, au vu de l'arrêt *Viking Line* concernant le droit de mener une action collective, il n'est pas possible de tirer des conclusions sûres permettant de déduire un assouplissement de principe du test de proportionnalité en présence de valeurs

⁹²³ Points 20 et 21 de l'arrêt.

⁹²⁴ Point 23.

⁹²⁵ Point 39.

⁹²⁶ En ce sens, SKOURIS V., « L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire », in *Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Pedone, 2006, p. 497, sp. 504.

constitutionnelles nationales. En effet, dans cette décision, l'exigence de proportionnalité a été examinée avec rigueur, la Cour établissant de nombreuses conditions : imposant d'abord que l'action collective ait pour objectif la protection des travailleurs, elle exigea également que les emplois ou les conditions de travail de ceux-ci soient « véritablement compromis ou sérieusement menacés⁹²⁷ ». Par ailleurs, il incombait à la juridiction de renvoi de vérifier si l'action collective était apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'allait pas au-delà de ce qui est nécessaire, autrement dit qu'il n'existait pas « d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement, pour faire aboutir la négociation collective » et que tous ces moyens avaient été épuisés avant d'engager une telle action⁹²⁸. Certes, la CJCE a reconnu en l'espèce le pouvoir discrétionnaire du juge *a quo* en lui renvoyant l'examen de la proportionnalité mais, dans le même temps, elle lui a imposé un cadre décisionnel très contraignant⁹²⁹. Pour cette raison et en dehors même des hypothèses d'interdictions absolues ou de discriminations, nous doutons que la Cour ait une approche souple de la proportionnalité lorsque des dispositions constitutionnelles sont en cause, y compris quand celles-ci renvoient à des droits également reconnus par l'Union⁹³⁰. De manière générale, cette situation témoigne de la prévalence d'un certain contenu et d'une certaine idée du droit de l'Union européenne.

B. L'exigence de « respect du droit de l'Union »

Souvent, il est possible de lire sous la plume des juges de Luxembourg que les États membres exercent leurs compétences « dans le respect du droit de l'Union ». Cette formule est notamment utilisée dans le domaine des compétences retenues des États (telles que la nationalité et la citoyenneté) ainsi que dans les matières où l'Union ne dispose que d'une compétence d'appoint (sécurité sociale, éducation, culture etc.)⁹³¹. En d'autres termes, là où les États semblent être le plus souverains, ils n'échappent pourtant pas à l'exigence de respect du droit de l'Union du moment où la situation en cause relève du champ d'application de ce

⁹²⁷ Point 84.

⁹²⁸ Point 87.

⁹²⁹ Pour un exemple où la Cour a elle-même procédé à l'examen concret de proportionnalité et conclu à l'incompatibilité de l'action collective avec le droit communautaire, v. l'arrêt *Laval* précité.

⁹³⁰ Indépendamment même de l'origine constitutionnelle nationale de tel ou tel droit, cette question révèle selon nous les difficultés du droit de l'Union à concilier les libertés économiques avec les droits *sociaux*.

⁹³¹ V. BOUCON L., « EU Law and the Retained Powers of the Member States », in AZOULAI L. (ed.), *The EU as a Federal Order of Competences ?*, Oxford UP, à paraître début 2013.

dernier, celui-ci étant conçu de manière singulièrement extensive. Eu égard à la question qui nous intéresse principalement, cette exigence se traduira, d'un côté, par la prévalence du principe d'effectivité sur l'autonomie constitutionnelle des États membres (1) et, d'un autre côté, par le traitement parallèle de l'identité constitutionnelle de l'État membre et de la nationalité en droit de l'Union (2).

1) Le principe d'effectivité, limité à l'autonomie constitutionnelle des États membres

Les rapports entre l'exigence d'effectivité et le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres sont désormais bien connus. S'il appartient aux États membres d'assurer l'exécution du droit de l'Union conformément à leurs normes et procédures internes, cette subsidiarité concédée ne doit pas rendre impossible ou excessivement difficile la protection des droits que le justiciable tire du droit de l'Union. Sur cette base, l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres est préservée aussi longtemps qu'elle ne fait pas obstacle à la bonne application du droit de l'Union. Par extension, le même raisonnement vaut aussi pour l'autonomie constitutionnelle des États *lato sensu*.

S'agissant du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, la Cour penche largement du côté de l'exigence de « pleine efficacité » du droit de l'Union, y compris en présence de règles constitutionnelles internes y faisant potentiellement obstacle. D'abord, dans le célèbre arrêt *Simmenthal*⁹³², elle jugea que « seraient incompatibles avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires⁹³³ ». Sur cette base, la Cour de justice renversa l'obligation imposée aux juges ordinaires de saisir la Cour constitutionnelle italienne des questions de conformité avec le droit communautaire avant que ceux-ci ne

⁹³² CJCE, 9 mars 1978, *Administration des Finances de l'État c/ SA Simmenthal*, aff. 106-77, Rec. 629.

⁹³³ Point 22 (souligné par nous).

puissent éventuellement laisser inappliquée la loi postérieure contraire. Intervenant seulement deux ans après les jurisprudences *Rewe*⁹³⁴ et *Comet*⁹³⁵, la décision *Simmenthal* semble substantiellement infléchir, voire contredire leur apport par son interventionnisme⁹³⁶. Du fait de son insistance sur l'effectivité du droit communautaire au détriment de la condition d'équivalence, il a même pu être soutenu que le principe d'autonomie procédurale des États membres était fictif⁹³⁷.

Si ce diagnostic peut paraître exagéré, il peut cependant s'appuyer sur l'arrêt *Factortame*⁹³⁸ dans lequel une règle procédurale fondamentale de la *common law* a été écartée au nom de la protection juridictionnelle effective. Dans cette affaire relative à l'immatriculation des navires de pêche britanniques, la Chambre des Lords avait saisi la Cour de justice afin de savoir si le juge interne pouvait – voire devait – suspendre à titre provisoire une loi dont la compatibilité avec le droit communautaire lui paraissait douteuse. Ici, la difficulté principale résidait dans le fait qu'une vieille règle issue de la « Constitution britannique »⁹³⁹ interdisait au juge d'ordonner une mesure provisoire contre la Couronne. Faisant application de la jurisprudence *Simmenthal*, la CJCE imposa aux juges nationaux d'écarter l'application de la vénérable règle. Cette décision est particulièrement remarquable du fait que la Cour n'a pas hésité à remettre en cause une règle constitutionnelle britannique afin de garantir la protection provisoire des droits que les justiciables tirent du droit communautaire. Ce faisant, elle a écorné un peu plus la souveraineté du Parlement britannique étant donné que la règle procédurale ici remise en cause reflétait cet élément essentiel de l'identité constitutionnelle du Royaume-Uni.

Dans l'arrêt *Connect Austria* précité, même si la disposition en cause n'était sans doute pas fondamentale, c'est le principe d'autonomie institutionnelle qui s'est cette fois trouvé mis de côté. La Cour ayant insisté sur le fait que « les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective des [droits individuels

⁹³⁴ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG*, aff. 33-76, *Rec.* 1989.

⁹³⁵ CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV*, aff. 45-76, *Rec.* 2043.

⁹³⁶ V. PRECHAL S., « Community Law in National Courts : The Lessons from Van Schijndel », (1998) 35 *CMLR*, p. 681, sp. 687s.

⁹³⁷ V. KAKOURIS C.N., « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », in *État, loi, administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas Spiliotopoulos*, Bruylant, 1998, p. 159, jugeant que la CJCE n'a considéré le droit procédural national que comme un « droit supplétif » (*ibid.* p. 160). Également, BOBEK M., « Why There is No Principle of « Procedural Autonomy » of the Member States ? », in MICKLITZ H.-W., DE WITTE B. (ed.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, p. 305.

⁹³⁸ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame Ltd e.a.*, C-213/89, *Rec.* 2433.

⁹³⁹ Selon l'expression retenue par l'arrêt de la Cour d'Appel (cité dans le rapport du juge Kakouris, point 9).

dérivés de l'ordre juridique communautaire]⁹⁴⁰ », elle a exigé que la Cour administrative suprême autrichienne se reconnaisse compétente *contra constitutionem*.

Si ces différents exemples illustrent la relativité du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale – pris dans ses deux dimensions – face à l'exigence d'effectivité du droit de l'Union, il n'est pas certain que l'autonomie constitutionnelle des États membres bénéficie pour sa part d'un statut réellement plus favorable, qu'il s'agisse de l'organisation interne des États, du contentieux constitutionnel ou encore des grands principes relatifs à l'administration.

En premier lieu, dans l'arrêt *Communauté française c/ Gouvernement flamand*, la structure fédérale de la Belgique a été prise en compte dans la stricte mesure où le régime d'assurance-soins flamand a été validé pour ce qui concerne les ressortissants belges. Cependant, on peut se demander, au regard des conséquences de la décision, s'il n'eut pas été préférable que la Cour évite de créer un nouveau cas de discrimination à rebours. Dans la mesure où il était politiquement délicat d'étendre le dispositif, il eut peut-être été plus prudent, compte tenu des circonstances, de prendre en compte l'organisation constitutionnelle de la Belgique jusque dans le champ d'application des libertés du marché intérieur⁹⁴¹. En toute hypothèse, ce n'est pas la première fois que la CJUE subordonne le respect des structures institutionnelles étatiques à celui d'autres éléments essentiels du droit de l'Union, par exemple le principe d'égalité. Ainsi, dans l'affaire *Eman et Sevinger*⁹⁴² se posait la question de savoir s'il était possible d'exclure du corps électoral des ressortissants d'un État membre résidant dans un territoire associé à la Communauté. En l'espèce, deux ressortissants néerlandais résidant à Aruba⁹⁴³ s'étaient trouvés privés du droit de vote aux élections européennes. Liant ce droit avec la possession de la nationalité d'un État membre et la citoyenneté de l'Union, ils contestèrent le fait que la résidence puisse être un critère valable pour déterminer la qualité d'électeur. Suivant le même raisonnement que dans l'affaire relative à Gibraltar, la Cour considéra que « si rien ne [s'opposait] à ce que les États membres définissent, dans le respect du droit communautaire, les conditions de droit de vote et

⁹⁴⁰ Point 35 (souligné par nous).

⁹⁴¹ Cette idée a également été défendue dans son commentaire par T. Vandamme sur la base de la clause d'identité constitutionnelle et sa référence à l'autonomie locale et régionale (*op. cit.*, 298).

⁹⁴² CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger c/ College van burgemeester en wethouders van den Haag*, C-300/04, *Rec.* 8055.

⁹⁴³ Conformément au Statuut de 1954, le Royaume des Pays-Bas se compose de trois entités étatiques qui possèdent chacune leurs propres institutions : les Pays-Bas, les Antilles néerlandaises et Aruba. L'ensemble de leurs ressortissants ont en partage la nationalité néerlandaise.

d'éligibilité aux élections au Parlement européen par référence au critère de la résidence (...), le principe d'égalité de traitement fait toutefois obstacle à ce que les critères choisis aient pour effet de traiter de manière différente des ressortissants se trouvant dans des situations comparables⁹⁴⁴ ». Il est donc clairement établi qu'un État membre ne peut exciper de son organisation interne pour justifier une discrimination.

En second lieu, s'agissant du contentieux constitutionnel, le schéma est sensiblement le même malgré la relative bienveillance de la Cour vis-à-vis de la question prioritaire de constitutionnalité en France. Certes, il ressort de l'arrêt *Melki et Abdeli*⁹⁴⁵ que la CJUE a infléchi sa jurisprudence *Simmmenthal* en acceptant notamment un certain retard dans l'application du droit de l'Union du moment où la protection provisoire des droits tirés du droit de l'Union serait assurée. Cependant, la Cour de justice est loin de toujours manifester la même clémence comme en témoigne l'affaire *Filipiak*⁹⁴⁶. En l'espèce, dans une décision relative à la détermination de l'assiette de l'impôt sur le revenu, le Tribunal constitutionnel polonais avait déclaré l'inconstitutionnalité de la loi litigieuse à la suite d'une interprétation conforme au droit communautaire opérée en vertu du « principe de bienveillance » vis-à-vis du processus d'intégration européenne. Cependant, il avait décidé de reporter d'un an la perte de la force obligatoire des dispositions en cause, comme le lui permettait la Constitution⁹⁴⁷. Loin de se contenter de prendre acte de cet ajournement, un tribunal administratif polonais décida de saisir la CJCE de la question de savoir si ces mêmes dispositions législatives étaient compatibles avec la liberté d'établissement et la libre prestation de services et, en cas de réponse négative, si le principe de primauté du droit communautaire ne supposait pas de laisser immédiatement inappliquées les dispositions fiscales en cause, malgré l'arrêt du Tribunal constitutionnel. Jugeant que le droit polonais était effectivement contraire au droit de l'Union, la Cour considéra que le principe de primauté faisait obligation au juge national de ne pas appliquer les dispositions incompatibles « indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle ». Alors même que l'argumentation de la Commission se montrait plutôt

⁹⁴⁴ Point 61.

⁹⁴⁵ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, *Rec. I-5667*. A ce sujet, v. DONNAT F., « La Cour de Justice et la QPC : chronique d'un arrêt imprévisible et imprévu », *D.* 2010, p. 1640 ; MILLET F.-X., « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2010, p. 1751 ; SARMIENTO D., « L'arrêt *Melki* : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », *RTDE*, 2010, 3, p. 591.

⁹⁴⁶ CJCE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08, *Rec. I-11049*.

⁹⁴⁷ Art. 190 § 3 : « L'arrêt du Tribunal constitutionnel prend effet le jour de sa publication, toutefois le Tribunal peut fixer une autre date de la perte de la force obligatoire de l'acte normatif. Ce délai ne peut dépasser dix-huit mois s'agissant d'une loi et douze mois s'agissant d'un autre acte normatif ».

conciliatrice⁹⁴⁸, il est notable de constater que la Cour a procédé à une application stricte de sa jurisprudence *Simmenthal*.⁹⁴⁹

En dernier lieu, si la décision *Marrosu et Sardino* précitée a accepté *de facto* le moyen tiré du principe constitutionnel de l'accès par concours à la fonction publique, elle l'a fait sur la base de l'existence d'autres mesures « effectives » permettant de sanctionner le renouvellement abusif de contrats à durée déterminée. On en déduit que le principe en cause aurait éventuellement pu céder face à l'absence de tout autre dispositif assurant l'efficacité du droit communautaire.

Au regard de ces différents exemples, l'autonomie constitutionnelle des États membres semble singulièrement relative en droit de l'Union. Or, si l'on admet que le champ de l'identité constitutionnelle est plus restreint que celui de l'autonomie, il n'est pas certain, à la lumière de la jurisprudence communautaire relative à la nationalité, que le droit de l'Union accorde à un traitement plus favorable à l'identité.

2) *Vers un traitement analogue de l'identité constitutionnelle de l'État et de la nationalité en droit de l'Union ?*

En première analyse, il apparaît que l'acquisition et la perte de la nationalité relèvent des compétences exclusives de l'État sur lesquelles ni le droit international, ni le droit de l'Union n'auraient emprise, « la nationalité [étant] un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs⁹⁵⁰ ». On touche ici au cœur du lien social ou plutôt du lien national puisque la nationalité est censée fonder l'appartenance au corps national ainsi que le devoir de loyauté entre ses membres. Par suite, le traitement de la nationalité par le droit de l'Union peut être révélateur de la nature de l'Union et de la place des États

⁹⁴⁸ A l'inverse, il est remarquable que le Gouvernement polonais se soit pour sa part prononcé pour une application immédiate du droit communautaire en dépit de la décision de la Cour constitutionnelle (points 38 et 39).

⁹⁴⁹ Pour une possible amorce d'évolution bien que l'arrêt ait confirmé la jurisprudence *Filipiak*, v. CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH c/ Maire de Bergheim*, C-409/06, *Rec. I-8015* (où la Cour laisse peut-être présager une inflexion de sa position en présence de « considérations impérieuses de sécurité juridique »).

⁹⁵⁰ Selon la définition donnée par la Cour Internationale de Justice dans son célèbre arrêt *Nottebohm* du 6 avril 1955.

membres⁹⁵¹. Il en est également ainsi selon nous de l'identité de l'État : en tant qu'élément constitutif d'une communauté politique de valeurs et d'intérêts, celle-ci ne paraît pas pouvoir être déterminée de l'extérieur. Logiquement, on peut penser que l'approche du droit de l'Union devrait donc être sensiblement identique, que la nationalité ou l'identité soient en cause. Or, nous pouvons constater que la Cour de justice n'est pas entièrement neutre en matière de nationalité.

Il ressort de la jurisprudence communautaire que les États membres sont soumis au respect du droit de l'Union et, singulièrement, du principe de proportionnalité lorsque l'acquisition ou la perte de la nationalité sont en cause. Dans l'affaire *Rottmann*⁹⁵², la Cour de justice s'est trouvée face à la question de savoir si la compétence des États membres pour fixer les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité pouvait être exercée sans aucun droit de regard du droit communautaire. En l'espèce, un requérant autrichien s'était vu retirer la nationalité allemande au motif qu'il l'avait acquise de manière frauduleuse. Or, cette décision avait pour effet de le rendre apatride étant donné que l'acquisition d'une nouvelle nationalité avait automatiquement entraîné la déchéance de la nationalité autrichienne en vertu du droit national. Cette situation avait également pour conséquence de priver le requérant de la citoyenneté européenne, la possession de cette dernière étant subordonnée au fait d'être ressortissant de l'un des États membres. Dans ce contexte, la Cour rappela sa jurisprudence *Micheletti*⁹⁵³ selon laquelle la définition des compétences d'acquisition et de perte de la nationalité relevait certes de la compétence de chaque État membre mais que ceux-ci devaient exercer leur compétence dans le respect du droit de l'Union⁹⁵⁴. Aussi, remarquant que le retrait de la naturalisation en raison de manœuvres frauduleuses pouvait répondre à un motif d'intérêt général⁹⁵⁵, la Cour exigea qu'une telle décision respecte le principe de proportionnalité relativement aux conséquences qu'elle comporte sur la situation de la personne concernée au regard du droit de l'Union. Par suite, elle décida qu'il appartenait au juge national de vérifier l'adéquation de la décision avec la gravité de l'infraction, le temps écoulé entre la naturalisation et le retrait de celle-ci ainsi qu'avec la possibilité pour le requérant de recouvrer sa nationalité d'origine. Ici, il est intéressant de constater que la Cour a

⁹⁵¹ V. MOUTON J.-D., « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt *Rottmann* », *RGDIP*, 2010, 2, p. 257.

⁹⁵² CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann c/ Freistaat Bayern*, C-135/08, *Rec.* I-1449.

⁹⁵³ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a.*, C-369/90, *Rec.* 4239.

⁹⁵⁴ Points 39 et 45 (arrêt *Rottmann*).

⁹⁵⁵ Point 51, où la Cour précise également qu'« il est légitime pour un État membre de vouloir protéger le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants ainsi que la réciprocité de droits et de devoirs, qui sont le fondement du lien de nationalité ».

exigé le respect du principe de proportionnalité dans un cas relevant essentiellement du droit national et ne présentant qu'un lien ténu avec le droit de l'Union⁹⁵⁶. Pour sa part, l'avocat général Poiares Maduro s'était certes appuyé sur le « devoir imposé à l'Union par l'article 6 de respecter l'identité nationale des États membres, dont la composition de la communauté nationale constitue à l'évidence un élément essentiel⁹⁵⁷ » mais avait réaffirmé le nécessaire respect du droit de l'Union sans toutefois évoquer la question de la proportionnalité⁹⁵⁸. En tout état de cause, cette décision laisse entendre que le respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre pourrait lui-même être soumis au test de proportionnalité, un élément de souplesse significatif résidant cependant dans le fait que ce test serait appliqué par les juridictions nationales.

Il est possible de tirer deux conclusions de ce panorama. D'une part, indépendamment de la technique employée, la Cour semble correctement préserver les approches nationales des droits fondamentaux ainsi que – dans une certaine mesure – l'organisation interne des États et notamment l'autonomie locale. Néanmoins, il est déjà notable que certaines dispositions constitutionnelles nationales sont mieux prises en compte que d'autres. Ici, la distinction brièvement évoquée plus haut entre identité et autonomie constitutionnelle nous semble fondamentale en ce qu'elle semble devoir déterminer l'intensité du contrôle effectué par la Cour. Plus le litige concernera une matière se rapprochant du cœur constitutionnel des États membres, plus le contrôle exercé devrait être restreint et plus large sera la marge d'appréciation des États, sans qu'il ne soit encore possible de savoir avec certitude quelles seront les conséquences du contrôle. En toute hypothèse, si l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* apparaît comme une exception à la règle, la Cour semble plutôt hostile aux interdictions générales et absolues, y compris lorsqu'elles trouvent leur fondement dans les constitutions nationales. De même, certains principes communautaires – au premier rang desquels l'interdiction des discriminations – semblent prévaloir sur toute considération tirée de l'identité constitutionnelle nationale, établissant ainsi une hiérarchie matérielle de valeurs.

⁹⁵⁶ V. déjà CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Rec.* 11613.

⁹⁵⁷ Point 25 des conclusions.

⁹⁵⁸ Notons que le même avocat général avait pourtant exigé un contrôle de la proportionnalité des mesures fondées sur « l'identité constitutionnelle » des États dans l'arrêt *Michaniki*.

Si les constitutions des États membres sont reconnues dans le droit originare, dans le droit dérivé comme dans le droit jurisprudentiel, les considérations proprement dites d'identité n'occupent encore qu'une place marginale dans l'Union européenne. Alors que la clause d'identité « nationale » fut introduite dès 1992 dans le Traité de Maastricht, le juge communautaire n'y fit référence qu'une seule fois en un quart de siècle, ne voyant au demeurant qu'« un but légitime⁹⁵⁹ » de la construction européenne. Reléguée au second plan dans le traité d'Amsterdam au profit des valeurs universelles du constitutionnalisme, l'identité apparaissait durablement appelée à jouer les seconds couteaux en se cantonnant à un rôle purement proclamatoire. Pourtant, un changement de perspective – voire de paradigme – semble se dessiner dans l'Union européenne. Non seulement le traité de Lisbonne est venu renforcer le statut de l'État membre sous l'angle de l'identité constitutionnelle et politique, mais la Cour de justice elle-même a exhumé l'identité nationale dans sa décision *Sayn-Wittgenstein* notamment. Le droit de l'Union européenne serait-il en train de s'acheminer vers la reconnaissance explicite du respect de l'identité constitutionnelle nationale en tant que principe ?

⁹⁵⁹ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, C-473/93, Rec. 3207, point 35.

TITRE 2 : LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UN PRINCIPE DU DROIT DE L'UNION

Dans les lignes qui précèdent, nous avons observé que le droit de l'Union européenne n'est pas indifférent aux constitutions des États membres. Par commodité, nous avons vu dans une telle prise en compte la manifestation du respect de « l'identité constitutionnelle » des États membres sans nous interroger plus avant sur la signification du concept en droit de l'Union. Nous avons supposé que le seul crédit donné à un certain nombre de dispositions constitutionnelles nationales valait reconnaissance de cette identité. Un tel raccourci paraissait initialement légitime pour des raisons méthodologiques. En effet, afin d'appréhender notre objet, il nous fallait d'abord le concevoir de manière relativement large. C'est la raison pour laquelle nous nous sommes attachés dans un premier temps à montrer la place et le rôle des constitutions des États membres en droit de l'Union européenne, confondant le plus souvent identité et autonomie constitutionnelle. Cette étape était nécessaire pour renverser l'idée préconçue selon laquelle l'Union serait non seulement incompatible avec le droit constitutionnel national mais qu'elle pourrait également en faire l'économie. Or, il nous appartient désormais d'affiner la perspective en gardant à l'esprit la fonction systémique de norme de convergence qu'est appelée à remplir l'identité constitutionnelle des États membres. Dans quelle mesure son invocation peut-elle être opérante aux fins de résoudre le conflit constitutionnel ? Quels effets sa reconnaissance en tant que principe est-elle amenée à provoquer eu égard au principe de primauté ainsi qu'à la nature de l'Union européenne ? Si un détour par le droit comparé s'impose dans le cadre d'une démarche prospective (**chapitre 1**), la consécration du respect de l'identité constitutionnelle des États membres en tant que principe conduirait à repenser les théories du fédéralisme dans une Union européenne *sui generis* (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Perspectives externes et prospective interne

D'après Joseph Weiler, « l'Europe a paru résoudre la quadrature du cercle : atteindre un degré d'intégration comparable à celle qui existe dans les fédérations dignes de ce nom, tout en conservant – voire en renforçant – de puissants États membres contrairement à ce que connaissent ces mêmes fédérations »⁹⁶⁰. Selon cette vue, l'Union européenne aurait donc réussi à surmonter l'aporie caractéristique du fédéralisme – soit la conciliation de la diversité et de l'unité – en fondant un système d'inspiration fédérale paradoxalement très centralisé et très décentralisé à la fois. Loin de se confondre avec la figure moderne de l'État - par hypothèse hiérarchique et unitaire en dépit d'un degré de décentralisation parfois très élevé, l'Union pourrait même constituer la forme la plus élaborée de cette « Fédération d'États-nations » dont on a si souvent parlé et dont on s'attache aujourd'hui à brosser le portrait⁹⁶¹. À tout le moins, nous serions en présence d'une politique *sui generis*, d'une « entreprise qui n'eut jamais d'exemple et dont l'exécution n'aura [peut-être] point d'imitateur » - pour paraphraser Jean-Jacques Rousseau à propos de ses confessions.

Or, il est permis de s'interroger sur la validité de l'affirmation selon laquelle l'Union européenne serait éminemment spécifique et se distinguerait des « fédérations dignes de ce nom », en d'autres termes des États fédéraux. À ce titre, une analyse comparative s'impose selon nous pour vérifier cette assertion et en tirer des conclusions quant à la nature plus ou moins intégrée – autrement dit centralisée – de l'ordre juridique « communautaire ». Sur un plan méthodologique, eu égard aux contraintes et objectifs qui sont les nôtres, il ne serait ni envisageable ni même opportun de mener ici une étude exhaustive qui permettrait d'établir avec certitude que l'Union européenne constitue une entité politique sans nulle autre pareil. Ceci supposerait en effet, d'une part, de se pencher sur tous les systèmes fédéraux d'aujourd'hui et d'hier et, d'autre part, d'en passer en revue tous les aspects. Par conséquent, nous aborderons la question de la spécificité de l'Union européenne sous l'angle de l'identité

⁹⁶⁰ WEILER J.H.H., « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », in DEHOUSSE R. (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Presses de Sciences Po, 2002, p. 151, sp. 157.

⁹⁶¹ Voir notamment la théorie de la Fédération du professeur Beaud (v. *infra* pp. 406s.).

constitutionnelle de l'État membre : dans quelle mesure ce concept est-il propre à l'Union? Si la notion semble spécifique à l'UE, l'étude du droit comparé permet, d'une part, de montrer que le concept est pour sa part bien présent dans d'autres Fédérations relativement comparables (**Section 1**) et, d'autre part, d'envisager de manière prospective le statut et la sanction de l'exigence de respect des identités constitutionnelles nationales en droit de l'Union (**Section 2**).

SECTION 1 : L'ÉCLAIRAGE APPORTÉ PAR LES EXPERIENCES FÉDÉRATIVES ÉTRANGÈRES

La comparaison entre l'Union Européenne et les États fédéraux n'est pas chose nouvelle. Si elle n'est pas très développée en France, elle est régulièrement entreprise par les auteurs de langue anglaise qui confrontent le plus souvent la construction européenne au modèle américain⁹⁶² pour des raisons principalement linguistiques et politiques. On a pu à ce titre étudier en particulier le principe de subsidiarité⁹⁶³, l'autonomie⁹⁶⁴ ou la responsabilité de l'État membre⁹⁶⁵. Nous souhaiterions pour notre part prendre comme objet de la comparaison les rapports entre constitutions au sein d'ordres juridiques traditionnellement qualifiés de fédéraux. En effet, nous partons ici de notre postulat de base selon lequel une constitution n'est pas un texte juridique comme un autre et qu'elle ne peut donc être traitée avec désinvolture à l'ère du constitutionnalisme et des politiques de la reconnaissance. Il s'agit donc d'examiner comment différentes constitutions interagissent à l'intérieur d'ordres juridiques par hypothèse uniques et hiérarchisés en tant qu'ils constituent des États. En particulier, la question se pose de savoir dans quelle mesure les constitutions fédérales – telles qu'interprétées par les juridictions constitutionnelles – prennent en considération les choix et valeurs fondamentales des entités fédérées tels qu'ils peuvent ressortir de leurs propres constitutions.

L'objet de l'étude étant délimité, il reste à en définir le champ géographique. Or, déterminer les termes de la comparaison n'est pas chose facile et nécessite l'identification préalable de critères pertinents en fonction de ce que l'on souhaite démontrer. En l'espèce, nous avons décidé de privilégier les ordres juridiques présentant à la fois deux étages

⁹⁶² V. notamment STEIN E., *Thoughts from a bridge : a retrospective of writings on new Europe and American federalism*, University of Michigan Press, 2000 ; NICOLAIDIS K., HOWSE R. (ed.), *The Federal Vision : Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford UP, 2001 ; MENON A., SCHAIN M. (ed.), *Comparative Federalism : The European Union and the United States in Comparative Perspective*, Oxford UP, 2006.

⁹⁶³ BERMAN G.A., « Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Community and the United States », (1994) 94 *Colum.L.Rev.*, p. 331.

⁹⁶⁴ YOUNG E.A., « Protecting Member State Autonomy in the European Union : Some Cautionary Tales from American Federalism », (2002) 77 *N.Y.U. L.Rev.*, p. 1612.

⁹⁶⁵ MELTZER D.J., « Member State Liability in Europe and in the United States », (2006) 4 *I.CON* 1, p. 39.

constitutionnels, des entités fédérées faisant l'objet d'un attachement identitaire appelé à se traduire dans leurs constitutions ainsi qu'un degré d'unité poussé. Si les deux premiers éléments apparaissent naturels dans le cadre d'une étude portant sur l'identité constitutionnelle, le troisième appelle plus ample justification. Il nous apparaît en effet important de comparer le processus centripète d'« intégration » européenne avec des États composés dont on ne viendrait pas à douter de l'unité. Pour cette raison, nous ne choisirons pas des cas de fédéralisme par dissociation tels que l'Italie et surtout l'Espagne⁹⁶⁶ qui connaissent dans le même temps un mouvement de fédéralisation (transfert de compétences du niveau central au niveau régional) et de constitutionnalisation infra-étatique sur un plan matériel⁹⁶⁷.

Sur cette base, l'analyse comparative portera sur l'Allemagne, les États-Unis et la Suisse. Dans les trois cas, nous sommes en présence de deux niveaux de constitutions (au sens formel et matériel) ainsi que d'un fédéralisme par agrégation incontesté dans son principe. S'agissant du critère identitaire, il peut paraître légèrement plus problématique. Outre-Atlantique, quelques exceptions mises à part, il ressort que les États fédérés ne suscitent guère de sentiment d'appartenance⁹⁶⁸, conduisant certains auteurs à juger que les leçons de la comparaison États-Unis/Europe devaient être appréciées avec prudence dans la mesure où cette dernière souhaiterait préserver des États forts⁹⁶⁹. Cependant, les États-Unis sont caractérisés par une grande diversité de législations en fonction des États, comme en atteste quotidiennement l'actualité en matière de peine de mort ou de port d'arme par exemple. De plus, la stricte séparation des pouvoirs qui y règne vaut certes horizontalement mais aussi verticalement, même si l'on peut observer le développement d'un fédéralisme de type « coopératif » et non plus seulement « dual »⁹⁷⁰. À défaut de véritable identité, les États américains présentent donc une réelle autonomie dans la détermination de leurs politiques publiques, ce simple fait pouvant valider la comparaison. Quant à l'Allemagne et à la Suisse,

⁹⁶⁶ Pour un aperçu des dernières évolutions dans ces deux pays, DELLEDONNE G., MARTINICO G., « Legal Conflicts and Subnational Constitutionalism », *Rutgers L.J.*, à paraître fin 2012.

⁹⁶⁷ Notons par ailleurs qu'il est très probable, dans ces États, que l'identité constitutionnelle « locale » se construise en opposition à l'identité constitutionnelle « centrale » alors qu'il existe dans l'Union européenne une harmonie de fond entre ces deux identités.

⁹⁶⁸ GARDNER J.A., « The Failed Discourse of State Constitutionalism », (1992) 90 *Mich.L.Rev.*, p. 761, sp. 826s. Selon l'auteur, plus d'un Américain sur deux ne saurait pas que son État dispose d'une Constitution (*ibid.* p. 829). De plus, il n'y aurait pas de sentiment communautaire à l'échelon des États (p. 837). Sur ce point, voir également KAHN P.W., « Interpretation and Authority in State Constitutionalism » (1993) 106 *Harv. L.Rev.*, p. 1147, sp. 1160.

⁹⁶⁹ YOUNG E.A., *op. cit.*, 1726.

⁹⁷⁰ V. par exemple, HILLS R. JR., « The Political Economy of Cooperative Federalism : Why State Autonomy Makes Sense and « Dual Sovereignty » Doesn't » (1998) 96 *Mich. L. Rev.*, p. 813.

si le sentiment d'appartenance aux Länder et aux cantons a pu s'affaiblir avec le temps, une certaine identité régionale n'en est pas moins tangible en raison du poids de l'histoire⁹⁷¹ : l'attachement aux cantons suisses est largement attesté par la persistance de l'institution de la citoyenneté cantonale ainsi que la vitalité de la vie démocratique locale tandis que l'identité bavaroise est toujours une réalité outre-Rhin. De plus, le fait même que prévale dans ces deux États un fédéralisme d'exécution⁹⁷² crée une présomption de respect des spécificités des cantons⁹⁷³ et des Länder⁹⁷⁴ au stade de l'application du droit fédéral malgré les risques que cela comporte pour l'unité de celui-ci. De manière générale, il nous semble en toute hypothèse que la comparaison de l'Union européenne avec l'Allemagne et la Suisse sera toujours pertinente du fait de l'importance du modèle fédéral allemand sur le Vieux continent et des traditionnels appels en faveur d'une « Europe suisse »⁹⁷⁵.

Anticipant les préventions qui pourraient être opposées à notre entreprise, nous souhaitons souligner à titre liminaire l'intérêt d'une étude dont la difficulté se mesure à l'aune de la rareté des écrits qui ont pu être consacrés à cette question. En examinant l'histoire longue, on peut remarquer une évolution parallèle de la place des constitutions fédérées⁹⁷⁶ dans les droits américain, suisse et allemand : le passé glorieux, le déclin puis la renaissance.

Tout d'abord, dans les trois ordres considérés, non seulement les entités fédérées ont préexisté à l'État fédéral mais elles disposaient également toutes de constitutions reflétant très tôt les valeurs du constitutionnalisme libéral. Aux États-Unis, elles étaient très longues, détaillées et techniques mais elles n'en étaient pas moins l'expression de la volonté populaire

⁹⁷¹ Sur la persistance de l'identité cantonale, SCHMID G., « Souveränität, Staatlichkeit und Identität der Kantone », *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, 1984, p. 104, sp. 109-110.

⁹⁷² En Suisse et en Allemagne, il revient aux entités fédérées d'exécuter le droit fédéral.

⁹⁷³ De fait, l'art. 46 de la Constitution suisse dispose que « la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités ».

⁹⁷⁴ Art. 83 LF.

⁹⁷⁵ Pour certains penseurs du fédéralisme à l'image de Denis de Rougemont, la construction européenne devrait s'inspirer du modèle suisse en tant que celui-ci semble avoir le mieux concilié unité et diversité. Or, si l'on confronte la Constitution suisse et le traité de Lisbonne, on ne peut s'empêcher de constater des similitudes, notamment dans la rédaction de leurs premiers articles. Non seulement la Confédération helvétique procède d'une double légitimité puisqu'elle est constituée du « peuple et [des] cantons suisses » (Préambule et article 1^{er}), mais il s'agit aussi d'une *politie* fonctionnelle (l'art. 2 définit un certain nombre d'objectifs, parmi lesquels la prospérité, la cohésion interne et la diversité culturelle). De plus, familière du principe de subsidiarité (art. 5a), la Suisse donne une place privilégiée aux cantons reconnus comme « souverains » (art. 3) et autonomes (art. 47). Il est aussi à noter que la citoyenneté suisse dérive du droit de cité communal et du droit de cité du canton (art. 37). Sur ces dispositions, v. EHRENZELLER B., MASTRONARDI P., SCHWEITZER R., VALLENDER K. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Dike Verlag, Schulthess, 2002.

⁹⁷⁶ Même si le qualificatif « fédéré » appliqué directement aux Constitutions des entités fédérées n'est pas pleinement satisfaisant, nous le préférons cependant aux termes « infraétatique » ou « infranational » : alors que le premier élude le fait que les entités fédérées ont la qualité d'États dans les trois ordres considérés, le second ne permet pas de rendre compte du phénomène des États multinationaux.

et avaient déjà pour fonction de limiter le pouvoir⁹⁷⁷. Ayant influencé la rédaction de la Constitution fédérale de 1787⁹⁷⁸, elles demeurèrent au premier plan aussi longtemps que les États furent les principaux acteurs politiques. En Allemagne, les premières constitutions régionales remontent au temps de la Confédération du Rhin (1806-1813) et de ses principautés, royaumes et duchés. Octroyées par le souverain – comme la Charte de 1814 en France – elles se constitutionnalisèrent peu à peu en intégrant les principes libéraux des droits et de la représentation, d’abord dans le sud de l’Allemagne⁹⁷⁹ puis un peu partout après 1830. En Suisse enfin, les cantons – dont l’existence remonte au Moyen-Age – disposèrent d’une Constitution à partir de 1803. En effet, à la suite de l’échec de la République helvétique « une et indivisible » mise en place par la Constitution du 12 avril 1798, le Premier Consul Bonaparte s’immisça dans le conflit opposant Unitaires et Fédéralistes⁹⁸⁰ et imposa l’Acte de Médiation (1803-1815)⁹⁸¹ dont les dix-neuf premiers chapitres contenaient les constitutions des dix-neuf cantons tandis que le vingtième décrivait l’organisation centrale⁹⁸². Par la suite, si la Restauration de 1815 amena avec elle un fort conservatisme constitutionnel, la Régénération⁹⁸³ qui s’ouvrit à partir de 1830 autour des idéaux des Lumières se traduisit par un mouvement de révision des constitutions cantonales. Intégrant les libertés, l’égalité des droits et la séparation des pouvoirs, elles jouèrent alors un rôle d’avant-garde dans le constitutionnalisme helvétique.

Ensuite, le déclin des constitutions fédérées s’est amorcé lors de la seconde moitié du 19^e siècle avant de s’accélérer pendant l’entre-deux-guerres sous l’influence de trois facteurs. En premier lieu, aux États-Unis, le déclin des constitutions a eu partie liée avec le déclin des États à compter de la fin de la guerre de Sécession (1861-1865) puis, surtout, de l’expansion

⁹⁷⁷ Pour une perspective historique américaine, v. WILLIAMS R.F., *The Law of American State Constitutions*, Oxford UP, 2009, pp. 15 s.

⁹⁷⁸ John Adams n’hésitait pas à dire immodestement : « J’ai fait une Constitution pour le Massachusetts, laquelle fit la Constitution des États-Unis » (cité par WILLIAMS R.F., *op. cit.*, 37 ; notre traduction).

⁹⁷⁹ Ce que l’on appelle *Frühkonstitutionalismus* (1814/1848) en référence au développement précoce des idées constitutionnelles est palpable dans la Constitution bavaroise de 1818 et dans la Constitution du Württemberg de 1819.

⁹⁸⁰ A la différence des États-Unis (et de l’Union européenne), les Fédéralistes suisses sont les partisans des cantons.

⁹⁸¹ « Fait par le Premier Consul de la République française entre les partis qui divisent la Suisse ». Entamant sa mission de médiateur, ce même Premier Consul justifia son choix fédéraliste en des termes qu’un spécialiste de l’Union européenne ne renierait probablement pas : « La nature a fait votre État fédératif. Vouloir la vaincre ne peut pas être d’un homme sage » (Adresse à la Consulta du 10 décembre 1802, citée par AUBERT J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol., 1, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967/1982, p. 11)

⁹⁸² Pour un aperçu historique, v. AUBERT J.-F., *op. cit.*, 4s.

⁹⁸³ Il s’agit d’une période de réformes libérales s’étendant entre les révisions constitutionnelles cantonales (1830-1831) et la fondation de l’État fédéral (1848).

de la législation fédérale à l'époque du New Deal⁹⁸⁴. En second lieu, dans les trois systèmes considérés, on a pu assister à un fort développement du droit constitutionnel fédéral à partir des constitutions fédérées et de leurs traditions communes notamment⁹⁸⁵. Pouvant s'appuyer sur le principe de primauté, la protection fédérale des droits fondamentaux a alors largement éclipsé la protection fédérée et contribué à une certaine uniformisation⁹⁸⁶. En dernier lieu, un tel développement n'a pu être contrebalancé au niveau fédéré du fait de l'absence de juridictions constitutionnelles fortes à cet étage : si les États américains disposaient déjà de cours suprêmes susceptibles de sanctionner les violations de leurs constitutions respectives, on ne notait rien de tel en Suisse⁹⁸⁷ tandis que les Länder allemands n'ont pas toujours disposé d'une Cour constitutionnelle.

Pour ces raisons, notre étude pouvait apparaître sans objet quarante ans en arrière jusqu'à ce que les « Belle[s] au Bois dormant »⁹⁸⁸ ne sortent de leur sommeil à partir des années 1970. D'abord, on put assister à un mouvement général de révision – souvent totale – des constitutions locales en Suisse⁹⁸⁹ mais aussi en Allemagne, notamment à la faveur de la réunification. Les constitutions se modernisèrent, on y inséra notamment un catalogue de droits fondamentaux⁹⁹⁰ ainsi que des mécanismes spécifiques destinés à en assurer la protection. Aux États-Unis, si les constitutions ne changèrent guère pour leur part, elles furent néanmoins de nouveau prises en considération afin de suppléer les défaillances de la

⁹⁸⁴ V. DORSEN N., ROSENFELD M., SAJO A., BAER S., *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, Thomson West, 2003, pp. 356s.

⁹⁸⁵ UTTER R.F., « Swimming in the Jaws of the Crocodile : State Court Comment on Federal Constitutional Issues When Disposing of Cases on State Constitutional Grounds » (1984) 63 *Tex L. Rev.*, p. 1025. L'auteur évoque notamment l'influence des Cours des États sur les procédures juridictionnelles, la liberté d'expression et de religion, le domaine public et le droit de porter des armes (*ibid.* 1030s.). V. aussi, à propos des droits des homosexuels, GARDNER J.A., « State Constitutional Rights as Resistance to National Power : Toward a Functional Theory of State Constitutions » (2003) 91 *Geo. L.J.*, p. 1003, sp. 1031s. Pour un exemple allemand relatif à la négociation collective, v. BVerfGE 50, 290, 372, interprétant l'art. 9 III LF à la lumière des Constitutions des Länder.

⁹⁸⁶ AUER A., « Les constitutions cantonales : une source négligée du droit constitutionnel suisse », (1990) *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 91, p. 14, sp. 18-20.

⁹⁸⁷ V. AUER A., *op. cit.*, 20s.

⁹⁸⁸ Cette expression omniprésente dans le débat allemand est notamment relayée par MÖSTL M., « Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt ? Eine Positionsbestimmung im bundesstaatlichen und supranationalen Verfassungsverbund », *AÖR* 130 (2005) p. 350, sp. 354.

⁹⁸⁹ Sur vingt-six cantons, seuls six conservent une Constitution antérieure à 1965. Les plus récentes s'avèrent très complètes et originales en matière de droits fondamentaux (voir notamment la Constitution bernoise de 1993).

⁹⁹⁰ C'est singulièrement le cas pour les « nouveaux » Länder (v. DIETLEIN J., *Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländern : Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der Art. 31 und 142*, Vahlen, 1993). Notons que ni le Land de Hambourg, ni celui de Schleswig-Holstein – malgré sa très récente Constitution – ne disposent d'un catalogue de droits qui leur soient spécifiques : ils se bornent à intégrer les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale au titre de droit de Land directement applicable.

protection fédérale des droits fondamentaux au temps de la Cour Burger (1969-1986)⁹⁹¹. Ensuite, on nota un renforcement de l'office du juge local face au juge fédéral : peu à peu, les Länder allemands vont tous se doter d'une cour constitutionnelle⁹⁹² tandis que l'institution émerge dans les cantons suisses⁹⁹³ ; pour sa part, la Cour suprême américaine elle-même va inciter les juridictions des États fédérés à s'appuyer exclusivement sur le droit des États afin de réduire les hypothèses de contrôle de la Cour suprême sur les États et, par suite, l'emprise du droit fédéral⁹⁹⁴. Enfin, l'esprit du temps peut également expliquer le regain de vitalité des constitutions des États fédérés : par un système de vases communicants, la mondialisation est à l'origine d'un affaiblissement des structures nationales au profit du niveau supranational (la Constitution européenne voire la Constitution de l'Humanité) mais aussi infranational (« *small is beautiful* »)⁹⁹⁵.

Alors même que les États fédéraux sont traditionnellement réputés être plus étatiques que fédéraux, on constate donc que les constitutions de leurs entités fédérées ne sont pas seulement des artifices esthétiques ou symboliques. On peut légitimement s'attendre dès lors à ce que leur renaissance trouve de multiples traductions sur le plan juridique. Gardant à l'esprit la situation de l'Union européenne en la matière⁹⁹⁶, il s'agit donc de voir si l'on trouve dans les constitutions fédérales des clauses générales ou ponctuelles de respect des spécificités constitutionnelles des entités fédérées ainsi que d'en déterminer le contenu et les limites. Nous constaterons, d'une part, que les États fédéraux préservent le plus souvent « l'autonomie constitutionnelle » de leurs entités fédérées (I) et, d'autre part, que cette autonomie reste relative compte tenu du corset plus ou moins étroit que la constitution fédérale lui impose (II).

⁹⁹¹ Avec le changement de présidence, la Cour suprême a connu un véritable tournant en 1969 : à l'activisme juridictionnel (*judicial activism*) de la Cour Warren en matière de droits a succédé la retenue (*judicial restraint*).

⁹⁹² Le Schleswig-Holstein dispose d'une Cour constitutionnelle depuis le 1^{er} mai 2008 seulement. Désormais, tous les Länder allemands ont une juridiction constitutionnelle.

⁹⁹³ Il s'agit des cantons du Jura, de Nidwald et de Bâle-Campagne.

⁹⁹⁴ V. notamment *Michigan v. Long* 463 US 1032 (1983). En l'espèce, compte tenu du pouvoir de la Cour suprême d'annuler les décisions des cours suprêmes des États dès qu'une question de droit fédéral (*federal question*) est en cause (*Martin v. Hunter's Lessee* 14 US 304 (1816)), la Haute juridiction a rendu ici une décision plutôt favorable aux États en leur indiquant qu'elle n'exercerait aucun contrôle lorsque leurs décisions reposeraient sur des « motifs indépendants et adéquats » tirés du droit étatique. V. ZOLLER E., *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000.

⁹⁹⁵ C'est notamment sous cet angle que l'on peut comprendre le développement du constitutionnalisme – au sens matériel – en Espagne et en Italie notamment.

⁹⁹⁶ Telle qu'elle ressort de la sous-partie précédente.

I. LE RESPECT DE « L'AUTONOMIE CONSTITUTIONNELLE » DES ENTITÉS FÉDÉRÉES PAR LA CONSTITUTION FÉDÉRALE

L'Union européenne est caractérisée par un certain nombre de principes qui régissent son organisation et son fonctionnement. On remarque très souvent que ces principes ne lui sont pas propres mais qu'ils sont au contraire communs à la plupart des systèmes de nature fédérale. On pensera ainsi aux principes de primauté, de coopération loyale ou encore de la compétence d'attribution. D'autres principes en revanche vont apparaître plus spécifiques, à l'image des principes de subsidiarité, d'autonomie institutionnelle et procédurale ou bien celui de l'équilibre institutionnel. Dans le cas de l'identité constitutionnelle, le doute est permis. En effet, si les ordres juridiques considérés n'utilisent jamais ce vocabulaire, ils se réfèrent souvent au concept d'autonomie constitutionnelle. Caractéristique des États fédéraux⁹⁹⁷, il pourrait faire figure d'équivalent fonctionnel. Si l'on ne se prononcera pas ici sur ce point, il est notable que cette autonomie constitutionnelle soit fréquemment reconnue par les constitutions fédérales elles-mêmes (A), conduisant Allemagne, États-Unis et Suisse à faire application de la constitution de l'entité fédérée dans certaines circonstances, notamment lorsque celle-ci assure une protection plus large des droits fondamentaux (B).

A. Une reconnaissance fréquente des constitutions des entités fédérées

Si la reconnaissance de l'autonomie constitutionnelle varie d'un ordre juridique à l'autre, elle n'en est pas moins réelle (1) et traduit l'existence d'un pouvoir constituant au niveau des entités fédérées (2).

⁹⁹⁷ Selon Kelsen, « l'autonomie constitutionnelle des États membres distingue l'État fédéral d'un État unitaire relativement décentralisé et organisé en provinces autonomes » (KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 366).

1) *Une reconnaissance variable mais réelle de l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées*

Il ressort de l'analyse comparative que la reconnaissance de principe de l'autonomie constitutionnelle est le plus souvent implicite (a) mais elle s'avère parfois plus précise lorsqu'elle est ponctuelle (b).

a) Une reconnaissance principalement implicite

De même que l'on a pu constater que le respect de l'identité constitutionnelle en droit de l'Union relevait le plus souvent du non-dit, on remarque que « l'autonomie constitutionnelle » n'est pas toujours explicitement reconnue. En Suisse, si la doctrine utilise le concept⁹⁹⁸, la Constitution se réfère alternativement à l'autonomie⁹⁹⁹ et à la souveraineté¹⁰⁰⁰ des cantons sans que la différence entre les deux ne soit définie, ni le qualificatif « constitutionnel » utilisé. En Allemagne, l'expression n'apparaît aucunement dans la Loi fondamentale mais seulement dans la doctrine – hésitant entre *Verfassungshoheit* et *Verfassungsautonomie* – et dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁰⁰¹. Quant aux États-Unis, à la différence des Articles de la Confédération¹⁰⁰², la Constitution de 1787 ne mentionne ni la souveraineté, ni l'autonomie des États tandis que la jurisprudence et la doctrine se réfèrent régulièrement aux notions de « state autonomy »¹⁰⁰³ ou de « state sovereignty »¹⁰⁰⁴, exprimant ainsi l'idée – désuète mais persistante aux États-Unis du fait de la stricte séparation des pouvoirs – d'une souveraineté duale et de l'existence de deux blocs de compétences nettement distincts.

⁹⁹⁸ V. notamment MARTENET V., *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

⁹⁹⁹ Art. 47.

¹⁰⁰⁰ Art. 3.

¹⁰⁰¹ « Verfassungsautonomie » (BVerfGE 103, 332, 347).

¹⁰⁰² Art. II.

¹⁰⁰³ Par exemple, *Erie R.R. v. Tompkins* 304 US 64 (1938), p. 78. V. *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit.

¹⁰⁰⁴ Par exemple, *Chisholm v. Georgia* 2 US 419 (1793) ; *New Hampshire v. Louisiana* 108 US 76 (1893) p. 90 ; *Seminole Tribe of Florida v. Florida* 517 US 44 (1996) ; *Alden v. Maine* 527 US 706 (1999). Se fondant à la fois sur la souveraineté et sur l'autonomie des États, v. *Printz v. United States* 521 US 898 (1997). V. *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit.

Dans les trois cas, il est remarquable de voir, d'une part, que les constitutions fédérales sont généralement avares de dispositions établissant le statut des entités fédérées et, d'autre part, que le langage utilisé pour qualifier la place des entités fédérées au sein de l'organisation fédérale varie toujours entre autonomie et souveraineté¹⁰⁰⁵. S'agissant du premier point, le pessimiste verra dans ce silence l'embarras du « nous, le peuple » national face aux « nous, le peuple » locaux. L'optimiste soulignera au contraire qu'une mention explicite du statut de l'entité fédérée est superflue dans une structure fédérale naturellement censée préserver une certaine dignité à cette entité. Sans qu'il ne soit possible de trancher en faveur de l'une ou l'autre interprétation, nous nous bornerons à constater que la Constitution suisse comme le traité de Lisbonne reconnaissent explicitement la place respective des cantons et des États membres et soulignent ainsi leur importance dans la structure d'ensemble. Cette parenté ne saurait toutefois occulter le fait que l'Union européenne est encore mal à l'aise avec ses États membres tandis que la Confédération helvétique semble pleinement assumer à la fois l'unité et la diversité. S'agissant des variations terminologiques, il a été souligné que le concept d'autonomie semble prendre le pas sur celui de souveraineté au niveau des entités fédérées. Le premier semble en effet plus adapté que le second dans la mesure où, d'une part, il existe un « déficit de conscience constitutionnelle »¹⁰⁰⁶ à cet échelon et, d'autre part, la notion d'autonomie – soit la capacité de se donner sa propre loi – reflète mieux l'idée d'une sphère de compétences des entités fédérées alors que la souveraineté est un concept large et indéterminé pouvant renvoyer à une liberté de décision absolue¹⁰⁰⁷.

b) Une reconnaissance parfois ponctuelle

Sans que le langage de l'autonomie constitutionnelle ne soit pour autant utilisé, on peut identifier dans la Loi fondamentale allemande deux dispositions témoignant d'une

¹⁰⁰⁵ Le terme allemand *Hoheit* – difficile à traduire – équivaut selon nous à la souveraineté dans la mesure où il renvoie à l'idée de majesté ainsi qu'à une position de supériorité à l'intérieur d'un cadre hiérarchique.

¹⁰⁰⁶ A propos des Länder allemands, ISENSEE J., « Diskussionsbeitrag zur Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart », *VVDStRL* 46 (1988) p. 122 ; v. aussi à propos des cantons suisses et contre la lettre de la Constitution, JAAS T., « Die Rechtstellung der Kantone in der Bundesverfassung », in THÜRER D., AUBERT J.-F., MÜLLER J.-P. (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, 2001, p. 473, sp. 477.

¹⁰⁰⁷ Voir section 2. Déjà sous le Premier Reich, Paul Laband préférait parler de *Verfassungautonomie* plutôt que de *Verfassungshoheit* des Länder, une puissance véritablement souveraine ne pouvant pas se voir imposer de lois de l'extérieur (LABAND P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Vol. 1, Scientia Verlag Aalen, 5^e éd., 1911, p. 106).

déférence certaine vis-à-vis des spécificités constitutionnelles des Länder : les articles 141 et 142.

i. La « clause de Brême » et la question de l'instruction religieuse dans les écoles publiques allemandes

En vertu de l'article 7 de la Loi fondamentale, à l'exception des établissements non confessionnels, les écoles publiques doivent offrir un cours de religion comme matière d'enseignement régulière auquel il n'est cependant pas obligatoire d'assister si les personnes investies de l'autorité parentale y sont opposées. Or, ces cours ne sont généralement pas dénués de toute subjectivité dans la mesure où il s'agit de transmettre des connaissances de base sur telle ou telle confession en particulier. Dans ce contexte, certains Länder, compte tenu de leurs spécificités, ont pu s'opposer à un enseignement présentant un tel contenu. Il en a été notamment ainsi de la ville-Land de Brême qui, en vertu d'une tradition exprimée dans sa propre Constitution¹⁰⁰⁸, a obtenu dans la Loi fondamentale elle-même une dérogation à l'obligation imposée par l'article 7. Dépassant la séparation des Eglises luthérienne et réformée, elle se contente donc d'enseigner, au titre du cours de religion, l'histoire biblique en général.

L'article 141¹⁰⁰⁹ – mieux connu sous le nom de « clause de Brême »¹⁰¹⁰ - a donc permis aux Länder de s'appuyer sur leur identité propre en matière de religion. Si cette disposition manifeste indubitablement le respect de la Loi fondamentale à l'égard d'une spécificité constitutionnelle tirée de l'histoire, nous remarquerons qu'elle a été reléguée en fin de texte parmi les dispositions transitoires et finales au lieu d'être intégrée au sein même de l'article 7 : la reconnaissance de l'identité des entités fédérées reste ici discrète.

¹⁰⁰⁸ L'article 32 de la Constitution de la ville libre hanséatique de Brême (21 octobre 1947) dispose : « *Die allgemein bildenden öffentlichen Schulen sind Gemeinschaftsschulen mit bekenntnismäßig nicht gebundenem Unterricht in Biblischer Geschichte auf allgemein christlicher Grundlage* » (« Les écoles publiques de formation générale sont des écoles communautaires où est dispensé un cours non confessionnel d'histoire biblique fondé sur une base chrétienne »)

¹⁰⁰⁹ Aux termes de l'article 141, « l'article 7, al. 3, 1^{ère} phrase n'est pas applicable dans un Land dans lequel une disposition contraire du droit du Land était en vigueur au 1^{er} janvier 1949 ». V. le commentaire de Peter Badura in MAUNZ T., DÜRIG G. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, 2010 (www.beck-online.de).

¹⁰¹⁰ Notons que cette appellation est trompeuse dans la mesure où le Land de Berlin bénéficie également de l'article 141. Cette disposition ne peut toutefois être invoquée par les nouveaux Länder (v. l'exemple du cours d'éthique proposé par le Brandebourg).

ii. La question de la concurrence des protections des droits fondamentaux en Allemagne

L'exigence de respect des spécificités constitutionnelles des Länder se fait plus visible s'agissant des droits fondamentaux. Aux termes de l'article 142,

« Nonobstant l'article 31 énonçant le principe de primauté du droit fédéral, les dispositions des Constitutions des Länder demeurent également en vigueur pour autant qu'elles garantissent des droits fondamentaux en accord avec les articles 1 à 18 de la présente Loi fondamentale¹⁰¹¹. »

En première analyse, cette disposition semble constituer l'expression forte de la garantie de l'identité constitutionnelle régionale : non seulement il est fait mention des Constitutions des entités fédérées, mais la matière concernée est également au cœur du constitutionnalisme. Pourtant, la genèse de l'article 142 invite à modérer notre enthousiasme. Sous l'empire de la Constitution de Weimar, le principe de primauté du droit fédéral était interprété avec une radicalité telle que les dispositions constitutionnelles des Länder étaient nulles dès lors qu'elles régissaient une matière déjà réglementée par le droit fédéral. En réaction à cette tendance extrêmement centralisatrice, le pouvoir constituant fédéral décida donc en 1949 d'adopter l'article 142, mettant ainsi en évidence le fait que la primauté du droit fédéral n'avait pas pour effet d'entraîner l'annulation des dispositions des Länder compatibles avec les droits fondamentaux garantis par la norme suprême fédérale.

S'il en résulte que l'article 142 est un article de circonstance, il n'en souligne pas moins la place éminente réservée aux droits fondamentaux au sein des constitutions des Länder. Il est instructif de remarquer que la Loi fondamentale allemande elle-même ait prévu la possibilité de réserver un traitement particulier aux Länder dans des domaines qui se trouvent également au cœur du débat s'agissant des rapports entre l'Union européenne et ses États membres¹⁰¹². Cela traduit plus généralement un certain respect du pouvoir constituant des Länder.

¹⁰¹¹ Pour un commentaire, v. celui de Stefan Koriath, in MAUNZ T., DÜRIG G. (Hrsg.), *op. cit.*

¹⁰¹² Pour une analyse de la jurisprudence s'appuyant sur l'article 142 pour dénouer les conflits verticaux de droits fondamentaux, v. *infra*

2) La reconnaissance du pouvoir constituant des entités fédérées

Dans la mesure où une constitution est l'expression d'un pouvoir constituant, le respect d'une structure constitutionnelle passe par la reconnaissance préliminaire de la libre détermination du contenu de la constitution par un « nous, le peuple ». Si cette liberté s'avère plus ou moins large d'un État fédéral à l'autre (a), elle permet aux entités fédérées de décider de leur organisation institutionnelle et du type de protection des droits fondamentaux (b).

a) La liberté de se donner une constitution : entre absolu et relatif

La liberté du pouvoir constituant dans les entités fédérées est une réalité susceptible de variations de degré. C'est en Allemagne qu'elle s'avère la plus grande. En effet, il ressort de la jurisprudence constitutionnelle fédérale que les Länder ont non seulement le statut d'État¹⁰¹³ mais ils sont en droit de se doter d'une Constitution complète (*Vollverfassung*)¹⁰¹⁴. Par ailleurs, les différentes sphères constitutionnelles sont perçues comme séparées (*Trennungsprinzip*)¹⁰¹⁵ et de même niveau hiérarchique¹⁰¹⁶ malgré le principe de primauté du droit fédéral. Une telle approche souligne l'importance des constitutions d'entités fédérées conçues comme antérieures à l'État fédéral. En vertu de cette antériorité, elles ne sont *a priori* pas limitées dans leurs choix et témoignent donc d'un pouvoir constituant premier et potentiellement absolu, conformément aux théories classiques du pouvoir constituant.¹⁰¹⁷

En Suisse, le schéma change dans la mesure où le pouvoir constituant des peuples des cantons est limité en amont en raison de l'exigence de garantie fédérale *ex ante*. En effet, en

¹⁰¹³ BVerfGE 1, 14, 34. *Südweststaat-Urteil* qui évoque le pouvoir souverain étatique des Länder qui ne découle pas du Bund mais est reconnu par lui (« *nicht vom Bund abgeleitet sondern von ihm anerkannter staatlicher Hoheitsmacht der Länder* »)

¹⁰¹⁴ V. MENZEL J., *Landesverfassungsrecht. Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat*, Boorberg Verlag, 2002, pp. 160s.

¹⁰¹⁵ La séparation des « espaces constitutionnels » (*Verfassungsräume*) – et par suite leur autonomie respective – a été réaffirmée à plusieurs reprises et encore récemment : BVerfGE 4, 178, 189 ; BVerfGE 41, 88, 118 ; BVerfGE 36, 342, 357 ; BVerfGE 99, 1, 11 ; BVerfGE 103, 332, 349-359.

¹⁰¹⁶ BVerfGE 96, 345, 368 : « *in dem föderativ gestalteten Bundesstaat des Grundgesetzes stehen die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder grundsätzlich selbständig nebeneinander* » (« dans l'État fédéral constitutionnel à forme fédérative [*sic*], les espaces constitutionnels de la Fédération et des Länder coexistent côte à côte de manière autonome »).

¹⁰¹⁷ La même conclusion vaut pour les États-Unis : voir *infra* la jurisprudence *Pruneyard* (pp. 343-345).

vertu de l'article 51 de la Constitution¹⁰¹⁸, l'entrée en vigueur des constitutions des cantons est subordonnée au respect d'un certain nombre d'éléments censés garantir l'homogénéité¹⁰¹⁹ de l'État fédéral. Ces éléments sont examinés par l'Assemblée fédérale¹⁰²⁰ - soit le Parlement - qui peut être conduite à s'opposer à telle disposition d'une constitution cantonale. Eu égard au risque pour la paix et la sécurité, il en fut notamment ainsi en 1977 de la Constitution du Jura qui prévoyait la possibilité du rattachement d'une partie du territoire bernois au canton jurassien¹⁰²¹. Le droit suisse offre donc une illustration singulière de la relativité du pouvoir constituant cantonal : celui-ci n'est pas entièrement libre de ses choix mais doit au préalable s'assurer que ceux-ci sont compatibles avec les valeurs fondamentales de l'État suisse. En tous les cas, bien que réel, ce contrôle s'avère très restreint¹⁰²², laissant ainsi au pouvoir constituant fédéré une large marge de discrétionnalité.

b) Le contenu propre des constitutions fédérées

En vertu de la liberté du pouvoir constituant, les constitutions des entités fédérées peuvent présenter des dispositions qui traduisent certaines spécificités, qu'il s'agisse de l'architecture institutionnelle ou des droits fondamentaux. D'une part, l'autonomie constitutionnelle se manifeste dans l'autonomie organisationnelle¹⁰²³. Ainsi, à l'exception de la Bavière, les constitutions des Länder vont par exemple prévoir un système parlementaire monocaméral, la possibilité d'autodissolution des *Landtage* ou encore l'organisation de

¹⁰¹⁸ Aux termes de l'article 51 : « Chaque canton se dote d'une constitution démocratique. Celle-ci doit avoir été acceptée par le peuple et doit pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande. Les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral. »

¹⁰¹⁹ Sur ce concept typiquement fédéral, v. *infra*.

¹⁰²⁰ Sur l'incompétence du Tribunal fédéral en matière de contrôle *ex ante* de la compatibilité des Constitutions des Länder avec le droit fédéral, v. l'affaire *Willi Rohner* (ATF 121 I 138).

¹⁰²¹ Evoquant un acte hostile (« *unfreundlicher Akt* ») à l'égard de Berne en tant que la disposition litigieuse ne respectait pas le territoire des cantons dont l'intégrité est exigée par l'article 53 de la Constitution suisse, v. JAAG T., *op. cit.*, 481.

¹⁰²² Lors de l'examen des constitutions cantonales, on notera un élément de souplesse dans le fait que l'Assemblée fédérale doit privilégier l'interprétation conforme à la déclaration de nullité (v. AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, Staempfli, 2000, p. 565).

¹⁰²³ V. notamment MARTENET V., *op. cit.*, 43-55 ; pour une reconnaissance expresse de l'autonomie d'organisation, v. l'art. 47 de la Constitution suisse. On notera également que l'article 46, relatif à l'exécution du droit fédéral, rappelle le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. En Allemagne, sur le respect des procédures constitutionnelles des Länder, v. BVerfGE 36, 342, 357 (les Länder maîtres de leur procédure : « *Herr seiner Verfahren* »).

plébiscites ; les constitutions cantonales vont instituer différents modes d'expression démocratique ; les constitutions des États américains sont pour leur part libres de fixer les conditions du droit de vote, notamment l'âge¹⁰²⁴. D'autre part, l'autonomie constitutionnelle trouve expression dans le fait que le niveau de la protection des droits fondamentaux va pouvoir varier entre l'échelon fédéral et l'échelon fédéré. Dans le cas d'une protection plus restreinte localement, on notera que celle-ci ne peut être inférieure au seuil exigé par le principe d'homogénéité¹⁰²⁵. Dans l'hypothèse plus fréquente d'une protection plus étendue¹⁰²⁶, une constitution fédérée peut prévoir des droits fondamentaux non garantis par le droit fédéral ou étendre le champ de la protection d'un droit déjà garanti. Se pose alors ici la question de l'effectivité de la protection fédérée des droits fondamentaux et plus largement celle de la reconnaissance *pratique* de l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées : dans quelle mesure celle-ci n'est-elle pas principalement théorique ?

B. La reconnaissance sélective de l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées en pratique

Si l'autonomie d'organisation est largement reconnue en pratique aux États-Unis, en Allemagne et en Suisse, il en va différemment des autres éléments relevant du droit constitutionnel des entités fédérées, qu'il s'agisse des choix et valeurs essentiels ou des droits fondamentaux. Sur cette dernière question en particulier, un excursus préliminaire sur l'expansion de la protection fédérale des droits fondamentaux apparaît nécessaire dans la mesure où elle s'est longtemps opérée au détriment de la protection fédérée. Ainsi, dans chaque système juridique considéré, plusieurs techniques ont progressivement renforcé l'échelon fédéral et ont, par suite, contribué à l'uniformisation au sein des États fédéraux. Aux États-Unis d'abord, le *Bill of Rights* contenu dans les dix premiers amendements de la Constitution était initialement censé ne s'appliquer qu'à la législation fédérale et non aux États. Or, le traumatisme de la guerre de Sécession et la question de l'esclavage furent à

¹⁰²⁴ V. *Oregon v. Mitchell* 400 US 112 (1970) où la Cour suprême a, à la demande de l'Oregon, invalidé une loi fédérale octroyant le droit de vote aux personnes de 18 ans. Notons qu'un an plus tard était adopté le 26^e amendement fixant l'âge du droit de vote à 18 ans, avec l'assentiment de l'Oregon. Où l'on constate qu'une matière peut relever de l'autonomie mais non de l'identité d'une entité fédérée.

¹⁰²⁵ Pour un cas de refus de la garantie fédérale en présence d'une protection inférieure des droits fondamentaux au niveau cantonal, v. ATF 102 Ia 469.

¹⁰²⁶ V. à propos des « nouveaux » Länder allemands, SACKSOFSKY U., « Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Verfassungen der neuen Bundesländer », *NVwZ* 1993, p. 235.

l'origine d'une prise de conscience : les États fédérés pouvaient mal faire et, par suite, les droits fondamentaux devaient également leur être opposables. Afin de faire pièce à l'esclavage, le constituant adoptait notamment dans un premier temps (1868) le Quatorzième Amendement relatif à l'égalité devant la loi. D'abord sans réelle effectivité au regard même des discriminations¹⁰²⁷, cet Amendement devait par la suite développer un immense potentiel dans la mesure où, sur sa base, la Cour suprême incorpora le *Bill of Rights* pour l'imposer aux États en s'appuyant sur la suprématie du droit fédéral et de la Constitution en particulier. En Allemagne, la situation est différente du simple fait qu'en vertu des articles 1 III et 93 I 4a de la Loi fondamentale, les droits fondamentaux qui y sont énoncés lient l'ensemble des pouvoirs et peuvent être invoqués contre un Land¹⁰²⁸ dans le cadre d'un recours constitutionnel. Si la protection fédérale des droits fondamentaux était donc large dès l'origine, elle s'est étendue en raison du fait que certains Länder ont renoncé à avoir un catalogue propre de droits fondamentaux, intégrant les droits fondamentaux fédéraux dans leur Constitution¹⁰²⁹. Enfin, pour ce qui est de la Suisse, l'expansion de la protection fédérale tient à une jurisprudence audacieuse du Tribunal fédéral qui n'est pas sans faire penser au droit de l'Union dans la mesure où elle s'est appuyée sur les Constitutions cantonales et notamment sur les traditions constitutionnelles communes¹⁰³⁰. Codifiés dans la Constitution de 1999, les droits fondamentaux fédéraux prévalent désormais largement sur les droits cantonaux dans la mesure où les plaideurs – mais aussi les juridictions cantonales – préfèrent s'appuyer sur la Constitution fédérale¹⁰³¹.

Afin que la comparaison avec l'Union européenne puisse faire sens, il faut immédiatement reconnaître une différence essentielle : alors que les droits fondamentaux *fédéraux* constituent la norme de référence principale dans l'examen des réglementations *fédérées*, le droit de l'Union européenne n'impose aux États membres le respect de son propre référentiel que dans son champ d'application, laissant encore à l'écart les « situations purement internes¹⁰³² ». Il s'agit donc d'un système juridique moins centralisé que les États fédéraux examinés. Par suite, si des leçons peuvent être tirées de la comparaison, elles ne pourront être que dynamiques et non statiques puisqu'il s'agira de déterminer dans quelle

¹⁰²⁷ On pense notamment au célèbre arrêt *Plessy v. Ferguson* (1896) justifiant la ségrégation raciale sur la base de la doctrine *séparés mais égaux*.

¹⁰²⁸ BVerfGE 42, 312, 325.

¹⁰²⁹ Voir par exemple la Constitution de la Rhénanie du Nord (art. 4).

¹⁰³⁰ Pour une analyse d'un phénomène analogue aux États-Unis, voir UTTER R.F., *op. cit.*

¹⁰³¹ V. AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *op. cit.*, vol. 2, 44.

¹⁰³² CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.* 2925.

mesure la protection des droits fondamentaux dans les États fédéraux a pu récemment connaître une inflexion conduisant à faire application dans certaines circonstances des droits fondamentaux garantis au niveau fédéré. Ce faisant, nous pourrions montrer qu'en dépit d'une forte centralisation de la garantie des droits, les juridictions fédérales prennent au sérieux les constitutions fédérées dans une matière qui se trouve aujourd'hui au cœur du constitutionnalisme et qui, pour cette raison, semble bénéficier d'un traitement de faveur par rapport aux autres dispositions constitutionnelles locales.

Ainsi, alors que les constitutions des entités fédérées vont trouver application si elles assurent une protection des droits fondamentaux plus étendue que la constitution fédérale (1), elles ne vont être prises en compte que de manière marginale en dehors du domaine des droits fondamentaux (2).

1) L'application préférée des constitutions fédérées en cas de protection supérieure des droits fondamentaux

En cas de protection des droits fondamentaux plus étendue à l'échelon local qu'à l'échelon central, le juge fédéré peut préférer appliquer la constitution fédérée¹⁰³³. Si la Suisse prévoit une telle possibilité mais n'y recourt guère, témoignant d'une forte centralisation de la protection des droits (a), l'Allemagne (b) et les États-Unis (c) sanctionnent concrètement cette option de temps à autre, notamment lorsque les garanties procédurales en matière pénale ainsi que les droits sociaux sont en cause.

a) Une possibilité théorique en Suisse

Évoquant dès 1879 le principe de faveur bien connu du droit du travail¹⁰³⁴, le Tribunal fédéral suisse considère que les dispositions d'une constitution cantonale « peuvent être invoquées dans un recours de droit public dans la mesure où elles accordent à l'intéressé une

¹⁰³³ Sur l'ensemble de cette question, v. FERCOT C., *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, thèse dactyl., Univ. Paris 1/Cologne, 2010, pp. 243s.

¹⁰³⁴ ATF 5, p. 334 (336), 16 juillet 1879, *Bank in St-Gallen und Toggenburger Bank*.

protection *plus précise* que celle qui découle du principe constitutionnel fédéral¹⁰³⁵ ». Cependant, non seulement le Tribunal fédéral décide le plus souvent que la Constitution cantonale n'est pas plus protectrice¹⁰³⁶, mais il ne va guère au bout de sa démarche lorsqu'il reconnaît que c'est le cas. Tout d'abord, dans la décision de 1975 relative à la mise au secret d'un détenu, la juridiction suprême suisse a certes admis que la Constitution genevoise était à certains égards plus protectrice mais elle s'est abstenue d'examiner la question étant donné que l'inconstitutionnalité de la mesure même de mise au secret n'avait pas été soulevée par le recourant¹⁰³⁷. Ensuite, dans une affaire concernant la prolongation d'une détention, le recourant s'était appuyé sur la liberté personnelle telle qu'elle est garantie par la Constitution genevoise. Son recours se vit néanmoins rejeté car le Tribunal fédéral considéra en l'espèce que la violation de la liberté personnelle ne pouvait résulter du simple fait que la détention avait été prolongée¹⁰³⁸. Enfin, dans un autre litige relatif à une détention cette fois-ci jugée illégale, la cour suprême suisse accepta d'indemniser le recourant pour le préjudice moral subi. Cependant, alors qu'elle eut pu se fonder sur la Constitution du Valais dont la violation avait été soulevée par le recourant, elle se borna à constater que la protection fédérale et conventionnelle était équivalente et donna donc satisfaction au demandeur sur cette base¹⁰³⁹. Pour les raisons précédemment évoquées liées à la longue absence de juridiction constitutionnelle cantonale et au développement du droit constitutionnel fédéral, la Suisse connaît donc un système de protection des droits fondamentaux particulièrement centralisé en comparaison de l'Allemagne et des États-Unis.

b) Une possibilité offerte par la Loi fondamentale en Allemagne

Nous avons vu précédemment que l'article 142 de la Loi fondamentale allemande réserve un traitement particulier aux droits fondamentaux garantis par les Constitutions des Länder. Compte tenu de sa rédaction, on a pu s'interroger sur la portée de cette disposition : se borne-t-elle à préciser les effets du principe de primauté du droit fédéral en matière de

¹⁰³⁵ ATF 101 Ia 46 (52), 22 janvier 1975, *X. c/ Chambre d'accusation du canton de Genève* (souligné par nous).

¹⁰³⁶ AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *op. cit.*, vol. 2, 40-42.

¹⁰³⁷ Où l'on retrouve, comme dans la jurisprudence de la CJUE relative aux spécificités constitutionnelles des États membres, l'idée d'une Cour contrainte par les moyens avancés (v. *supra*).

¹⁰³⁸ ATF 104 Ia 297, 28 août 1978, *X c/ Procureur Général du canton de Genève*.

¹⁰³⁹ ATF 113 Ia 177, 21 janvier 1987, *G. c/ État du Valais*.

droits fondamentaux (maintien en vigueur et non annulation comme sous l'empire de la Constitution de Weimar) ou va-t-elle jusqu'à habiliter le juge allemand¹⁰⁴⁰ à faire application des constitutions fédérées lorsqu'elles « garantissent des droits fondamentaux *en accord avec* [*in Übereinstimmung mit*] » les droits fondamentaux fédéraux¹⁰⁴¹ ? Dans un important arrêt du 15 octobre 1997, la Cour constitutionnelle fédérale s'est prononcée en faveur de cette seconde interprétation, allant même jusqu'à juger sur cette base que la concurrence des droits fondamentaux devait se résoudre au profit de la norme garantissant la protection la plus étendue, quelle que soit sa source¹⁰⁴². La norme la moins protectrice devait pour sa part être simplement écartée sans disparaître de l'ordre juridique. Ainsi, même si nous ne disposons à notre connaissance d'aucun exemple jurisprudentiel, il apparaît que l'application des constitutions des Länder sera préférée là où elles garantissent de nouveaux droits fondamentaux¹⁰⁴³ ou bien étendent le champ de la protection¹⁰⁴⁴. Cependant, la doctrine a émis des doutes en matière de droits sociaux, particulièrement bien protégés dans les nouveaux Länder¹⁰⁴⁵. Pour certains, ils ne seraient compatibles avec les droits-libertés de la Loi fondamentale que dans la mesure où ils ne pourraient être directement invoqués mais constitueraient de simples objectifs – oserons-nous ajouter « de valeur constitutionnelle » - s'imposant au législateur du Land¹⁰⁴⁶. Pour d'autres, ils fourniraient au juge une règle d'interprétation impérative¹⁰⁴⁷. Ces divergences rappellent étrangement les difficultés que connaît l'Union européenne en matière de droits sociaux dans la mesure où, d'une part, l'État-nation constitue encore le cadre principal de la solidarité et, d'autre part, l'Union reste largement fondée sur les libertés économiques même si la Charte des droits fondamentaux est appelée à apporter un correctif à ce déséquilibre.

¹⁰⁴⁰ Il ne pourra s'agir ici que des juges des Länder dans la mesure où le Bund n'est pas lié par les constitutions fédérées.

¹⁰⁴¹ Souligné par nous.

¹⁰⁴² BVerfGE 96, 345, 365.

¹⁰⁴³ Par exemple la garantie de la propriété communale en Bavière ; de même, dans les Länder issus de la réunification, la protection des données personnelles, le droit à l'information en matière environnementale et les droits sociaux. V. VON COELLN C., *Anwendung von Bundesrecht nach Massgabe der Landesgrundrechte ? Zur Kontrolle bundesrechtlich determinierter Akte der Länder durch die Landesverfassungsgerichte*, Nomos, 2001, pp. 228s. ; SACKSOFSKY U., *op. cit.*, 237.

¹⁰⁴⁴ On distinguera les cas d'extension *ratione materiae* (tels que l'inviolabilité de l'âme en Saxe-Anhalt ou le droit à mourir dans la dignité dans le Brandebourg) et les cas d'extension *ratione personae* (la liberté de rassemblement dans les nouveaux Länder ainsi que le droit à l'école dans quelques Länder sont invocables par tout homme et non par les seuls Allemands ; le droit d'asile tel qu'il est garanti dans la Hesse n'est pas limité aux persécutés politiques à la différence de la Loi fondamentale, v. GÖBEL-ZIMMERMANN R., « Asylrechte der Landesverfassungen im Verhältnis zum Bundesrecht », *NVwZ* 1995, p. 763).

¹⁰⁴⁵ Il s'agit notamment des droits au travail, au logement et à la formation. Voir le chapitre qui y est consacré in DIETLEIN J., *op. cit.*, 121s. ; également, FERCOT C., *op. cit.*, 381s.

¹⁰⁴⁶ VON COELLN C., *op. cit.*, 166-172.

¹⁰⁴⁷ SCHNEIDER H.-P., « Verfassungsrecht der Länder – Relikt oder Rezept ? », *DÖV* 1987, 749, sp. 755.

Cette question mise à part, on ne s'étonnera en revanche pas que l'application de la Loi fondamentale prévale en cas de protection fédérée plus restreinte. Il en a été ainsi en matière de radiodiffusion et de lock-out. Dans le premier cas¹⁰⁴⁸, il s'est avéré que la Constitution bavaroise offrait une protection moins large que la Loi fondamentale en ce qu'elle reconnaissait certes la liberté des ondes aux personnes privées mais plaçait son exercice sous la responsabilité de la puissance publique. Sans aller jusqu'à invalider la disposition en cause, les juges de Karlsruhe décidèrent dans un arrêt du 20 février 1998 que la Constitution du Land devait être interprétée à la lumière de la Loi fondamentale¹⁰⁴⁹. Dans le second cas, l'article 29 de la Constitution de la Hesse interdisant le lock-out se heurtait à la liberté de coalition prévue par l'article 9 III de la Loi fondamentale. Interprétant cette disposition, la Cour constitutionnelle fédérale jugea en effet que le lock-out défensif (*Abwehr-Aussperrung mit suspendierender Wirkung*) était permis sous certaines conditions¹⁰⁵⁰. Il en résulte que la protection fédérée des droits fondamentaux était moins étendue que la protection fédérale. Si les juges de Karlsruhe n'eurent jamais l'occasion de se pencher sur cette question précise, le Tribunal fédéral du travail se prononça pour sa part à deux reprises, en 1980 et 1988 : non seulement l'interdiction du lock-out par la Constitution de la Hesse est incompatible avec le droit fédéral des conventions collectives¹⁰⁵¹, mais elle tombe sous le coup de l'article 31 LF et est par conséquent nulle¹⁰⁵².

c) Une possibilité offerte par la jurisprudence aux États-Unis

En dépit d'une tradition de stricte séparation des pouvoirs, le droit américain avait progressivement ignoré la protection fédérée des droits fondamentaux jusqu'au moment où la Cour suprême, sous la présidence de Warren Burger, renonça à l'activisme juridictionnel pour lui préférer la retenue. Dès lors, les Cours des États se mirent de plus en plus à s'appuyer sur

¹⁰⁴⁸ Notons qu'afin de tenir compte des spécificités nationales et en particulier allemandes en la matière, un protocole destiné à permettre le financement public du « service public de la radiodiffusion » fut annexé au traité d'Amsterdam.

¹⁰⁴⁹ BVerfGE 97, 298, 314-315.

¹⁰⁵⁰ BVerfGE 84, 212, 225.

¹⁰⁵¹ BAGE 33, 140 (161s.).

¹⁰⁵² BAGE 58, 138 (155) ; sur les effets incertains du principe de primauté, voir *infra*. S'agissant spécifiquement de notre objet, on notera également que se pose la question de la compatibilité avec le droit de l'Union de l'interdiction du lock-out, telle qu'elle résulte de la Constitution portugaise.

leurs propres constitutions afin de pallier les carences supposées des juges du Capitole en matière de droits fondamentaux¹⁰⁵³. Ce nouveau fédéralisme judiciaire (*New Judicial Federalism*) fut notamment illustré par les juges William Brennan dans le New Jersey (puis à la Cour suprême), Stanley Mosk en Californie¹⁰⁵⁴ ou encore Hans Lindhe dans l’Oregon¹⁰⁵⁵.

Ce mouvement ne s’est pas confiné aux États puisqu’il s’est également développé au sein de la Cour Burger elle-même. D’abord, cette dernière a très tôt intégré la réalité du fédéralisme et l’autonomie des États¹⁰⁵⁶ sur des questions relativement neutres et techniques du point de vue des droits fondamentaux. Elle a ainsi fait montre de compréhension vis-à-vis de spécificités étatiques relatives aux garanties procédurales en matière pénale en modifiant son interprétation du Sixième Amendement¹⁰⁵⁷. Renversant sa jurisprudence antérieure selon laquelle les jurys devaient être obligatoirement composés de douze personnes¹⁰⁵⁸, la Cour admit en 1970 qu’ils pouvaient ne compter que six personnes, conformément aux dispositions du droit de la Floride¹⁰⁵⁹. De même, elle jugea en 1972 que le Sixième Amendement n’exigeait pas de verdict unanime et que, par suite, le droit de l’Oregon pouvait prévoir qu’une majorité qualifiée de 10 voix sur 12 était suffisante¹⁰⁶⁰. C’est en 1980 que la Cour Burger va ensuite prendre une position claire sur l’articulation des niveaux de protection des droits fondamentaux. Sous la plume de William Rehnquist – fervent partisan des droits des États, elle reconnut expressément dans son arrêt *Pruneyard*¹⁰⁶¹ que des dispositions plus protectrices des constitutions étatiques pouvaient valablement être appliquées par les cours des États. En l’espèce, la Cour suprême de Californie avait validé, sur la base de la

¹⁰⁵³ V. BRENNAN W.J., « State Constitutions and the Protection of Individual Rights » (1977) 90 *Harv. L.Rev.* 3, p. 489. Du même auteur, « The Bill of Rights and the States : The Revival of State Constitutions as Guardians of Individual Rights » (1986) 61 *N.Y.U. L. Rev.*, p. 535.

¹⁰⁵⁴ V. par exemple *People v. Disbrow* 16 Cal. 3d 101, 113 P. 2d 272, 280 (1976) étendant le champ des célèbres avertissements *Miranda* au-delà des exigences de la Cour suprême exprimées dans *Harris v. New York* 401 US 222.

¹⁰⁵⁵ Pour une réflexion suisse sur cette question, HOTTELIER M., « Le nouveau fédéralisme judiciaire aux États-Unis : un modèle pour la Suisse ? », in *De la Constitution. Etudes en l’honneur de Jean-François Aubert*, Helbing & Lichtenhahn, Neuchâtel, 1996, p. 509.

¹⁰⁵⁶ V. HOWARD A.E.D., « Protecting Human Rights in a Federal System », in TUSHNET M. (ed.), *Comparative Constitutional Federalism. Europe and America*, Greenwood Press, 1990, p. 115, sp. 121s.

¹⁰⁵⁷ « Dans toute poursuite criminelle, l’accusé aura le droit d’être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l’État et du district où le crime aura été commis - le district ayant été préalablement délimité par la loi -, d’être instruit de la nature et de la cause de l’accusation, d’être confronté avec les témoins à charge, d’exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à décharge, et d’être assisté d’un conseil pour sa défense. »

¹⁰⁵⁸ *Thompson v. Utah* 170 US 343 (1898) : où la Constitution de l’Utah elle-même prévoyait un jury de huit membres.

¹⁰⁵⁹ *Williams v. Florida* 399 US 78 (1970).

¹⁰⁶⁰ *Apodaca v. Oregon* 399 US 78 (1972).

¹⁰⁶¹ *Pruneyard Shopping Center v. Robins* 447 US 74 (1980). V. *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit.

Constitution californienne, l'exercice du droit de pétition contre une résolution des Nations Unies dans les locaux d'un centre commercial privé. Or, le représentant de ce dernier fit appel à la Cour suprême fédérale, arguant notamment de la violation du droit de propriété prévu par les Quatrième et Cinquième Amendements. Les juges de Washington rejetèrent la demande et confirmèrent la décision de justice californienne. Ce faisant, ils validèrent la conception extensive de la liberté d'expression telle qu'elle résulte de la Constitution fédérée, s'appuyant sur la liberté du pouvoir constituant en matière de droits fondamentaux : selon la Cour, l'État fédéré dispose du « droit souverain d'adopter dans sa propre Constitution des dispositions relatives aux libertés individuelles plus protectrices [*more expansive*] que celles prévues par la Constitution fédérale¹⁰⁶² ». Avec cette décision, nous pouvons remarquer que les trois systèmes considérés acceptent l'application prioritaire des Constitutions fédérées pour autant que celles-ci garantissent mieux les droits fondamentaux que la Constitution fédérale. Une telle inflexion de la hiérarchie des normes au sein d'États fédéraux relativement centralisés est remarquable. Cependant, en dehors de l'hypothèse d'une protection plus étendue des droits fondamentaux, la reconnaissance des normes suprêmes des entités fédérées se fait beaucoup plus modeste.

2) *L'application limitée des constitutions fédérées dans les autres hypothèses*

La cause des États fédérés a le plus souvent été épousée non pas au nom de leurs droits intrinsèques mais en celui des droits individuels qu'ils étaient censés mieux garantir. Ceci a été non seulement souligné par la doctrine¹⁰⁶³ mais parfois aussi par la jurisprudence¹⁰⁶⁴. Si ceci peut expliquer l'usage instrumental des constitutions fédérées, elle ne rend pas compte de

¹⁰⁶² *Ibid.* 81.

¹⁰⁶³ Sur le fédéralisme américain comme moyen et non comme fin, à partir de l'exemple du juge Brennan, v. POST R.C., « Justice Brennan and Federalism » (1990) 7 *Constitutional Commentary*, p. 227 ; TARR G.A., « Constitutional Theory and State Constitutional Interpretation » (1991) 22 *Rutgers L.J.*, p. 841, sp. 845-846 ; WILLIAMS R.F., « Justice Brennan, the New Jersey Supreme Court and State Constitutions : The Evolution of a State Constitutional Consciousness » (1997-1998) 29 *Rutgers L.J.*, p. 763. On lira également les opinions dissidentes du juge Brennan dans *Oregon v. Mitchell*, précité, ainsi que dans les décisions relatives à la moralité publique (v. plus bas). Notons que, depuis 1995, la jurisprudence de la Cour suprême tend à privilégier les États plutôt que les droits fondamentaux (v. ROSENFELD M., « Les décisions constitutionnelles de la Cour suprême américaine pour la session 1998-1999 : redéfinir les limites du fédéralisme au détriment des droits individuels », *RDJ* n° 5-2000, p. 1329)

¹⁰⁶⁴ En Suisse, « le Tribunal fédéral n'a pas pour mission de protéger les constitutions cantonales mais seulement les droits constitutionnels des citoyens » : ATF 106 Ia 284 (286).

leur prégnance dans deux domaines reflétant des sensibilités – voire des susceptibilités – particulières pouvant s’accompagner d’un affaiblissement de la protection des droits fondamentaux : la moralité (a) et la religion (b).

a) Questions de moralité : la prise en compte des circonstances locales

S’agissant des questions de moralité, on peut remarquer que les spécificités locales vont guider l’interprétation des droits fondamentaux et notamment les restrictions fondées sur l’ordre public. En Suisse, le Tribunal fédéral fut appelé à examiner la légalité de l’interdiction d’un spectacle pornographique (peep-show) dans le canton de Saint-Gall, de confession majoritairement chrétienne. Jugeant que la liberté du commerce et de l’industrie pouvait être limitée pour des motifs de moralité publique, il laissa aux autorités cantonales une grande marge d’appréciation des circonstances locales dans la mesure où elles seraient censées mieux connaître « la mentalité de la population du canton de Saint-Gall » que les juges de Lausanne¹⁰⁶⁵. Certes, aucune disposition constitutionnelle cantonale n’était ici en cause mais cette affaire n’en reflète pas moins selon nous l’expression de spécificités qui ne contribuent pas au renforcement de la protection des droits fondamentaux. C’est justement cette situation que le juge Brennan dénonçait aux États-Unis à propos de décisions plus respectueuses des affects d’un peuple donné que des libertés individuelles. En effet, en 1973, la Cour Burger rendit deux importants arrêts en matière d’obscénité, selon l’expression en vigueur outre-Atlantique. D’une part, dans la décision *Miller v. California*, elle jugea que la publicité non ciblée de publications obscènes n’était pas protégée par le Premier Amendement garantissant la liberté d’expression. Plus particulièrement, elle considéra que sa légalité devait être appréciée en fonction des standards actuels de la communauté pertinente (« *contemporary community standards*¹⁰⁶⁶ »). D’autre part, dans l’arrêt *Paris Adult Theater*, la Cour suprême condamna également l’exploitation d’un théâtre montrant des films pornographiques à des adultes consentants.¹⁰⁶⁷ Eu égard à ces décisions, nous concéderons aux administrativistes que la jurisprudence des circonstances locales est universelle et qu’elle ne présente pas

¹⁰⁶⁵ ATF 106 Ia 267 (272), 9 mai 1980, *Oswald und Niederer c/Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen*.

¹⁰⁶⁶ *Miller v. California* 413 US 15, 37 (1973). V. *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, op. cit.*

¹⁰⁶⁷ *Paris Adult Theater I v. Slaton* 413 US 49 (1973). Pour une illustration de la diversité des standards dans le cadre de poursuites devant un tribunal fédéral, *Hamling v. United States* 418 US 87 (1974).

nécessairement un lien avec de quelconques spécificités formellement constitutionnelles. Cependant, indépendamment de l'échelon pris en considération, nous insisterons sur le fait que les questions de moralité sont non seulement très spécifiques à une communauté donnée, mais elles s'avèrent également fondamentales en tant qu'elles reflètent une identité particulière dont le respect s'impose sous peine de menaces pour l'ordre public¹⁰⁶⁸. Ceci explique d'ailleurs pourquoi ces problématiques sont également au cœur des rapports entre l'Union et ses États membres, comme l'auront ainsi montré l'arrêt *Omega* ou certains protocoles et déclarations annexés aux traités communautaires¹⁰⁶⁹. La moralité publique mise à part, une telle saillance se retrouve aussi dans les questions religieuses.

b) Questions religieuses : les résistances bavaroises

Comme nous l'avons déjà constaté avec la clause de Brême, l'expression des religions dans l'espace public est très controversée, notamment dans les États ayant une conception radicale de la laïcité ainsi que dans les États multiconfessionnels. La pluralité religieuse se traduit non seulement par des communautés de personnes mais également par des communautés de territoire qui se confondront parfois avec les entités fédérées. C'est notamment le cas de l'Allemagne et, singulièrement, de la Bavière où un conflit identitaire est né de la question de la présence de crucifix dans les salles de classe¹⁰⁷⁰.

Outre-Rhin, les Länder disposent de la compétence en matière scolaire et culturelle. Ils sont donc en principe libres de définir les programmes ainsi que l'organisation du service public de l'école. Sur cette base, il est remarquable que la jurisprudence constitutionnelle fédérale ait largement entériné les traditions des Länder en matière d'instruction religieuse. Ainsi, dans deux décisions rendues le même jour impliquant respectivement le Bade-Wurtemberg¹⁰⁷¹ et la Bavière¹⁰⁷², la Cour de Karlsruhe considéra que les rédacteurs de

¹⁰⁶⁸ Où l'on voit que l'identité constitutionnelle va parfois se définir négativement comme étant l'ensemble des spécificités essentielles dont la méconnaissance conduirait à une remise en cause de la sécurité et des fonctions de l'État, en d'autres termes à une situation de grave mécontentement populaire.

¹⁰⁶⁹ V. également, pour une reconnaissance par la CEDH de la marge d'appréciation nationale dans cette matière, CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, série A, n° 24.

¹⁰⁷⁰ A mettre en parallèle avec le cas italien devant la Cour de Strasbourg: CEDH, 3 novembre 2009, *Lautsi c/ Italie*, n° 30814/06.

¹⁰⁷¹ BVerfGE 41, 29.

¹⁰⁷² BVerfGE 41, 65.

l'article 7 de la Loi fondamentale relatif à l'enseignement scolaire avaient l'intention de laisser une autonomie substantielle aux Länder, « imposant ainsi le principe fédéral [*föderalistische Prinzip*] ¹⁰⁷³ ». Ce faisant, les Länder en question pouvaient façonner le cours de religion en tenant compte du fait que le christianisme y est un phénomène culturel enraciné¹⁰⁷⁴.

S'agissant du crucifix dans les salles de classe bavaroises, les juges de Karlsruhe se sont en revanche montrés moins respectueux de la tradition religieuse de ce Land, probablement en raison du fait que nous étions ici en présence d'une spécificité propre et non de traditions plus ou moins communes. La Bavière avait en effet imposé par voie législative l'exposition de croix dans les écoles, conformément aux principes contenus dans sa Constitution¹⁰⁷⁵. Or, en vertu de l'article 4 I de la Loi fondamentale, « la liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables ». À l'occasion d'un litige, la Cour constitutionnelle fédérale a conclu à l'incompatibilité du crucifix avec cette disposition sans que ne soient prises en compte les spécificités constitutionnelles bavaroises¹⁰⁷⁶. Ces spécificités étaient pourtant essentielles et les juges de Karlsruhe touchaient là à l'identité même de la Bavière, comme en atteste la fronde des autorités bavaroises, législateur et cour constitutionnelle en tête¹⁰⁷⁷. S'appuyant expressément sur l'histoire et la culture locale, l'un comme l'autre réaffirmèrent par les moyens qui sont les leurs l'obligation d'accrocher un crucifix sur les murs des écoles, laissant ainsi la décision de la Cour fédérale inappliquée¹⁰⁷⁸.

De tels développements sont particulièrement instructifs pour l'Union européenne dans la mesure où ils soulignent, au sein même d'un État fédéral dont le degré de

¹⁰⁷³ BVerfGE 41, 29, 45.

¹⁰⁷⁴ Ont également pesé dans l'appréciation de la Cour le fait que le cours de religion n'était pas obligatoire, qu'il était soumis à de nombreuses restrictions et qu'il fallait distinguer entre liberté religieuse positive et liberté religieuse négative (BVerfGE 41, 65, 78).

¹⁰⁷⁵ V. les art. 135 à 137 de la Constitution bavaroise.

¹⁰⁷⁶ BVerfGE 93, 1, 23-24. V. aussi l'opinion dissidente des juges Seidl, Söllner et Haas qui s'appuient sur les spécificités culturelles bavaroises (pp. 26-27)

¹⁰⁷⁷ Décision du 1^{er} août 1997 (Vf. 17-VII-96). Où l'on voit à nouveau que l'identité constitutionnelle pourra se définir négativement en fonction des résistances institutionnelles ou populaires susceptibles de se manifester en cas de méconnaissance.

¹⁰⁷⁸ Afin de justifier la compatibilité de sa décision avec celle de la Cour constitutionnelle fédérale rendue deux ans plus tôt, la Cour bavaroise insista sur le fait que le législateur bavarois avait atténué l'obligation d'exposition du crucifix en prévoyant la médiation du chef d'établissement : en cas de contestation, il lui appartient de mettre en balance la liberté de croyance, les convictions de l'ensemble des intéressés mais aussi – de manière singulière – la volonté de la majorité.

centralisation est tel qu'on a pu le dire unitaire¹⁰⁷⁹, le fait que la méconnaissance d'un élément de l'identité d'une entité fédérée par le droit fédéral peut faire obstacle à l'application du droit fédéral. Ainsi, en Bavière, le crucifix reste encore accroché aux murs des salles de classe malgré la décision des juges de Karlsruhe. Si l'on pourrait se contenter de cet état de fait en jugeant qu'il ne concerne nécessairement que des cas-limites exceptionnels, nous considérons pour notre part qu'il eut été préférable pour la sécurité juridique que la Cour constitutionnelle fédérale tienne compte de l'identité constitutionnelle de la Bavière¹⁰⁸⁰. Par une telle décision, elle a au contraire exprimé la relativité de l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées et l'emprise de la constitution fédérale.

II. L'EMPRISE DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE SUR LES CONSTITUTIONS DES ENTITÉS FÉDÉRÉES

Les rapports entre la constitution fédérale et les constitutions fédérées restent largement hiérarchiques au sein des États fédéraux. L'image des poupées russes est ici particulièrement adaptée : les parties fédérées pourront s'encaster d'autant mieux dans le tout fédéral qu'elles réussiront à se conformer au second, autrement dit à en épouser la forme, la structure et les principes (A). Cependant, même assurée la congruence structurelle entre le tout et les parties, la liberté de ces dernières demeure limitée puisqu'elle est soumise à l'emprise de la constitution fédérale à travers le principe de primauté du droit fédéral (B).

A. La condition d'homogénéité dans les structures fédérales

Dans la plupart des études sur le fédéralisme, s'il est systématiquement question de la primauté, de la participation et de l'autonomie en tant que principes directeurs, il n'est fait que rarement mention de la notion d'homogénéité¹⁰⁸¹. Pourtant, celle-ci est non seulement

¹⁰⁷⁹ V. HESSE K., *Der unitarische Bundesstaat*, C.F. Müller, 1962.

¹⁰⁸⁰ En ce sens, les juges Seider, Söllner et Haas mirent en avant dans leurs opinions dissidentes le « principe fédéral » et l'autonomie des Länder en matière scolaire.

¹⁰⁸¹ Longtemps sous-étudiée, la question de l'homogénéité dans les États fédéraux est aujourd'hui l'objet d'un important projet de recherche mené par l'Institut Max Planck de droit public comparé à Heidelberg (Otto Hahn Gruppe zur Diversität und Homogenität).

caractéristique des structures fédérales mais elle en constitue le cœur (1). Les expériences fédératives étrangères ici examinées montrent que son contenu s'avère pour sa part variable (2).

1) Une caractéristique essentielle

Même si la terminologie s'avère fluctuante, l'exigence d'homogénéité semble constituer un critère du fédéralisme. Déjà mentionnée comme telle au 18^e siècle par Kant, Montesquieu et Madison, elle est présente aux États-Unis, en Suisse et en Allemagne sous des apparences diverses. Résultant principalement de la Clause de Garantie (art. IV, Section 4)¹⁰⁸² aux États-Unis¹⁰⁸³, de l'article 28 de la Loi fondamentale en Allemagne¹⁰⁸⁴ et de l'article 51 de la Constitution en Suisse¹⁰⁸⁵, on trouve également son expression dans les dispositions garantissant l'égalité et la non-discrimination (article 33 LF, Quatorzième Amendement).

Loin de se confondre avec l'uniformité, elle se contente d'imposer un corset plus ou moins large aux entités fédérées. Si l'on prend l'exemple allemand, on s'aperçoit qu'elle n'impose que des exigences minimales (*Mindestmass an Homogenität*¹⁰⁸⁶) en matière d'organisation institutionnelle et de droits fondamentaux notamment tandis que la Suisse va être beaucoup moins flexible¹⁰⁸⁷. Dans les deux cas, la méconnaissance de la condition d'homogénéité est accompagnée de sanctions fortes puisqu'elle se traduit par l'annulation en

¹⁰⁸² Voyant à la fois dans cette clause la garantie de l'homogénéité fédérale et la garantie de l'autonomie des États, v. MERRITT D.J., « The Guarantee Clause and State Autonomy : Federalism for a Third Century » (1988) 88 *Colum. L.Rev.* 1, p. 1.

¹⁰⁸³ Art. IV, Section 4 : « Les États-Unis garantiront à chaque État de l'Union une forme républicaine de gouvernement, protégeront chacun d'eux contre l'invasion ; et, sur la demande de la législature ou de l'exécutif (quand la législature ne pourra être réunie), contre toute violence intérieure. »

¹⁰⁸⁴ Art. 28 LF : « 1. L'ordre constitutionnel (*verfassungsmässige Ordnung*) des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi fondamentale (...) 3. La Fédération garantit la conformité de l'ordre constitutionnel des Länder avec les droits fondamentaux et avec les dispositions des alinéas 1 et 2. » V. le commentaire des professeurs Maunz et Scholz in MAUNZ T., DÜRIG G. (Hrsg.), *op. cit.*

¹⁰⁸⁵ Art. 51 : « Chaque canton se dote d'une constitution démocratique. Celle-ci doit avoir été acceptée par le peuple et doit pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande. Les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral. »

¹⁰⁸⁶ BVerfGE 36, 342, 360-361 ; BVerfGE 103, 332, 349.

¹⁰⁸⁷ V. plus haut sur la liberté du pouvoir constituant fédéré.

Allemagne¹⁰⁸⁸ et la non-entrée en vigueur en Suisse. Elle n'est en revanche pas justiciable aux États-Unis¹⁰⁸⁹.

2) *Un contenu variable de nature identitaire*

Quelle que soit la formulation utilisée pour la condition d'homogénéité et sa localisation, son contenu est variable mais tend toujours à assurer la conservation, voire l'identité du projet fédéral en cause¹⁰⁹⁰ en se démarquant systématiquement du passé. Ainsi, les États-Unis ont exigé une forme républicaine de gouvernement par opposition à la monarchie anglaise ; l'Allemagne a pour sa part insisté sur l'État de droit républicain démocratique et social par opposition au régime nazi et, plus largement, à la République de Weimar ; la Suisse s'est quant à elle fondée sur le principe démocratique dont on ne doutera pas du caractère identitaire dans ce pays. Il en résulte que l'exigence d'homogénéité est une exigence de survie à l'intérieur d'une structure fédérative fragile par nature¹⁰⁹¹.

Par suite, il est impossible de penser la fédération sans l'homogénéité : cette dernière constitue nécessairement la limite matérielle de la prise en compte des spécificités des entités fédérées. Le droit suisse propose à notre sens les exemples les plus significatifs de cette situation en liaison avec le droit de vote¹⁰⁹². Tout d'abord, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur la constitutionnalité de certains modes archaïques d'expression de la volonté du peuple à l'image de la *Landsgemeinde*, assemblée populaire dans laquelle les normes sont adoptées à la suite d'un vote à main levée. Dans le cas d'espèce, se posait la question de savoir si l'adoption par cette institution d'une nouvelle Constitution pour le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures était compatible avec les règles élémentaires du droit de vote, à savoir le secret, l'égalité et la liberté. Se trouvaient ici en balance, d'une part, les principes mêmes de l'expression démocratique et, d'autre part, une particularité du système démocratique cantonal

¹⁰⁸⁸ Pour une disposition électorale de Land, BVerfGE 3, 45, 49.

¹⁰⁸⁹ *Luther v. Borden* 48 US 1 (1849).

¹⁰⁹⁰ Liant la condition d'homogénéité à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne (*Verfassungsidentität*), SCHNEIDER H.-P., *op. cit.*, 751.

¹⁰⁹¹ Si l'homogénéité est nécessaire à toute structure fédérative, elle n'est cependant pas limitée à celle-ci puisqu'on peut la retrouver dans les États unitaires, la France constituant ici la meilleure illustration (art. 89 C).

¹⁰⁹² V. également, pour les États-Unis, *Oregon v. Mitchell* (précité) à propos des limitations du droit de vote autorisées.

nous renvoyant à l'autonomie constitutionnelle par excellence : la liberté du peuple d'un canton de se donner une constitution. Saisi de cette question par un citoyen du canton, le Tribunal fédéral se montra étonnamment respectueux de la vénérable institution de démocratie directe en rejetant le recours¹⁰⁹³. Une telle décision ne laisse pas de surprendre au regard des développements précédents. Nous semblions ici en présence d'une situation dans laquelle l'identité cantonale se heurtait frontalement à un élément qui relèverait de l'homogénéité dans la plupart des États : l'organisation d'élections libres et secrètes. En rendant un tel arrêt, la cour suprême helvétique a montré au contraire la variabilité du contenu de l'homogénéité : en Suisse, l'expression *directe* de la démocratie est un élément de l'identité *fédérale*, voire une tradition constitutionnelle *commune*¹⁰⁹⁴. Il n'en est pas ainsi, en revanche, de l'exclusion des femmes du suffrage, constitutive d'une discrimination à raison du sexe incompatible avec l'exigence d'homogénéité. En effet, dans les années 1980, les femmes du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures ne disposaient toujours pas du droit de vote. Cette situation n'avait posé aucun problème jusqu'au moment où la Constitution fédérale fut révisée afin d'inclure un nouvel article 4 prévoyant expressément l'égalité des sexes. Exerçant un contrôle *ex post* de la compatibilité de l'interdiction du droit de vote et de la nouvelle disposition fédérale, le Tribunal fédéral jugea la discrimination contraire à la clause d'homogénéité¹⁰⁹⁵. N'annulant pas formellement l'article litigieux, il se borna à procéder à une interprétation conforme de la Constitution cantonale rendue possible par le fait que celle-ci n'excluait pas expressément les femmes du droit de vote¹⁰⁹⁶. En n'annulant pas formellement l'article litigieux, la Haute juridiction se faisait ainsi gardienne de l'homogénéité fédérale à travers le principe d'égalité tout en ménageant dans une certaine mesure l'autonomie constitutionnelle cantonale¹⁰⁹⁷. Il n'en demeure pas moins que la condition d'homogénéité constitue une limite indépassable à la reconnaissance des identités fédérées en ce que son propre contenu renvoie à l'identité même du projet fédéral considéré.

¹⁰⁹³ ATF 121 I 138, 19 avril 1995, *Willi Rohner c/ Kantonsrat und Regierungsrat von Appenzell A. Rh.*

¹⁰⁹⁴ On notera au soutien de cette thèse que le législateur suisse s'était encore montré respectueux de cette institution cantonale en 1991 en émettant une réserve au pacte de New York sur les droits civils et politiques. Si une telle position fait écho aux réserves comme moyen de préservation des spécificités des États membres (v. *supra*), on s'aperçoit ici que le juge peut tenir compte du législateur dans la définition de l'identité constitutionnelle nationale. Aujourd'hui, la Landsgemeinde ne subsiste plus que dans les cantons de Glaris et d'Appenzell Rhodes-Intérieures, ayant été abolie en 1997 dans l'Appenzell Rhodes-Extérieures.

¹⁰⁹⁵ ATF 116 Ia 359 (379), 27 novembre 1990, *Theresa Rohner*.

¹⁰⁹⁶ ATF p. 381.

¹⁰⁹⁷ On pourrait s'interroger sur le fait de savoir si l'exclusion du droit de vote des femmes relevait de l'autonomie ou de l'identité constitutionnelle du canton. Nous penchons pour la première option dans la mesure où la révision ultérieure de la Constitution cantonale – pourtant non exigée par le Tribunal fédéral – semble attester du caractère non essentiel de cette exclusion.

Les parties ne peuvent donc persévérer dans leur être – ou plutôt dans leurs spécificités – que si elles sont structurellement compatibles avec le tout¹⁰⁹⁸. Par ailleurs, elles doivent respecter le droit fédéral.

B. Le principe de primauté dans les États fédéraux : absolu ou relatif ?

Si la primauté du droit fédéral fait figure de principe traditionnel du fédéralisme en ce qu'il est l'expression du principe de superposition, il n'est étonnamment pas conçu de manière excessivement stricte dans les États fédéraux (1), notamment dans le cadre de l'exécution du droit fédéral par les entités fédérées (2).

1) Le concept de primauté et ses linéaments : un principe conçu de manière relativement souple dans les États fédéraux eux-mêmes

En raison de son caractère fondamental en droit de l'Union Européenne, le concept de primauté semble bien connu. Il est traditionnellement interprété comme signifiant la supériorité de l'ensemble du droit de l'Union sur l'ensemble du droit national. Cette supériorité – sinon formelle, du moins matérielle – se traduit par la mise à l'écart des normes internes incompatibles au profit de l'application des normes de l'Union Européenne. Destiné avant tout à assurer l'effectivité et l'unité du droit « supérieur », le principe de primauté est donc une règle de conflit qui présuppose l'existence de réglementations concurrentes dans certains domaines. Compte tenu de l'enchevêtrement croissant des ordres juridiques, de la substitution du fédéralisme dual par le fédéralisme coopératif et de la possibilité d'application simultanée de normes différentes à une même situation, les hypothèses de recours au principe de primauté se sont multipliées. Cependant, il apparaît que la portée et les effets du principe varient d'un système fédéral à l'autre.

¹⁰⁹⁸ Notons que l'on peut comprendre sous l'angle de l'homogénéité le fait que la Constitution du Jura n'obtient pas la garantie fédérale dans la mesure où la disposition litigieuse relative à son territoire pouvait être légitimement vue comme une menace à la paix et à la sécurité (v. *supra*).

En Allemagne, si l'on s'en tient à la lettre de l'article 31 LF¹⁰⁹⁹, la primauté semble bénéficier d'une force immense (« *Bundesrecht bricht Landesrecht* ») que la traduction officielle du Gouvernement fédéral ne reflète pas (« Le droit fédéral prime le droit de Land »). Le verbe allemand *brechen* signifie briser, casser. Plus qu'un « primat » matériel, il semble traduire une supériorité formelle justifiant l'annulation pure et simple du droit fédéré incompatible. Pour reprendre la terminologie en usage outre-Rhin à propos du droit de l'Union, la Loi fondamentale allemande semble choisir l'invalidité du droit « inférieur » contraire (*Geltungsvorrang*) plutôt que son inapplication (*Anwendungsvorrang*)¹¹⁰⁰. En pratique, la situation apparaît plus équivoque. Dans une décision relative à la fonction publique des Länder, la Cour constitutionnelle fédérale a ainsi donné une interprétation à double détente de l'article 31 LF en 1974. Si elle laisse entendre que les dispositions – y compris constitutionnelles – du droit des Länder sont nulles en cas de contrariété avec les règles de la Loi fondamentale relatives à la répartition des compétences (faisant ainsi figure de règles d'ordre public)¹¹⁰¹, elle apparaît beaucoup moins affirmative dans les autres cas. Tout d'abord, la Loi fondamentale reconnaît aux Länder la liberté d'adopter des dispositions constitutionnelles qui lui seraient contraires sans que l'article 31 ne puisse les « briser »¹¹⁰². Ensuite, le fait même que la Cour s'appuie sur les rapports entre droit fédéral et droit international ainsi qu'entre *lex specialis* et *lex generalis* pour montrer que la primauté ne se traduit pas toujours par la nullité semble indiquer que le conflit normatif peut être sanctionné par la simple inapplication des normes fédérées contraires¹¹⁰³.

En Suisse et aux États-Unis, le problème ne se pose pas avec la même acuité étant donné que les situations de conflits constitutionnels sont *a priori* rares. Régées en amont par la garantie fédérale *ex ante* dans la Confédération helvétique, elles sont réduites outre-Atlantique du fait du dualisme des compétences qui y règne. Néanmoins, la doctrine suisse s'est également interrogée sur la sanction du principe de primauté, entre annulation et simple

¹⁰⁹⁹ V. le commentaire du professeur Koriath, in MAUNZ T., DÜRIG G. (Hrsg.), *op. cit.*

¹¹⁰⁰ Sur cette distinction, voir SCHILLING T., *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin Verlag, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, pp. 548s. Pour une telle conclusion, v. DIETLEIN J., *op. cit.*, 57 ; HUBER P., « Art. 31 » in SACHS M. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, 2009, 1065, pp. 1071-1072 ; *contra* : SCHNEIDER H.-P., *op. cit.*, 752 (jugeant même que l'article 31 n'est pas applicable aux rapports entre le droit fédéral et le droit *constitutionnel* des Länder)

¹¹⁰¹ BVerfGE 36, 342, 364-365.

¹¹⁰² BVerfGE 36, 342, 362 : « *soweit das Grundgesetz, insbesondere Art. 28 Abs. 1 GG, die Freiheit gibt, dass der Gliedstaat in seine Verfassung eine Bestimmung aufnehmen kann, unterscheide sie sich von einer Regelung des Grundgesetzes oder stimme sie mit ihr überein, kann Art. 31 GG nicht die Kraft haben, diese landesverfassungsrechtliche Vorschrift zu « brechen », was immer das bedeuten mag* » (souligné par nous).

¹¹⁰³ BVerfGE 36, 342, 365-366.

inapplication¹¹⁰⁴. L'article 49 de la Constitution dispose que « Le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire ». Comme le confirment les versions allemande et italienne, la Constitution suisse a retenu une formulation plus souple du principe de primauté que le constituant allemand¹¹⁰⁵. Elle permet notamment de comprendre la possible force dérogatoire du droit fédéré sur le droit fédéral¹¹⁰⁶. En effet, le Tribunal fédéral helvétique est habilité par la Constitution elle-même à contrôler les actes normatifs fédéraux non législatifs au regard des droits constitutionnels *cantonaux* dans le cadre du recours de droit public¹¹⁰⁷. La primauté du droit fédéral suisse n'est donc pas conçue en termes absolus¹¹⁰⁸. Aux États-Unis, le principe de primauté ressort clairement de la Clause de Suprématie¹¹⁰⁹ telle qu'interprétée par la Cour suprême¹¹¹⁰. Cependant, en raison de la stricte séparation verticale des pouvoirs, il diffère largement de la pratique européenne puisqu'il ne peut fonder ni la responsabilité des États fédérés pour violation du droit fédéral¹¹¹¹, ni constituer un titre permettant d'enjoindre ces mêmes États d'exécuter les normes fédérales¹¹¹². Ces particularités peuvent s'expliquer par le fait que le principe de primauté n'est pas une fin en soi mais un outil destiné à assurer l'effectivité du droit fédéral. Or, cette dernière apparaît suffisamment assurée aux États-Unis du fait de l'existence de deux ordres de gouvernement et de juridictions sans qu'il ne soit nécessaire de remettre en cause le principe de l'immunité des États. Ainsi, nous constatons que, même si les incertitudes persistent, le principe de primauté n'est pas toujours interprété de manière rigide et ne se traduit pas nécessairement par l'annulation des dispositions contraires du droit fédéré.

¹¹⁰⁴ Par exemple, SCHWEIZER R., « Homogenität und Vielfalt im schweizerischen Staatsrecht », in THÜRER D., AUBERT J.-F., MÜLLER J.-P. (Hrsg.), *op. cit.*, 161, sp. 168.

¹¹⁰⁵ « Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor » ; « Il diritto federale prevale su quello cantonale contrario » .

¹¹⁰⁶ Evoqué par MARTENET V., *op. cit.*, 8.

¹¹⁰⁷ V. art. 189 de la Constitution, à lire à la lumière de l'art. 95 de la loi du 17 juin 2005 relative au Tribunal fédéral.

¹¹⁰⁸ Notons que la hiérarchie des normes suisses n'obéit guère aux canons traditionnels des États « constitutionnels » dans la mesure où les lois fédérales suisses ne peuvent faire l'objet d'un contrôle (art. 191 Constitution). En un sens, seule la primauté des *lois* fédérales est absolue.

¹¹⁰⁹ Aux termes de l'article VI de la Constitution, « la présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États. »

¹¹¹⁰ *Fletcher v. Peck* 10 US 87 (1810). V. *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*

¹¹¹¹ V. MELTZER D.J., *op. cit.*

¹¹¹² Cette dernière règle est mieux connue sous le nom d'*Anticommandeering Rule*. Voir HALBERSTAM D., « Comparative Federalism and the Issue of Commandeering », in NICOLAIDIS K., HOWSE R. (ed.), *op. cit.*, 213.

2) *Le cas limite des situations non dépourvues de tout lien avec le droit fédéral*

Au sein d'ordres juridiques composés, nous devons faire le départ entre les situations présentant un lien avec le droit fédéral et celles dépourvues de tout lien avec lui¹¹¹³. Dans le second cas, les tribunaux fédérés peuvent en théorie appliquer leurs propres normes sans que l'effet utile du droit fédéral ne soit remis en cause même si l'on sait que, en pratique, ceux-ci tendent à faire application des normes fédérales, du moins celles relatives aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis. Dans le premier cas, la dimension fédérale est vecteur de complexité puisqu'elle impose au juge de rendre ses décisions dans le respect du principe d'unité du droit fédéral contre toute fragmentation contraire à sa nature de droit commun. Ici, la situation la plus délicate est celle mettant en cause l'exécution du droit fédéral par les entités fédérées, telle qu'elle est prévue en Allemagne, en Suisse et dans l'Union européenne¹¹¹⁴. Dans cette hypothèse, les actes d'exécution vont être hybrides : relevant formellement du droit fédéré, ils vont emprunter matériellement des traits de droit fédéral et de droit fédéré. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure les principes exposés plus haut s'agissant du contrôle des normes fédérées peuvent s'appliquer en l'espèce : les constitutions fédérées peuvent-elles être invoquées contre les actes fédérés d'exécution du droit fédéral ?

En Suisse, si nous n'avons pu identifier aucune application positive, il apparaît cependant que le Tribunal fédéral admet l'application de la norme la plus protectrice des droits fondamentaux, indépendamment de sa source. Ainsi, à l'occasion d'un recours contre un règlement cantonal d'exécution d'une loi fédérale relative à la lutte contre la tuberculose, se trouvait contesté le fait que cet acte imposait aux élèves un examen radiologique des poumons. Une telle obligation aurait été contraire à la liberté personnelle garantie à la fois par le droit constitutionnel non écrit au niveau fédéral et par l'article 7 de la Constitution de Neuchâtel. La Cour suprême helvétique prononça son arrêt uniquement au regard du droit fédéral dans la mesure où le recourant n'avait pas prétendu que la Constitution cantonale offrait une garantie des droits fondamentaux plus étendue¹¹¹⁵. Ce faisant, elle semblait

¹¹¹³ Nous reprenons ici – en l'adaptant – une distinction caractéristique du droit français de la responsabilité administrative. Voir également les situations purement internes en droit de l'Union.

¹¹¹⁴ Cette situation est impossible aux États-Unis en vertu de l'*Anticommandeering Rule*.

¹¹¹⁵ ATF 104 Ia 480 (485), 8 février 1978, *Meylan c/ Neuchâtel*.

cependant admettre que l'article 7 pouvait prévaloir sur le droit fédéral si le plaideur avait expressément avancé le moyen. Notre interprétation trouve confirmation dans une affaire concernant l'adaptation de la législation vaudoise au nouveau droit fédéral sur la protection de la personnalité. Au cœur du litige se trouvait l'extension au domaine de la radio-télévision du droit de rectification des informations erronées reconnu initialement aux autorités cantonales en matière de presse seulement. En l'espèce, les juges de Lausanne jugèrent que l'élargissement du champ d'application de ce droit était contraire au droit fédéral après avoir considéré que la liberté de la presse n'était pas mieux protégée par la CEDH ou par la Constitution vaudoise¹¹¹⁶. Il en résulte que cette dernière aurait pu être appliquée si elle s'était effectivement avérée plus protectrice.

En Allemagne, l'état du droit est plus complexe. En présence d'une marge d'appréciation dans l'exécution du droit fédéral, les juges des Länder peuvent appliquer les droits fondamentaux fédérés plus protecteurs¹¹¹⁷. En l'absence d'une telle marge, de grandes incertitudes demeurent¹¹¹⁸. En effet, les Cours constitutionnelles de Berlin, de Bavière et de la Hesse ont chacune développé leur propre jurisprudence en la matière, démontrant ainsi leur volonté de prendre leur liberté l'une par rapport aux autres mais également par rapport aux juges constitutionnels fédéraux¹¹¹⁹. On peut en effet comprendre que le cas-limite des actes d'exécution puisse susciter la crispation de ces hautes cours régionales, cette situation ayant elle-même cristallisé les tensions entre droit de l'Union et constitutions nationales à propos des lois de transposition¹¹²⁰. Saisie par la Haute juridiction constitutionnelle de la Saxe sur la base de l'article 100 III LF – destiné à garantir l'unité de l'interprétation constitutionnelle – la Cour de Karlsruhe a pris position sur cette question, unifiant ainsi l'interprétation de l'article 31 de la Loi fondamentale : alors que le législateur fédéral doit uniquement observer la

¹¹¹⁶ ATF 112 Ia 398 (409), 12 novembre 1986, *Association vaudoise des journalistes c/ Grand Conseil du Canton de Vaud*.

¹¹¹⁷ BVerfGE 96, 345, 366.

¹¹¹⁸ V. MENZEL J., *op. cit.*, 206s.

¹¹¹⁹ V. ROZEK J., « Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Landesgrundrechte und die Anwendung von Bundesrecht », *AÖR* 199, 450 (1994) ; VON COELLN C., *op. cit.*, 273s. Notons qu'à l'occasion de la célèbre affaire *Erich Honecker* - le dernier dirigeant de la RDA - les juges constitutionnels berlinois ont été les plus audacieux dans la mesure où ils sont allés jusqu'à contrôler l'application du droit fédéral *matériel* au regard de l'ensemble des droits fondamentaux protégés par la Constitution fédérée, en particulier le principe de respect de la dignité humaine (cf. PESTALOZZA C., « Der « Honecker-Beschluss » des Berliner Verfassungsgerichtshofs », *NVwZ* 1993, p. 340, sp. 344). Cette jurisprudence a pu être jugée inconstitutionnelle par la doctrine (cf. ROZEK J., *op. cit.* 482).

¹¹²⁰ Sur cette question, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à notre mémoire de Master : MILLET F.-X., *Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition. Etude de droit comparé France-Allemagne*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2011.

Constitution fédérale¹¹²¹, les juges des Länder sont à la fois liés par les droits fondamentaux fédéraux et par les droits protégés par les constitutions fédérées du moment où ils relèvent du champ d'application de l'article 142¹¹²². Si l'on aurait pu en déduire que les constitutions des Länder trouvaient application lorsqu'elles garantissaient une protection plus étendue des droits fondamentaux¹¹²³, il n'en est rien cependant dans la mesure où la Cour constitutionnelle fédérale a imposé une condition supplémentaire : l'application de celles-ci doit conduire au même résultat¹¹²⁴. Par cette décision, il est à craindre que la prise en compte des droits fondamentaux des constitutions fédérées ait été réduite à sa dimension purement symbolique. Non seulement ils ne peuvent être utilisés comme normes de référence mais ils ne semblent également pas pouvoir constituer des règles d'interprétation du droit fédéral¹¹²⁵. Certes, les Cours constitutionnelles des Länder pourraient poursuivre leur résistance comme la Bavière a pu le faire en matière de crucifix ou comme les juges constitutionnels nationaux en matière de normes de transposition des directives et décisions-cadres de l'Union européenne. Néanmoins, sauf à ce qu'un litige ne concerne un élément fondamental des Länder, il paraît improbable qu'une telle résistance puisse être durable dans la mesure où l'État fédéral allemand dispose d'une palette d'instruments lui permettant d'assurer l'effectivité du droit fédéral¹¹²⁶.

Il ressort de notre étude que, dans les États fédéraux, le principe de primauté n'est pas interprété de manière absolue comme on pourrait le supposer. D'abord, il ne se traduit pas inéluctablement par l'annulation formelle des normes fédérées contraires mais peut se contenter de leur mise à l'écart. Ensuite, il n'interdit pas l'application des constitutions fédérées là où celles-ci s'avèrent assurer une protection supérieure des droits fondamentaux. En dehors de cette hypothèse, le principe de primauté est appliqué avec rigueur. Dans ce contexte, un certain nombre d'auteurs se sont prononcés pour un plus grand respect des constitutions fédérées, n'hésitant pas à suggérer la reconnaissance des « droits » des entités fédérées y compris lorsqu'ils s'accompagnent d'une baisse de la protection des droits

¹¹²¹ BVerfGE 96, 345, 365.

¹¹²² BVerfGE 96, 345, 367.

¹¹²³ Il est intéressant de constater que la Rhénanie-Palatinat assume explicitement un tel positionnement (voir § 44 (2) de la loi relative à la Cour constitutionnelle du Land).

¹¹²⁴ BVerfGE 96, 345, 374 : évoque l'exigence de « *selbes Ergebnis* » qui traduit l'idée d'un résultat strictement identique et pas seulement similaire (à la différence de « *gleiches Ergebnis* »). V. aussi BVerfGE 36, 342, 368.

¹¹²⁵ V. MENZEL J., *op. cit.*, 233-234 ; contra : SCHNEIDER H.-P., *op. cit.*, 755 à propos des droits sociaux.

¹¹²⁶ Le Bund dispose de moyens de contrôle de nature administrative et juridictionnelle. Parmi les premiers, on citera la contrainte fédérale (art. 37 LF) et la surveillance de l'exécution du droit fédéral par les Länder (art. 84 et 85 LF); parmi les seconds, v. art. 93 I 2, art. 93 I 3, art. 93 I 4, art. 93 I 4a et art. 100 III LF.

fondamentaux¹¹²⁷. Loin de ne voir dans ces normes qu'une variable d'ajustement de la garantie des droits, la doctrine est même allée jusqu'à appliquer aux États fédéraux traditionnels la qualification de *Verfassungsverbund* qui a fait florès outre-Rhin pour définir l'Union européenne dans ce qu'elle a de spécifique¹¹²⁸.

Dans la mesure où l'Union européenne constitue sinon un projet fédéral, du moins une expérience fédérative, il apparaît que la clause d'homogénéité correspond non seulement aux valeurs de l'Union mais, plus largement, à l'identité constitutionnelle de cette dernière¹¹²⁹. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'Union européenne présente elle-même des spécificités essentielles, une identité constitutionnelle qui lui est propre à laquelle elle n'est pas prête à renoncer. Alors que l'identité de l'Union européenne met plus en évidence le constitutionnalisme libéral – autrement dit les valeurs démocratiques et les droits de l'homme qui constituent le patrimoine constitutionnel commun – ainsi que la « Constitution économique », les États membres vont définir quant à eux leur identité constitutionnelle à partir de la mémoire collective, des valeurs et mythes fondateurs, parfois aussi d'une certaine conception sociale de la solidarité. Dans ces conditions, il apparaît que l'identité « constitutionnelle » de l'État membre pourrait bien en fin de compte, du point de vue de l'Union européenne, ne pas être toujours pleinement « libérale-constitutionnelle ». On voit alors se profiler l'hypothèse du conflit, souligné plus haut, résultant de la divergence d'interprétations. En vertu des « valeurs » fondatrices de l'Union européenne énoncées à l'article 2 TUE (parfois lui-même désigné sous le nom « clause d'homogénéité »), la CJUE est appelée à ne reconnaître les identités des États membres que dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec ces valeurs. Par une apparente tautologie, nous serions tentés de dire que, du point de vue de l'Union européenne, l'identité constitutionnelle de l'État membre doit être *constitutionnelle*. En d'autres termes, compte tenu de la nature humaniste du projet européen, l'article 4 TUE ne peut être lu qu'à la lumière de l'article 2. Juridiquement tenue d'opérer une telle mise en perspective, la CJUE est dans l'impossibilité de consacrer n'importe quelle interprétation nationale. On constate donc que la CJUE en particulier, loin d'être le supplétif ou le faire-valoir des cours nationales, a un rôle à jouer dans la définition de

¹¹²⁷ Pour l'Allemagne, MÖSTL M., *op. cit.*, 374 ; VITZTHUM W.-G., « Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart », (1988) 46 *VVDStRL* 7, p. 29. Pour la Suisse, AUER A., *op. cit.*, 24 ; AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *op. cit.*, vol. 2, 44.

¹¹²⁸ V. MÖSTL M., *op. cit.*, 352.

¹¹²⁹ Voir notamment CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre l'identité constitutionnelle européenne et les identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction, contrepoint ou hiérarchie? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: Union de droit, union des droits*, Pedone, 2010, p. 79.

l'identité constitutionnelle de l'État membre. Elle pourrait être amenée à les contraindre à son tour en leur imposant le respect des valeurs constitutionnelles européennes.

SECTION 2 : VERS UN PRINCIPE OPPOSABLE

Comme le droit des États fédéraux, le droit de l'Union européenne n'est pas indifférent aux constitutions des États membres. Par commodité, nous avons vu dans une telle prise en compte la manifestation du respect de « l'identité constitutionnelle » de l'État membre sans nous interroger plus avant sur la signification du concept en droit de l'Union. Il nous appartient désormais d'affiner la perspective, d'établir le statut et la fonction de l'identité constitutionnelle en droit de l'Union ainsi que d'en délimiter les contours afin de dégager un vade-mecum à l'usage de la Cour de justice.

Reléguée au second plan dans le traité d'Amsterdam au profit des valeurs universelles du constitutionnalisme, l'identité apparaissait durablement appelée à jouer les seconds rôles. Pourtant, un changement de perspective semble se dessiner dans l'Union européenne. Non seulement le traité de Lisbonne est venu renforcer le statut de l'État membre sous l'angle de l'identité constitutionnelle et politique, mais la Cour de justice elle-même a exhumé l'identité nationale. Contre ceux qui n'y verraient qu'un épiphénomène, nous soutenons l'idée que cette évolution témoigne de l'émergence d'un nouveau principe structurel du droit de l'Union européenne (I) dont il appartiendra à la Cour de justice de définir le cadre et les conditions de son opposabilité (II).

I. UN PRINCIPE STRUCTUREL DU DROIT DE L'UNION

L'Union européenne a souvent été perçue à travers la notion d' « intégration » au point que son droit a lui-même été qualifié de « droit de l'intégration¹¹³⁰ ». Si l'on en croit un important néofonctionnaliste, l'intégration serait le processus par lequel les différents acteurs politiques nationaux sont convaincus de modifier leurs loyautés et leurs attentes au profit d'un

¹¹³⁰ Voir PESCATORE P., *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, 1972, rééd. Bruylant, 2005.

nouveau centre de pouvoir¹¹³¹. Il en résulte que le processus éponyme comporterait des effets centralisateurs forts¹¹³². Or, de fait, le droit de l'Union est articulé autour de principes centripètes à l'image de la primauté, de l'effet direct, de l'uniformité d'application ou des droits fondamentaux. Un tel constat ne saurait susciter l'étonnement, la construction européenne ayant été pensée dès l'origine comme un projet sinon d'unité, du moins d'union entre des États-nations ombrageux qu'il s'agissait de réconcilier et de contenir dans leur *hybris*. Cependant, la méthode supranationale semble aujourd'hui essoufflée dans une Union à vingt-sept où les demandes de flexibilité et de différenciation se font de plus en plus pressantes. Dans ce contexte, la doctrine a pu s'interroger sur le fait de savoir s'il ne serait pas opportun de dégager un principe de diversité en droit de l'Union¹¹³³. Un tel principe permettrait certes de rééquilibrer l'Union européenne en corrigeant son biais unitaire mais il présente, par sa généralité, un risque fort de fragmentation : les forces centrifuges qui sont déjà à l'œuvre dans l'Union sont peu propices à la définition d'un principe général de différenciation en droit. Pourtant, si l'on ne peut guère envisager à ce stade la consécration d'un principe matriciel de diversité, il est probable – et même souhaitable d'un point de vue normatif – que les juges de Luxembourg dégagent des principes spécifiques de diversité, définis de manière suffisamment stricte afin qu'ils ne représentent pas de menace sérieuse pour l'existence de l'Union et l'effet utile de son droit. À ce titre, le respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre semble être le candidat idéal. S'il est vrai que cette exigence existe déjà en droit positif (art. 4 § 2 TUE), sa consécration en tant que principe structurel du droit de l'Union européenne apparaît non seulement justifiée (A) mais également particulièrement opportune (B).

¹¹³¹ HAAS E., *The Uniting of Europe : Political, Social and Economic Forces 1950-1957*, Stanford UP, 1958, p. 16, cité par WIENER A., DIEZ T., *European Integration Theory*, Oxford UP, 2nd ed., 2009, p. 2.

¹¹³² Ainsi, pour Pierre Pescatore, « si le droit international est un droit relationnel, au mieux coopératif, le droit de l'intégration est un droit fusionnel et unitaire » (*ibid.* 5).

¹¹³³ Voir VON BOGDANDY A., « Constitutional principles », in VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Modern Studies in European Law, Hart Publishing, 2005, p. 3, sp. 42s. (v. aussi la seconde édition de l'ouvrage pour une approche plus complète mais moins centrée sur la tension unité/diversité); également, évoquant même un principe de « désintégration », SHAW JO, « European Union Legal Studies in Crisis ? Towards a New Dynamic » (1996) *16 Oxford Journal of Legal Studies*, p. 231, sp. 232 et 246s.

A. Un principe justifié ou les instruments de la découverte d'un nouveau principe en droit de l'Union

L'Union européenne est organisée autour d'un certain nombre de principes¹¹³⁴. On tend à distinguer de manière générale et sans véritable souci de rigueur scientifique les principes généraux du droit, les principes institutionnels¹¹³⁵, les principes fondateurs, les principes directeurs, les principes inhérents à la nature spécifique de l'Union, les principes de l'Union de droit ou encore les principes régissant la délimitation et de l'exercice des compétences de l'Union¹¹³⁶. Paradoxalement compte tenu de l'importance des principes en droit de l'Union, peu d'auteurs se sont penchés sur la question sous l'angle conceptuel¹¹³⁷ et une théorie reste donc à faire. Sans prétendre réaliser une telle œuvre, nous souhaitons modestement examiner les conditions dans lesquelles peut émerger un principe du droit de l'Union. Selon nous, l'idée de *telos* de l'Union européenne est déterminante dans la découverte des principes à l'issue d'une démarche philosophique (1). Cependant, il est également possible que la Cour préfère le pragmatisme en créant un principe à partir de l'internalisation de contraintes externes (2).

1) L'idée de *telos* de l'Union : l'approche philosophique des principes

Contrairement à la plupart des juristes, le spécialiste du droit de l'Union n'est pas étranger au langage « téléologique » puisque la méthode d'interprétation éponyme singularise

¹¹³⁴ Un examen quantitatif fait ressortir 98 occurrences du terme *principe* dans le traité de Lisbonne.

¹¹³⁵ Sur cette catégorie en particulier, v. DE WITTE B., « Institutional Principles : A Special Category of General Principles of EC Law », in BERNITZ U., NERGELIUS J. (ed.), *General Principles of European Community Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 143.

¹¹³⁶ Opérant toutes ces distinctions, v. BLUMANN C., DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, Litec, 3^e ed., 2007, pp. 59s.

¹¹³⁷ On citera cependant SIMON D., « Les principes en droit communautaire », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Etudes juridiques, Economica, 2008, p. 287; MOLINIER J. (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Droit et justice, PUF, 2005 ; *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Ed. Apogée, 2006 (v. notamment les contributions de Claude Blumann et de Catherine Flaesch-Mougin) ; VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.), *op. cit.* V. également REUTER P., « Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Pedone, 1964, p. 263.

ce droit par rapport au droit international classique. Ainsi, aux termes de l'arrêt *Cilfit*¹¹³⁸, « chaque disposition de droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions, de ses finalités et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite ». A première vue, cette méthode pourrait sembler relativement proche de l'interprétation finaliste (au sens de *purposive interpretation*) opérée au regard des objectifs énoncés à l'article 3 TUE. Or, elle s'avère en réalité beaucoup plus ambitieuse puisqu'elle traduit une approche systémique du droit de l'Union. Celle-ci impose de ne pas se contenter de raisonner en termes de but de la norme mais renvoie plus largement au « *telos* du contexte juridique » dans lequel s'insèrent les normes¹¹³⁹, autrement dit à la finalité du projet européen lui-même¹¹⁴⁰. Or cette finalité « plus lointaine » – dès lors justement nommée *telos* – a longtemps été celle de l'unité (à la fois économique et politique)¹¹⁴¹. Elle trouve sa traduction dans le préambule et à l'article 1^{er} du traité sur l'Union européenne qui évoquent le processus créant « une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ».

Or, on peut se demander si le *telos* de l'Union est toujours le même aujourd'hui. En effet, celui-ci doit être appréhendé de manière évolutive comme l'arrêt *Cilfit* nous invite expressément à le faire. Nous défendons l'idée – descriptive plus que prescriptive – que la construction européenne n'est plus exclusivement un projet au service de l'unité mais qu'elle donne également du prix à la diversité. Il en résulte que le respect de l'identité constitutionnelle pourrait faire partie de principes inhérents à la spécificité de l'Union, en d'autres termes conformes à son *telos* qui serait en somme l'équivalent fonctionnel de ce que les États-nations appellent leur « génie »¹¹⁴².

¹¹³⁸ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la Santé*, aff. 283/81, *Rec.* 3415, point 20 (souligné par nous)

¹¹³⁹ V. POIARES MADURO M., « Interpreting European Law : Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism » (2007) 1 *European Journal of Legal Studies* 2, p. 5 (disponible sur www.ejls.eu) où l'auteur distingue l'interprétation téléologique de l'interprétation méta-téléologique là où nous ne voyons personnellement que la distinction – traditionnelle en droit communautaire - entre interprétation finaliste (au regard des objectifs) et interprétation téléologique. Sur cet article, on lira AZOULAI L., « Un nouveau téléologue », in BESSON S., LEVRAT N., CLERC E. (dir.), *L'interprétation en droit européen. Interpretation in European Law*, Schulthess Verlag, 2011, p. 139.

¹¹⁴⁰ Parmi les rares réflexions sur le sujet, on citera HALTERN U., « On Finality », in VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.), *op. cit.*, 205 (constatant l'indétermination de la finalité de l'Union).

¹¹⁴¹ Soulignant vigoureusement que le droit de l'intégration est tout entier tendu vers l'unité, v. PESCATORE P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la théorie téléologique des traités internationaux », in PESCATORE P., *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruylant, 2008, p. 325, sp. 327 et 351s.

¹¹⁴² Notons que la Cour tend également à se référer à « l'esprit du traité », ce qui pour nous est conceptuellement la même chose. V. notamment l'arrêt *Costa c/ Enel* dans le contexte de l'affirmation du principe de primauté.

Déjà dans l'affaire *Michaniki*, l'avocat général voyait dans ce respect un « devoir » s'imposant à l'Union « depuis l'origine » et participant de « l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États »¹¹⁴³. Un tel détour historique n'est pas, d'après nous, absolument nécessaire dans la découverte des principes du droit de l'Union¹¹⁴⁴. À cet effet, l'idée de *telos* nous semble suffisante en ce qu'elle nous renvoie à l'« existence » *hic et nunc* mouvante d'une Union qui se redéfinit sans cesse¹¹⁴⁵ sans qu'il ne soit nécessaire de faire référence à un passé essentialisé. Il importe en tout état de cause que les principes d'un ordre juridique correspondent « à la loi de composition interne de l'ensemble juridique constitué par le droit de l'Union »¹¹⁴⁶ et en reflètent les valeurs sous-jacentes¹¹⁴⁷ dans la mesure où, selon Ronald Dworkin, un principe est une « exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale¹¹⁴⁸ ». Dans le contexte d'une Union à vingt-sept marquée par le règne du droit et la philosophie libérale du constitutionnalisme – qui implique en soi la garantie de la pluralité – le respect de l'identité constitutionnelle semble d'autant plus constituer un des principes fondamentaux du droit de l'Union¹¹⁴⁹ que cette qualité peut également résulter de l'internalisation d'une contrainte externe, ainsi que l'illustre le précédent des droits fondamentaux.

2) *L'internalisation de contraintes externes et le précédent des droits fondamentaux : l'approche pragmatique des principes*

¹¹⁴³ Point 31.

¹¹⁴⁴ Ne suivant qu'en partie une démarche au fond « archéologique » (i.e. liée à la recherche des principes dans le passé, dans un fonds commun de valeurs), v. SIMON D., « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits* n° 14, 1991, p. 73.

¹¹⁴⁵ Sur l'instabilité foncière du phénomène fédéral, v. chapitre suivant.

¹¹⁴⁶ SIMON D., *op. cit.*, in CAUDAL S. (dir.), *op. cit.*, 294.

¹¹⁴⁷ GUASTINI R., « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in CAUDAL S. (dir.), *op. cit.*, 113 : « par le mot de « principe », on se réfère à des normes qu'on regarde comme « fondamentales », c'est-à-dire particulièrement importantes du point de vue axiologique, dans le système juridique tout entier ou dans l'un de ses secteurs (...). On estime que les normes qui forment un système juridique ne se posent pas toutes sur le même plan du point de vue de leur valeur : certaines normes expriment les valeurs éthico-politiques qui caractérisent le système juridique dont il s'agit » (*ibid.* 114)

¹¹⁴⁸ DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, 1977, Léviathan, PUF, 1995, p. 80.

¹¹⁴⁹ En ce qu'il est censé traduire les valeurs les plus hautes d'une communauté, un principe nous semble nécessairement fondamental.

La Cour de justice est confrontée à des contraintes internes évidentes mais également à des contraintes externes non négligeables, au premier rang desquelles les jurisprudences des cours constitutionnelles nationales. En première analyse, on pourrait considérer que les juges de Luxembourg n'ont pas à prendre en compte ces décisions. Non seulement ils sont indépendants mais l'ordre juridique de l'Union Européenne est autonome. En pratique, les choses sont cependant plus complexes. La Cour ne peut être indifférente au risque de voir l'effectivité du droit de l'Union compromise. Manquant de légitimité pour oser la confrontation, elle a souvent adopté des solutions conciliatrices en intégrant les résistances des juridictions internes. De cette façon, elle a été amenée à accepter la théorie de l'acte clair en matière de renvoi préjudiciel¹¹⁵⁰ mais elle a surtout développé sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux.

Comme on le sait, le droit de l'Union est originellement un droit à vocation économique dans lequel les droits fondamentaux étaient absents. Ceux-ci ont fait irruption dans l'ordre juridique communautaire à la fin des années 1960 lorsque ceux-ci ont été reconnus comme faisant partie des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect¹¹⁵¹. En cette période, l'autorité du droit communautaire était fragilisée par les réticences des cours constitutionnelles nationales à reconnaître la primauté du premier. Sachant que la source de blocage se trouvait dans la protection des droits, la Cour n'avait guère le choix sinon de développer une jurisprudence en la matière. Comme les doctrines de l'effet direct et de la primauté¹¹⁵², les droits fondamentaux ont donc initialement été un moyen en vue d'une fin : garantir l'effet utile du droit de l'Union face aux constitutions nationales. La Cour devait donc d'abord faire de nécessité vertu avant de faire de vertu nécessité : ce n'est que plus tard que les droits fondamentaux ont changé de signification et ont été placés au pinacle de la construction communautaire.

Selon nous, la Cour de justice pourrait suivre la même approche en matière d'identité constitutionnelle des États membres même si la tâche peut s'avérer plus délicate. Au lieu de voir cette ligne de résistance comme une limite à l'effet utile du droit de l'Union, elle peut l'intégrer au titre même de ce dernier en l'érigant en principe. Cependant, il existe une

¹¹⁵⁰ V. l'arrêt *Cilfit* précité.

¹¹⁵¹ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder c/ Ville d'Ulm*, aff. 26/69, *Rec.* 405 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* 1125.

¹¹⁵² WEILER J.H.H., « Methods of Protection : Towards a Second and Third Generation of Protection », in CASSESE A., CLAPHAM A., WEILER J.H.H. (ed.), *Human Rights and the European Community : Methods of Protection*, Nomos Verlag, 1991, p. 555.

différence majeure avec le précédent des droits fondamentaux : la Cour peut douter de réussir à faire de nécessité vertu. En effet, en reconnaissant les droits de l'homme, l'Union européenne entrerait dans un processus de constitutionnalisation à dimension universelle dans lequel l'individu devenait la figure centrale. Dans le cas de l'identité constitutionnelle, les juges de Luxembourg pourraient y voir une résurgence des particularismes ainsi qu'un retour de l'État au détriment du citoyen européen. Nous considérons ces craintes largement infondées du moment où la Cour est en mesure de définir les contours de l'opposabilité du principe sans se laisser balloter au gré des caprices des cours constitutionnelles des États. Dans cette hypothèse, il apparaît alors opportun d'ériger le respect de l'identité au rang de principe.

B. Un principe opportun : la valeur ajoutée de la découverte d'un principe de respect de l'identité constitutionnelle en droit de l'Union

Dans un contexte jurisprudentiel où la Cour de justice est encore peu encline à faire expressément cas de la dimension constitutionnelle nationale des affaires qui sont portées à sa connaissance, elle dispose néanmoins d'un outil important pour ce faire : l'article 4 § 2 TUE. Certes, la Cour pourrait directement s'appuyer sur cette disposition afin d'assurer la préservation des éléments auxquels les États membres seraient particulièrement attachés. Cependant, ceci est selon nous insuffisant. Plusieurs facteurs plaident en faveur de la reconnaissance formelle et explicite d'un nouveau « principe » en droit de l'Union (1) tandis que les risques inhérents à une telle reconnaissance apparaissent maîtrisés (2).

1) *Facteurs en faveur de la reconnaissance formelle et explicite d'un tel principe*

L'admission expresse d'un principe de respect de l'identité constitutionnelle en droit de l'Union remplirait deux fonctions relativement évidentes dans le contexte de la problématique européenne : une fonction symbolique d'affichage et une fonction légitimatrice de pacification ; mais également deux autres plus inattendues : une fonction d'intégration et une fonction de constitutionnalisation.¹¹⁵³

En premier lieu, une telle reconnaissance présenterait une dimension symbolique et pacificatrice forte. Tout d'abord, il apparaît essentiel de nommer les choses en droit de l'Union. En effet, un ordre juridique et politique en construction a besoin de s'appuyer sur des symboles qui trouvent une résonance dans l'opinion publique. C'est ainsi que l'Union a eu régulièrement recours à des notions relevant traditionnellement du champ lexical étatique. Ainsi, dans les années 2000, la doctrine a pu souligner l'importance d'appeler « Constitution » le texte qui allait ensuite être mieux connu sous le label de « traité constitutionnel »¹¹⁵⁴. Cette même « Constitution » faisait référence à des « lois » européennes et mentionnait des « symboles » tels que l'hymne, le drapeau ou la monnaie. Certes, la notion d'identité constitutionnelle est encore relativement confidentielle – voire obscure – et on tend à lui préférer celle de souveraineté – toute aussi obscure – dans le langage courant. Cependant, la consolidation de son usage sous forme de principe permettrait de lui fournir une assise solide en comparaison de la longue périphrase retenue à l'article 4 § 2 TUE. Ensuite, un principe de respect de l'identité constitutionnelle assumerait une fonction de réconciliation des ordres juridiques. En effet, son utilisation en ces termes mêmes par un nombre croissant de cours constitutionnelles nationales laisse entendre qu'il pourrait résoudre définitivement le « conflit constitutionnel ». Du moment où, d'une part, le droit de l'Union ne se heurte plus guère qu'à l'identité constitutionnelle de ses États membres et que, d'autre part, celui-là reconnaît l'importance de celle-ci, alors le principe ici proposé fait naturellement figure de passerelle, de chaînon manquant, de charnière¹¹⁵⁵ entre les ordres juridiques nationaux et

¹¹⁵³ V. également plus loin la fonction de pondération de ce principe.

¹¹⁵⁴ V. par exemple POIARES MADURO M., «The importance of being called a Constitution : Constitutional authority and the authority of constitutionalism » (2005) 3 *I.CON* 2, p. 332.

¹¹⁵⁵ Pour un usage de cette métaphore à propos des droits fondamentaux, v. DUBOUT E., TOUZE S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2009.

communautaire¹¹⁵⁶. L'harmonie systémique une fois assurée, la légitimité de l'Union européenne se trouverait renforcée aux yeux des autorités nationales comme à ceux des citoyens des États.

En second lieu et paradoxalement, la reconnaissance explicite d'un principe de respect de l'identité constitutionnelle est appelée à renforcer l'intégration ainsi que la constitutionnalisation dans l'Union européenne. D'une part, en levant un nouveau verrou au moyen de son absorption, l'Union œuvre en faveur de l'effet utile des normes qu'elle édicte et, par suite, de l'intégration étant donné que l'on ne peut plus voir dans l'identité constitutionnelle de l'État une simple contrainte externe limitant l'effectivité du droit de l'Union puisqu'elle fait dorénavant partie intégrale de ce dernier. D'autre part, comme nous le verrons ultérieurement¹¹⁵⁷, l'internalisation de l'identité constitutionnelle nationale s'inscrit selon nous dans le cadre du processus de constitutionnalisation de l'Union européenne en ce sens qu'elle conduit à intégrer un certain nombre de données constitutionnelles étatiques dans le logiciel européen. En soi, ceci n'est pas nouveau, la constitutionnalisation de l'Union étant largement le résultat de la projection des valeurs du constitutionnalisme national au niveau supranational¹¹⁵⁸. Ici, l'originalité réside dans le fait que ce processus ne semble pas se cantonner aux valeurs communes mais qu'il inclurait désormais des éléments propres à chaque État. A cet égard, la différenciation qui en résulte semble constituer le principal obstacle sur la voie de la reconnaissance explicite du principe de respect de l'identité constitutionnelle nationale.

2) Les risques intrinsèques au droit de l'Union dans l'émergence d'un tel principe

Le droit de l'Union peut-il s'offrir le luxe de se doter d'un principe tel que celui ici proposé ? Au premier abord, l'entreprise apparaît pour le moins délicate. En effet, elle semble

¹¹⁵⁶ Nous verrons par la suite que si l'optimisme est de rigueur, il nous faudra toutefois modérer notre jugement tant l'identité constitutionnelle de l'État est appréhendée de manière plus restrictive en droit de l'Union qu'en droit interne.

¹¹⁵⁷ V. chapitre suivant.

¹¹⁵⁸ V. par exemple CONSTANTINESCO V., « La constitutionnalisation de l'Union européenne », in RIDEAU J. (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, p. 133, sp. 139 ; SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », in *Annuaire du droit européen 2004*, vol. II, Bruylant, 2006, p. 148.

conduire la Cour à revenir sur des principes concurrents dont l'existence est essentielle pour l'Union européenne, à savoir les exigences de primauté et d'application uniforme (risque de fragmentation). En admettant la pertinence des structures constitutionnelles nationales ainsi que des droits fondamentaux garantis par celles-ci, les juges de Luxembourg ébranleraient non seulement leur jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* mais également, à travers elle, l'idée même de maintien de l'acquis communautaire (risque de régression). Dans ce contexte, il a pu être proposé de se contenter des principes existants, en l'occurrence du principe de loyauté, afin de donner effet à l'exigence de respect de l'identité constitutionnelle nationale¹¹⁵⁹.

Si cette dernière peut effectivement trouver un substitut fonctionnel, nous considérons cependant que les risques sont inférieurs eu égard aux avantages que comporte la reconnaissance du principe d'identité. D'abord, en dépit de ses faiblesses, l'Union européenne est suffisamment enracinée pour supporter une certaine différenciation dont, au demeurant, nous avons pu constater qu'elle n'était pas inconnue du droit communautaire. Ensuite, il serait erroné de penser que reconnaître l'identité des États membres bouleverserait les fondements de l'Union tant cette reconnaissance serait, d'une part, canalisée et maîtrisée et, d'autre part, ne remettrait pas nécessairement en cause l'approche orthodoxe et moniste de la primauté dans la mesure où les valeurs nationales essentielles auraient rang communautaire¹¹⁶⁰. Quant à l'argument tiré de l'acquis communautaire, il ne saurait selon nous entrer en ligne de compte ici dans la mesure où nous avons vu que le principe de respect de l'identité avait une fonction d'intégration et ne se traduisait pas par un recul des compétences de l'Union. Dès lors, il apparaît que le bilan coûts/avantages penche décidément en faveur de la découverte d'un nouveau principe structurel du droit de l'Union dont il appartient à la Cour de définir la portée et les effets en pratique.

¹¹⁵⁹ VON BOGDANDY A., *op. cit.*, 49-51 ; v. également le jugement *Maastricht* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (C I 2A).

¹¹⁶⁰ Contre une telle approche selon nous contraire au pluralisme, v. *infra*.

II. UN PRINCIPE OPPOSABLE DU DROIT DE L'UNION

Le droit de l'Union n'a pas vocation à tenir compte de l'ensemble des dispositions constitutionnelles des vingt-sept États membres¹¹⁶¹. Alors que les juridictions internes tendront à retenir une conception extensive de l'identité constitutionnelle, la CJUE aura tout aussi naturellement tendance à limiter le champ et l'impact de cette notion théoriquement opposable¹¹⁶². En effet, même si la garantie de l'identité est située au sommet de la hiérarchie des normes de l'Union en tant que principe structurel, elle n'est pas seule à occuper ce rang éminent. Comme le souligne Robert Alexy, un principe est par définition relatif¹¹⁶³. A la différence d'une règle déterminée et précise, il s'agit en effet d'une norme-cadre présentant un certain degré de généralité et d'indétermination qui permet l'édiction d'autres normes à l'intérieur d'un cadre juridique et factuel (*rechtliche und tatsächliche Möglichkeiten*) fixant les limites du principe. Ces limites résultent elles-mêmes de la coexistence de principes concurrents. En cas de conflit, tout principe doit donc être pondéré avec d'autres principes de même rang¹¹⁶⁴, l'objectif étant d'obtenir un « optimum¹¹⁶⁵ ». Logiquement, le contrôle de proportionnalité constitue pour ce faire la technique juridique par excellence en ce qu'elle permet de concilier les différents intérêts en présence¹¹⁶⁶. C'est à partir du modèle du professeur Alexy¹¹⁶⁷ que l'identité constitutionnelle de l'État se verra fixer un cadre défini par l'identité constitutionnelle de l'Union européenne elle-même (A) tandis que les modalités de son opposabilité seront déterminées dans un esprit de dialogue et de différenciation mesurée (B).

¹¹⁶¹ Dans le même sens, voir les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire *Michaniki* (point 33).

¹¹⁶² Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour de justice n'était pas compétente pour statuer dans des litiges mettant en cause la clause d'identité nationale en vertu de l'ancien article 46 TUE, aujourd'hui abrogé.

¹¹⁶³ ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, pp. 94s.

¹¹⁶⁴ Où l'on retrouve ici une fonction importante propre à la qualification du respect de l'identité comme principe : de par son indétermination, sa généralité et son caractère relatif, l'identité constitutionnelle ne peut relever des « règles », c'est-à-dire des normes « applicables dans un style tout-ou-rien » (DWORKIN R., *op. cit.*, 82).

¹¹⁶⁵ *Ibid.* 75-76.

¹¹⁶⁶ *Ibid.* 100s.

¹¹⁶⁷ Pour une comparaison avec la conception dworkinienne des principes, v. TUSSEAU G., « Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine. Sur quelques écoles de définition des principes », in CAUDAL S. (dir.), *op. cit.*, 75.

A. Le cadre de l'opposabilité : un principe relatif face à l'identité constitutionnelle de l'Union

Eu égard au fait que l'identité de l'État est présentée comme une limite absolue et insurmontable à la pénétration du droit de l'Union en droit interne, on pourrait penser que sa réception dans l'ordre juridique communautaire dusse être opérée comme telle : la Cour accepterait aveuglément l'exception tirée de la violation de l'identité nationale¹¹⁶⁸ et priverait d'effet la norme en cause. D'un côté, une telle position aurait le mérite de la simplicité et sifflerait la fin du « conflit constitutionnel ». D'un autre côté, elle entérinerait la subordination de la CJUE vis-à-vis des juridictions nationales ainsi que la supériorité hiérarchique du droit interne sur le droit de l'Union. Or, une telle approche est proprement inconcevable aujourd'hui tant elle est contraire non seulement à l'orthodoxie communautaire mais également au pluralisme qui semble caractériser les évolutions récentes du droit de l'Union. Si celle-ci est appelée à reconnaître à court ou moyen terme une place de choix à l'identité nationale, elle ne saurait faire fi des principes relevant de sa *propre* identité, ainsi que l'illustre aujourd'hui le cas hongrois notamment. Dans ce contexte, la Cour fixera un cadre en s'assurant probablement que l'exception de l'identité nationale est compatible avec, d'une part, les valeurs du constitutionnalisme (1) et, d'autre part, avec la « Constitution économique » de l'Europe (2).

1) La clause d'homogénéité constitutionnelle et le cas hongrois

Nous avons vu que l'exigence d'homogénéité est caractéristique des expériences fédératives. Limitant l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées, cette exigence varie dans son contenu et dans ses effets. Renvoyant souvent à la forme politique de ces entités mais aussi au respect des droits fondamentaux tels que ceux-ci peuvent résulter de la Constitution « fédérale », il lui arrive d'être lourdement sanctionnée.

¹¹⁶⁸ Si nous parlerons parfois d'« exception » d'identité constitutionnelle dans un souci principalement esthétique (éviter les répétitions), notons que cela ne doit pas remettre en cause sa qualification de principe.

Même si l'expression n'est habituellement pas utilisée en français¹¹⁶⁹, le droit de l'Union comporte une clause de ce type : l'article 2 TUE, sanctionné aux articles 7 et 49 TUE et à l'article 354 TFUE. Aux termes de cette disposition,

« l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

Lu à la lumière de la Charte des droits fondamentaux, cet article constitue la profession de foi d'une Union « fondée » sur les valeurs – autrefois appelées principes¹¹⁷⁰ – propres au patrimoine constitutionnel commun. Garant du respect de ces valeurs, il impose des obligations aux États membres dans la mesure où une « violation grave et persistante » de celles-ci est susceptible de conduire à la suspension des droits qu'ils tirent des traités (art. 7 § 2 TUE) tandis que l'adhésion d'un nouvel État à l'Union est subordonnée au respect des valeurs visées à l'article 2 ainsi qu'à l'engagement de les promouvoir (art. 49 TUE). Si la sanction est, pour l'heure, seulement politique, il n'est pas exclu qu'elle puisse également être juridictionnelle à l'avenir tant la place occupée par les valeurs constitutionnelles ne cesse de se renforcer¹¹⁷¹.

Si l'on confronte les principes du constitutionnalisme à celui du respect de l'identité nationale¹¹⁷², il ressort que le second est subordonné aux premiers dans la mesure où l'homogénéité constitutionnelle impose la compatibilité systémique des ordres juridiques ou ce que les juristes allemands appellent aussi « congruence structurelle ». Tout d'abord, nous avons vu que le traité d'Amsterdam avait privilégié les valeurs constitutionnelles communes

¹¹⁶⁹ En revanche, son usage est florissant dans la littérature allemande et italienne. Voir SCHORKOPF F., *Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000 ; ATRIPALDI V., MICCU R. (cura), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003 (lire en particulier la contribution de R. Miccù, pp. 49s.). V. aussi sur le sujet PALERMO F., *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005.

¹¹⁷⁰ V. art. 6 TUE (version Amsterdam).

¹¹⁷¹ Pour une proposition en ce sens, v. conclusions de l'avocat général Poiares Maduro (points 20 à 23) sous CJCE, 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, REC. 349 (à propos d'un retard significatif dans l'attribution de fréquences à un opérateur détenteur de droits de radiodiffusion, potentiellement en violation de la liberté d'expression et du pluralisme des médias en Italie). V. également VON BOGDANDY A. et al., « Reverse *Solange* : Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States » (2012) 49 *CMLR* 2, p. 489.

¹¹⁷² Voir notamment à ce sujet SCHORKOPF F., *op. cit.*, 211-213.

par rapport à l'identité nationale. Si cette dernière s'est trouvée renforcée par le traité de Lisbonne, les valeurs communes en ont également bénéficié. Ensuite, il apparaît que la clause d'identité a été, dès son apparition, rédigée en des termes relatifs tendant à en restreindre le champ en droit de l'Union. Ainsi, le traité de Maastricht subordonnait déjà le respect de l'identité nationale des États membres au caractère démocratique des systèmes de gouvernement sur lesquels ils sont fondés (art. F § 1 TUE). C'est ici que la notion même d'identité *constitutionnelle* prend tout son sens et doit être préférée à celle d'identité *nationale* dans l'ordre juridique communautaire : non seulement elle renvoie à des spécificités nationales trouvant leur traduction dans le corpus constitutionnel des États, mais elle s'inscrit dans la philosophie du constitutionnalisme libéral. Cette dualité est parfaitement rendue en allemand par l'expression de « *konstitutionnelle Verfassungsidentität* » que l'on ne peut traduire en français de manière satisfaisante¹¹⁷³. Elle traduit le fait que le droit de l'Union ne prendra en compte l'identité constitutionnelle telle que mise en avant par un État membre dans la seule hypothèse où celle-ci sera compatible avec les valeurs du constitutionnalisme libéral¹¹⁷⁴. On pourrait ici nous objecter qu'il en sera toujours ainsi et que, par suite, il n'est guère utile de gloser sur ce thème. Si nous admettons que les cas d'incompatibilité seront rares, ils ne sont toutefois pas inconcevables. Il suffit de penser à l'adhésion prématurée d'une Turquie qui n'aurait pas procédé à toutes les réformes constitutionnelles nécessaires ou bien à la nouvelle Loi fondamentale hongroise.

Le cas hongrois apparaît comme la meilleure illustration actuelle de notre propos. Au printemps 2011, la Hongrie adopta une Constitution très conservatrice¹¹⁷⁵. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, cette nouvelle Loi fondamentale a attiré l'attention dans la mesure où certaines de ses dispositions pourraient méconnaître les droits fondamentaux. D'une part, il apparaît que la procédure d'adoption n'a pas été pleinement démocratique dans la mesure où elle n'a que très imparfaitement associé la société civile et les partis d'opposition. Adoptée à la majorité des deux tiers par le Parlement (en d'autres termes par le parti ultra-majoritaire), elle n'a pas été soumise directement au peuple. D'autre part, son contenu pourrait être contraire aux droits fondamentaux et au principe de l'État de droit. Tout d'abord, non seulement la Loi fondamentale repose-t-elle sur une conception ethnique de la nation¹¹⁷⁶ mais

¹¹⁷³ Eventuellement, nous pourrions parler d'une identité constitutionnelle constitutionnaliste.

¹¹⁷⁴ On notera qu'une telle approche répond à la définition postmoderne de l'identité constitutionnelle.

¹¹⁷⁵ V. KOVACS K., TOTH G.A., « Hungary's Constitutional Transformation » (2011) 7 *EuConst*, p. 183.

¹¹⁷⁶ V. le préambule et l'article D traitant de la question des minorités hongroises à l'étranger et des autres nationalités présentes sur le territoire hongrois.

elle est inspirée par les valeurs du catholicisme. À ce titre, elle insiste sur le caractère sacré du mariage en le limitant aux unions entre un homme et une femme¹¹⁷⁷. De même, il est fait état de la protection de la vie du fœtus dès la conception¹¹⁷⁸. De telles dispositions pourraient naturellement entraver le mariage homosexuel ainsi que le droit à l'avortement bien que nous ayons vu que ces domaines sensibles tendent justement à être respectés par l'Union européenne comme par la CEDH. Ensuite et surtout, la nouvelle Constitution limite les compétences de la Cour constitutionnelle, notamment en matière budgétaire¹¹⁷⁹. Alors que la Hongrie faisait déjà l'objet de l'attention de la Commission européenne du fait de sa législation sur les médias, aux allures antipluralistes, et de la remise en cause de l'indépendance de la Banque centrale, ces dispositions constitutionnelles apparaissent problématiques du point de vue de leur compatibilité avec l'article 2 TUE¹¹⁸⁰. Si nous ne sommes pas en mesure de l'affirmer avec certitude à ce stade, nous ne pouvons exclure que nous soyons en présence d'un « risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2¹¹⁸¹ ». En tous les cas, l'exigence d'homogénéité constitue indubitablement une réelle limite à la pleine reconnaissance de l'identité constitutionnelle puisqu'un État ne pourra se prévaloir en toutes circonstances de normes constitutionnelles même adoptées de fraîche date. Il pourrait en être de même des libertés fondamentales du marché intérieur et du principe de non-discrimination.

2) La « Constitution économique » de l'Union

En tant que projet économique, l'Union européenne attribue une importance fondamentale aux libertés du marché intérieur ainsi qu'au principe de non-discrimination en raison de la nationalité¹¹⁸². On parle même de « Constitution économique » de l'Union¹¹⁸³. Au

¹¹⁷⁷ Art. L.

¹¹⁷⁸ Art. II.

¹¹⁷⁹ Art. 24.

¹¹⁸⁰ Pour une évaluation de la nouvelle Loi fondamentale au regard des droits fondamentaux et de l'État de droit, v. l'opinion n° 621/2011 de la Commission de Venise (Conseil de l'Europe, 17-18 juin 2011), disponible sur www.venice.coe.int. V. également HALMAI G., SCHEPPELE K.L. (ed.), *Amicus Brief for the Venice Commission on the Transitional Provisions of the Fundamental Law ad the key Cardinal Laws*, février 2012.

¹¹⁸¹ Art. 7 § 1 TUE.

¹¹⁸² Eu égard à la fonction de l'homogénéité dans les structures fédérales, notons qu'il serait également possible d'intégrer ces éléments au titre d'une conception *lato sensu* de l'homogénéité.

sein de cette constitution matérielle, les places respectives des libertés fondamentales et de l'identité constitutionnelle de l'État sont encore incertaines. La décision *Sayn-Wittgenstein* semble indiquer la prévalence de la seconde sur les premières. Cependant, nous avons vu que l'enjeu principal de l'affaire se trouvait dans la confrontation de l'identité personnelle et de l'identité nationale de l'Autriche et non pas tant dans l'opposition entre celle-ci et la liberté de circulation¹¹⁸⁴.

Nous pouvons d'autant moins en tirer des conclusions définitives que le primat – même relatif – des droits de l'homme sur les exigences inhérentes à la construction économique européenne n'est pas lui-même acquis. Certes, dans des décisions récentes, la CJUE semble avoir reconnu la prééminence des droits fondamentaux en considérant qu'ils constituaient un motif valable de dérogation aux libertés de circulation. Dans leur arrêt *Schmidberger*¹¹⁸⁵, les juges de Luxembourg ont accepté une restriction à la libre circulation des marchandises fondée sur la liberté de réunion. De même, dans le cas *Omega*¹¹⁸⁶, la CJCE se montra encore plus audacieuse en jugeant que la protection de la dignité humaine pouvait justifier de limiter les libertés de prestation de services et de circulation des biens sans même que la mesure restrictive ne corresponde à une conviction juridique partagée par l'ensemble des États membres. Par ces arrêts, la Cour semblait concilier avec les libertés fondamentales les droits fondamentaux communautaires.

Si l'on ne saurait minimiser cette évolution, il s'agit cependant de la relativiser. Tout d'abord, il convient à toutes fins utiles de rappeler la formule traditionnelle de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* : après avoir énoncé que les droits fondamentaux faisaient partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, cette dernière affirma que la « sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »¹¹⁸⁷. Par ces mots, la Cour semble vouloir dire que les droits fondamentaux, qui peuvent trouver leur source dans les principes communs – et non spécifiques – des constitutions nationales, sont protégés dans la limite où cela ne menace pas le marché intérieur, autrement dit dans la limite de ce que permet le principal « droit

¹¹⁸³ V. POIARES MADURO M., *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford Hart Publishing, 1998.

¹¹⁸⁴ V. *supra*.

¹¹⁸⁵ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger c/ Autriche*, C-112/00, *Rec.* 5659.

¹¹⁸⁶ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, *Rec.* 9609.

¹¹⁸⁷ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, précité, point 4 (souligné par nous).

fondamental » communautaire, à savoir le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Ensuite, il n'est pas possible de tirer des conclusions univoques des arrêts *Schmidberger* et *Omega*. Dans le premier, il est en effet question, dans des circonstances au demeurant très spécifiques, de « conciliation nécessaire » et non de prévalence générale des droits fondamentaux *stricto sensu* sur les libertés économiques¹¹⁸⁸. La décision *Omega* peut, pour sa part, être interprétée sans référence aux droits fondamentaux, sous le seul angle des restrictions autorisées sur le fondement de l'ordre public aux libertés de circulation. Enfin, dans les célèbres affaires *Viking*¹¹⁸⁹ et surtout *Laval*¹¹⁹⁰, la Cour de Luxembourg a certes reconnu que le droit à l'action collective faisait partie des principes généraux du droit de l'UE mais elle l'a mis en balance avec la liberté d'établissement et avec la liberté de prestation de services. Si, dans la première affaire, elle a laissé au juge de renvoi le soin d'opérer concrètement le balancement, elle a jugé dans l'espèce *Laval* que l'action collective en cause constituait une restriction injustifiée à la libre prestation de services, faisant donc prévaloir une liberté économique sur des droits sociaux bien protégés par les Constitutions finlandaise et suédoise¹¹⁹¹.

L'impression générale laissée par la jurisprudence récente relative aux rapports entre droits fondamentaux et libertés économiques est celle de la conciliation, de la mise en balance de différents principes jugés fondamentaux, conformément au modèle d'Alexy. Dès lors, de même que la Cour ne fera pas droit aux exceptions tirées de l'identité nationale si celles-ci s'avèrent en violation flagrante des valeurs du constitutionnalisme libéral, il en sera probablement de même en cas de méconnaissance grave des libertés fondamentales ou/et du

¹¹⁸⁸ Au soutien de cette thèse, il est à noter que l'avocate générale Stix-Hackl considérait, dans ses conclusions sur l'affaire *Omega*, que les libertés fondamentales du marché commun pouvaient être également vues comme des droits fondamentaux. Elle en concluait qu'un conflit de normes opposant les libertés économiques et les droits fondamentaux « peut, dans certains cas au moins, être un conflit opposant des droits fondamentaux » (conclusions présentées le 18 mars 2004, points 49 et 50). On lira également WEILER J.H.H., LOCKHART N., « Taking Rights Seriously : the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part II », (1995) 32 *CMLR*, p. 579, sp. 589.

¹¹⁸⁹ CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation c/Viking Line ABP*, C-438/05, *Rec.* 779. Dans cette affaire, l'action collective avait pour objet de contraindre une entreprise de transport maritime de conclure une convention collective qui visait à dissuader de changer de pavillon. La Cour indiqua que la légalité d'une telle restriction à la liberté d'établissement était subordonnée, d'une part, à la réalisation de l'objectif de protection des travailleurs et, d'autre part, à son aptitude à remplir cet objectif de manière proportionnée.

¹¹⁹⁰ CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05, *Rec.* 11767. Était ici en cause l'action d'un syndicat suédois tendant à imposer une négociation salariale à un prestataire de services letton ayant détaché des travailleurs en Suède. Voir RODIERE P., « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTDE*, 2008, 1, p. 47.

¹¹⁹¹ Nous noterons par ailleurs que le statut dual des droits fondamentaux – valeurs fondatrices communes en vertu de l'article 2 TUE et principes généraux en vertu de l'article 6 § 3 TUE – ne peut que contribuer à leur schizophrénie et à notre incompréhension.

principe de non-discrimination ayant pour effet de nuire sérieusement au bon fonctionnement du marché intérieur.

Une telle approche se concrétisera à travers l'exercice d'un contrôle de proportionnalité comme il est d'usage en cas de collision de principes de même rang : plus une affaire affectera l'identité constitutionnelle d'un État membre sans pour autant toucher celle de l'Union, plus la Cour de justice sera magnanime vis-à-vis de cet État¹¹⁹² ; plus une affaire affectera l'identité constitutionnelle de l'Union sans pour autant toucher celle des États membres, plus la Cour de justice sera favorable à l'Union. En revanche, les juges de Luxembourg se trouveront dans une situation particulièrement embarrassante en cas de choc frontal entre l'identité d'un État et l'identité de l'Union. En toute hypothèse, le principe de respect de l'identité constitutionnelle de l'État ne peut être conçu de manière absolue en droit de l'Union et il appartient à la Cour de définir, à l'intérieur du cadre fixé par les principes structurels de l'Union européenne, les modalités pratiques de son opposabilité.

B. Les modalités de l'opposabilité

Même si les constitutions des États membres sont reconnues à divers titres dans les droits originaire et dérivé de l'Union européenne, il appartient à la CJUE d'en être le gardien ultime au sein de l'ordre juridique communautaire. Nous avons évoqué plus haut plusieurs occurrences qui témoignaient d'un certain respect des dispositions constitutionnelles nationales par les juges de Luxembourg. A la lumière des développements précédents, il est nécessaire d'établir un mode d'emploi de l'identité constitutionnelle à l'usage de la Cour en d'efforçant de déterminer ses protagonistes, ses voies de recours, son champ et ses possibles effets. Alors que l'exception d'identité mettra principalement aux prises les États membres et les institutions européennes, il appartient aux juges de résoudre le litige dans un esprit de dialogue et de coopération loyale (1). En tant que norme de référence et principe d'interprétation du droit de l'Union, l'identité constitutionnelle de l'État devrait servir la différenciation (2).

¹¹⁹² Constatant déjà l'assouplissement du contrôle de proportionnalité en présence de dispositions constitutionnelles nationales, v. *supra* pp. 310-312.

1) Les acteurs de l'identité constitutionnelle

Si le principe d'identité devrait surtout être utilisé par les États membres, on ne saurait exclure entièrement son invocation par les institutions européennes et même par le citoyen (a) devant une Cour de justice qui s'efforcera de résoudre le litige à l'issue d'un dialogue constructif avec les juges internes (b).

a) Un instrument principalement à la disposition des États membres

Compte tenu de son esprit, l'exception d'identité constitutionnelle est un outil naturellement à la disposition des États membres. Face à une norme du droit de l'Union¹¹⁹³ *a priori* jugée attentatoire à un élément de leur identité, les États soulèveront en tant que demandeur – mais également en tant que défendeur¹¹⁹⁴ – le principe de respect de l'identité. Ceci pourrait avoir aussi bien lieu à l'occasion d'un recours en annulation – voire d'un recours en carence – déclenché par les autorités exécutives d'un pays ou bien d'un renvoi préjudiciel à l'initiative d'une autorité juridictionnelle interne¹¹⁹⁵. Il est également possible d'envisager un recours en annulation à l'initiative du parlement national dans le cadre du contrôle de la subsidiarité¹¹⁹⁶. Ce dernier deviendrait à son tour un des acteurs de l'identité constitutionnelle et pourrait ainsi – légitimement – contribuer à sa définition.

On ne saurait totalement exclure la possibilité qu'une institution européenne ou le citoyen d'un État s'appuie sur le principe d'identité à l'occasion d'un recours. Dans la première hypothèse, on peut imaginer que la Commission européenne puisse *proprio motu* directement saisir la Cour d'une telle question. Permettant d'éviter un conflit ouvert entre un

¹¹⁹³ Nous excluons ici l'hypothèse très particulière d'un recours d'État contre État telle qu'elle est survenue dans l'affaire du droit de vote aux élections européennes des habitants de Gibraltar, le destinataire de l'exigence de respect de l'identité étant l'Union européenne elle-même et non les autres États.

¹¹⁹⁴ Voir l'exemple *Sayn-Wittgenstein*.

¹¹⁹⁵ Dans le cas de l'État membre défendeur, l'exception d'identité pourra être soulevée dans le cadre du recours préjudiciel (hypothèse *Sayn-Wittgenstein*) ou du recours en manquement.

¹¹⁹⁶ En vertu de l'article 8 du protocole n° 2 attaché au traité de Lisbonne et relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, un parlement national peut saisir la Cour de justice de la violation du principe de subsidiarité par un acte législatif. Si nous reconnaissons que la subsidiarité *stricto sensu* n'inclut pas les considérations tirées de l'identité constitutionnelle d'un État, il est probable que certains parlements n'hésiteront pas à retenir une conception large du premier principe.

État et l'Union, une telle option confirmerait le rôle pacificateur, impartial et objectif qui incombe à cette institution en tant que gardienne des traités¹¹⁹⁷. La seconde hypothèse est encore plus intéressante dans la mesure où elle signifierait l'appropriation de l'identité constitutionnelle par tout justiciable. Certes, un tel « engagement » citoyen pourrait sembler plutôt négatif mais il nous semble que l'Union européenne souffre en fin de compte plus de l'indifférence à son égard que du scepticisme. En ce sens, toute manifestation de civisme et d'intérêt pour la chose publique nous apparaît plutôt positive. Elle pourrait en l'occurrence se traduire par un recours en annulation sur la base de l'article 263 alinéa 4 TFUE même s'il est fort probable que l'intérêt à agir du citoyen ne sera pas reconnu et que, par suite, une telle procédure sera déclarée irrecevable. On imaginera donc plutôt une saisine du juge interne contre l'application du droit de l'Union, cette saisine étant susceptible de donner lieu à une question préjudicielle adressée aux juges de Luxembourg. Cette voie de recours nous semble même être la plus fructueuse dans la mesure où elle est censée incarner le dialogue des juges sans lequel on ne peut concevoir la résolution de litiges mettant en cause l'identité d'un État.

b) La nécessité d'un dialogue loyal entre juges nationaux et juge communautaire

L'identité constitutionnelle des États membres met aussi bien à l'épreuve l'autonomie du droit national que l'autonomie du droit de l'Union. En tant que concept charnière commun aux ordres juridiques nationaux et communautaire, elle ne peut en effet être maniée de façon unilatérale. *A priori*, on pourrait penser que l'identité ne saurait être appréhendée que par son seul sujet. Or, une telle approche est contestable sur les plans théorique et pratique. En effet, de nombreux philosophes de l'identité ont montré que celle-ci était le résultat d'un processus intersubjectif, qu'elle se construisait au contact de l'Autre¹¹⁹⁸. Par ailleurs, si les conceptions nationales prévalent sur la conception communautaire, le droit de l'Union risque de se voir dans l'obligation de valider *ex post* les interprétations des juridictions suprêmes nationales. Or, il n'est pas certain que ces dernières feront toujours preuve de modération dans l'usage d'un concept dont la portée pourrait s'étendre à l'ensemble du droit constitutionnel national.

¹¹⁹⁷ V. déjà les exemples cités plus haut d'intervention de la Commission dans certaines affaires où étaient en cause des dispositions constitutionnelles étatiques. En guise d'illustration supplémentaire de sa fonction conciliatrice, il est à noter que l'article 259 TFUE lui assigne un rôle fondamental en amont d'éventuels recours d'État contre État.

¹¹⁹⁸ Voir par exemple RICOEUR P., *Parcours de la reconnaissance*, Stock, 2004, p. 109.

Une telle évolution, portant atteinte aux fondements même du droit de l'Union, serait probablement funeste. Pour autant, celui-ci ne peut guère développer sa propre définition de l'identité de l'État membre. Le caractère politiquement sensible de cette question interdit une approche trop absolue du principe d'autonomie du droit de l'Union. La CJUE se trouve ainsi dans l'obligation morale et politique – sinon juridique – de définir le cadre de l'identité constitutionnelle en tenant le plus grand compte de l'interprétation retenue par les juridictions nationales. D'un côté, le droit de l'Union ne peut accepter sans contrôle toute définition nationale de l'identité. D'un autre côté, il n'est pas en mesure de prétendre développer une notion autonome à l'image, par exemple, de celle d'« emploi dans l'administration publique »¹¹⁹⁹. C'est donc un délicat travail d'équilibriste qui doit être opéré par les juges de Luxembourg s'ils souhaitent éviter une confrontation ouverte avec les États membres. L'identité constitutionnelle de l'État membre ne peut être qu'une notion-limite, au mieux conjointement définie par les juges nationaux et le juge communautaire à l'occasion d'un dialogue plus ou moins institutionnalisé.

Il est essentiel que, de manière générale, s'instaure un tel dialogue entre les autorités de l'État qui chercheront à échapper à leurs obligations communautaires et les autorités de l'Union qui chercheront à encadrer l'exception tirée de l'identité. Si l'exécutif national sera au premier plan dans les recours en annulation, ce sont les juges qui seront le plus souvent aux avant-postes et sur lesquels nous souhaiterions donc nous arrêter.

En cas de « conflit constitutionnel », il a pu être suggéré de mettre en place un « Conseil constitutionnel européen¹²⁰⁰ » conçu à l'image d'un tribunal des conflits. Une telle juridiction pourrait être composée à parité de juges de la CJUE et de juges appartenant aux cours constitutionnelles nationales¹²⁰¹. En représentant à la fois les intérêts nationaux et l'intérêt communautaire, elle serait censée faire preuve d'une plus grande impartialité, permettant ainsi la résolution des conflits les plus épineux sur le mode de la conciliation. Si une telle solution peut apparaître très séduisante, elle n'emporte cependant pas notre conviction. En premier lieu, la présence de juges constitutionnels internes en son sein n'est pas nécessairement un gage d'efficacité et de légitimité. En effet, si ces juges relèvent eux-

¹¹⁹⁹ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* 3881.

¹²⁰⁰ V. WEILER J.H.H., « To be a European Citizen – Eros and civilization » (1997) 4 *Journal of European Public Policy* 4, p. 495, sp. 516-517. Notons que l'auteur ne réserve à cette juridiction – présidée par le président de la Cour de justice et composée de membres des cours constitutionnelles nationales – que la résolution *ex ante* des conflits de compétences entre l'Union et les États et non celle des conflits constitutionnels *lato sensu*.

¹²⁰¹ Suggéré par MAYER F.C., « The European Constitution and the Courts », in VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.), *op. cit.*, 281, sp. 323.

mêmes d'États différents, on peut douter qu'ils réussissent à se dégager d'un esprit partisan qui les pousserait éventuellement à s'opposer à la reconnaissance de l'identité d'un État pour des raisons purement nationales. Par ailleurs, on peut se demander dans quelle mesure un membre d'une juridiction qui ne relèverait ni de l'ordre communautaire, ni de l'ordre interne en cause est légitime à se prononcer sur l'identité d'un autre État. Si, en revanche, ces juges relèvent tous de l'État concerné, il n'est pas acquis que la parité avec les membres de la CJUE ne conduise pas à la confrontation plutôt qu'au consensus. En tout état de cause, cette option ne présenterait guère de sens dans la mesure où elle se traduirait par la création d'une nouvelle superstructure nécessairement lourde et coûteuse là où il suffirait de se contenter des procédures existantes, en l'occurrence l'article 267 TFUE.

Le renvoi préjudiciel constitue ainsi selon nous le recours le mieux adapté à la spécificité de l'exception d'identité. Tout d'abord, en tant que procédure de juge à juge, il permet d'associer le juge interne et le juge communautaire et, ainsi, d'intégrer leurs points de vue respectifs¹²⁰² conformément au principe de coopération loyale¹²⁰³. Ensuite, la CJUE a déjà manifesté sa prédilection pour cet instrument en cas de conflit constitutionnel. Dans l'arrêt *Melki* relatif à la question prioritaire de constitutionnalité¹²⁰⁴, la Cour a assoupli d'un côté sa jurisprudence *Simmenthal* tout en renforçant de l'autre sa jurisprudence *Foto Frost* afin d'inciter le Conseil constitutionnel à entrer en dialogue avec elle dans l'hypothèse de directives qui s'avèreraient contraires à l'identité constitutionnelle à l'occasion du contrôle de la loi opérant leur transposition¹²⁰⁵. Si les juges constitutionnels acceptaient tous cette invitation, il leur serait alors possible de mettre en avant dans leur question l'ensemble des éléments qui prouveraient que telle ou telle règle ou principe relève de l'identité constitutionnelle de leur État. La CJUE pourrait pour sa part rendre une décision en

¹²⁰² Déjà, dans ses conclusions sur l'affaire *Marrosu et Sardino*, l'avocat général Poiares Maduro suggérait une répartition des compétences entre le juge national et la CJUE : au premier, la définition de l'identité constitutionnelle ; à la seconde, le contrôle du respect du droit communautaire et notamment du principe de proportionnalité.

¹²⁰³ A juste titre, la doctrine a insisté sur l'importance de ce principe garant d'un respect mutuel entre les juges nationaux et la CJUE. Voir VON BOGDANDY A., SCHILL S., « Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag. Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs », *ZaöRV*, 2010, p. 701, sp. 728-732.

¹²⁰⁴ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, *Rec. I-5667*.

¹²⁰⁵ Sur ce sujet, qu'il nous soit permis de renvoyer à MILLET F.-X., « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », *RDP* n° 6-2010, p. 1729. V. également SARMIENTO D., « L'affaire Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », *RTDE*, 2010, 3, p. 591.

connaissance de cause après avoir éventuellement demandé des éclaircissements supplémentaires¹²⁰⁶ à son homologue national.

Il est également possible de concevoir un tel dialogue entre le juge interne ordinaire et la Cour de Luxembourg. Certes, s'il s'agit en particulier d'un juge de première instance ou d'appel, il lui sera peut-être plus difficile – d'un point de vue technique et d'un point de vue de légitimité – de soulever une exception tirée de l'identité et la CJUE devra rendre une décision dans l'ignorance de la position des juridictions suprêmes nationales. On peut alors envisager simultanément une question préjudicielle posée au juge communautaire ainsi que le renvoi de ce qui s'apparenterait à une difficulté sérieuse au juge suprême de l'ordre en cause. Dans le cas français, on peut même imaginer une QPC posée dans le même temps au Conseil constitutionnel¹²⁰⁷.

En tout état de cause, il serait probablement opportun que tout juge interne prenne au sérieux l'identité constitutionnelle de l'État dont il relève tant celle-ci peut déployer des effets non négligeables sur les rapports entre l'Union et les États membres et l'évolution future de la construction européenne.

2) Les effets de l'identité constitutionnelle

Opposable dans le champ d'application du droit de l'Union (a), l'identité constitutionnelle se traduira probablement par une différenciation accrue (b).

¹²⁰⁶ Aux termes de l'article 104 § 5 du règlement de procédure de la Cour de justice, « la Cour peut, l'avocat général entendu, demander des éclaircissements à la juridiction nationale ».

¹²⁰⁷ Pour que la question soit jugée recevable, il faudra que le juge admette que les « règles et principes relevant de l'identité constitutionnelle de la France » font partie des « droits et libertés que la Constitution garantit » ce qui, à notre sens, est tout à fait défendable.

a) Norme de référence et principe d'interprétation dans le champ d'application du droit de l'Union

À la lecture conjointe des paragraphes 1 et 2 de l'article 4 TUE (relatifs respectivement à la compétence d'attribution de l'Union et aux principes d'égalité et de respect de l'identité nationale et des fonctions essentielles des États membres), il apparaît que l'identité constitutionnelle est opposable de manière générale à l'Union européenne, non seulement dans l'exercice de ses compétences mais plus largement dans le champ d'application de ses normes. Dès lors, elle serait à la fois une norme de référence dans l'appréciation de la validité du droit dérivé mais aussi un étalon d'interprétation.

Dans le premier cas, la garantie de l'identité constitutionnelle sera opposable au législateur communautaire dans l'exercice de l'ensemble des compétences de celui-ci sans que l'on puisse distinguer entre compétences exclusives et compétences concurrentes. Alors que le principe de subsidiarité se limite aux compétences concurrentes afin de déterminer qui en assurera l'exercice, il apparaît que le principe d'identité occupe un champ plus large. S'il ne jouera probablement pas en faveur de l'exercice d'une compétence par les États membres au risque de faire doublon avec la subsidiarité, il permettra en revanche une plus grande prise en compte de la diversité par les institutions européennes dans l'ensemble de leur action. Ceci peut être vu en contrepoint de l'impact centrifuge qu'exerce le droit de l'Union sur les compétences retenues des États membres¹²⁰⁸.

Dans le second cas, l'identité constitutionnelle sera un principe d'interprétation¹²⁰⁹ dans le large champ d'application du droit de l'Union, autrement dit face au droit dérivé, au droit originaire et aux normes internes d'application¹²¹⁰. Techniquement, ce principe se rapprocherait de l'interprétation conforme bien connue du droit de l'Union même si l'on peut supposer que l'exigence forte de conformité se limitera probablement à la simple compatibilité.

¹²⁰⁸ Pour une analyse de ces phénomènes croisés et leur conséquence sur l'appréhension du phénomène fédéral dans l'Union, v. AZOULAI L., BOUCON L., MILLET F.-X. (ed.), *Deconstructing Federalism Through Competences in the EU*, EUI Law Working Paper 2012/06.

¹²⁰⁹ Pour une telle suggestion, v. déjà DE WITTE B., «Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales», *Droits* n° 14, 1991, p. 87, sp. 95-96.

¹²¹⁰ Notons que le principe d'identité présente une réelle plus-value par rapport au principe de coopération loyale, présenté parfois comme un substitut fonctionnel. On peut en effet douter que ce dernier trouve application à l'égard du droit originaire.

b) Les hésitations entre uniformité et différenciation

S'agissant maintenant des effets attachés à l'identité constitutionnelle, la question apparaît plus délicate : tout dépendra du choix de la Cour de justice en faveur de l'uniformité ou de la différenciation. En effet, en tant que norme de référence du contrôle du droit dérivé, le principe d'identité devrait se traduire soit par l'annulation, soit par l'inapplicabilité des actes en contradiction avec lui. La première hypothèse impliquerait la disparition *erga omnes* des normes en cause de l'ordre juridique communautaire. Si une telle solution ne poserait *a priori* pas de problèmes s'agissant d'une mesure, telle une décision, adressée spécifiquement à un État membre, il n'en va pas de même pour une norme à portée générale à l'image d'un règlement ou d'une directive. En effet, il est problématique de faire purement et simplement disparaître une norme qui aurait été adoptée par une majorité d'États selon les règles en vigueur à moins que l'existence d'une telle norme ne trouve sa raison d'être dans son application à la *totalité* des États. Ceci signifierait que l'identité d'un seul État serait opposable non seulement à l'Union mais finalement à tous les États membres de manière uniforme. L'identité constitutionnelle deviendrait alors un véritable « compromis de Luxembourg juridique ».

Les arguments en faveur d'une telle approche ne manquent pas. En premier lieu, la Cour peut préférer une non-application uniforme – via l'annulation – à une application différenciée du droit de l'Union. En second lieu, elle peut faire le choix symbolique de défendre une forme de reconnaissance mutuelle par laquelle chaque État serait amené à reconnaître l'identité constitutionnelle des autres États membres en tant que coparticipants au projet européen. En dernier lieu, on peut se borner à voir dans l'annulation une simple invitation adressée au législateur communautaire de modifier le texte en tenant compte de l'identité d'un État. *De facto*, elle n'implique donc pas la disparition définitive d'une norme qui, au demeurant, ne sera annulée qu'en tant qu'elle est contraire à l'identité constitutionnelle de tel ou tel État.

Alternativement, on pourrait imaginer une sanction qui ne présenterait de conséquences que sur les rapports entre l'État excipant de son identité et l'Union, permettant ainsi une différenciation qui ne s'oppose d'ailleurs pas à l'application uniforme du droit de l'Union dans la mesure où elle est reconnue par celui-ci. L'inapplicabilité de la norme en cause à l'État invoquant son identité serait opportune mais elle est inexistante en l'état actuel

du droit positif¹²¹¹. Dans ces conditions, il n'est pas unimaginable que la Cour de justice procède à une invalidation *ratione loci* de la norme en cause. Elle devra dans tous les cas faire preuve de créativité dans la découverte de la sanction la plus adaptée.

Concrètement, on peut concevoir deux grands types d'invocabilité de l'identité constitutionnelle qui pourraient conduire à privilégier l'application de la constitution nationale par rapport au droit de l'Union : l'invocabilité – négative – de dérogation et l'invocabilité – positive – de complément. L'invocabilité de dérogation ajoute aux cas déjà prévus par les traités permettant d'échapper à l'application des libertés de circulation (exceptions d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique etc.), le principe de respect de l'identité étant appelé à être une hypothèse de dérogation à part entière. A la suite des États-Unis, de l'Allemagne ou de la Suisse, il pourrait en être ainsi des questions sensibles pour un État, notamment en matière de moralité et de religion. Pour l'heure, la jurisprudence communautaire s'est de préférence appuyée sur les motifs traditionnels de dérogation¹²¹², reconnaissant au mieux à l'identité nationale un statut de second rang¹²¹³. Au-delà de cette hypothèse, on peut imaginer qu'une disposition constitutionnelle étatique pourrait être appliquée positivement en droit de l'Union en cas de carence ou d'insuffisance de celui-ci. On pensera tout d'abord aux normes internes de transposition des directives qui doivent être libres d'intégrer les exigences constitutionnelles nationales en vertu de la marge d'appréciation dont bénéficient les États membres¹²¹⁴. Ensuite, tirant les enseignements du droit fédératif comparé, le droit de l'Union pourrait étayer son corpus de droits fondamentaux en exerçant parfois son contrôle au regard des droits tels qu'ils sont garantis par les constitutions nationales. Il semblerait habilité pour ce faire par l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux¹²¹⁵ interprété à la lumière de l'article 4 § 2 TUE. Cela conduirait le droit

¹²¹¹ La simple inapplicabilité comme sanction est prévue seulement dans le cas particulier de l'exception d'illégalité, de fait rarement soulevée (article 277 TFUE).

¹²¹² V. les arrêts *Groener*, *SPUC*, *Omega* et *Marrosu*, précités.

¹²¹³ V. la décision *Sayn-Wittgenstein*, précitée.

¹²¹⁴ Une telle possibilité fut déjà reconnue par l'arrêt *Michaniki* (point 55).

¹²¹⁵ « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union ou tous les États membres et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ». Voyant à juste titre dans cette disposition une règle d'interprétation et de reconnaissance plutôt qu'une règle de conflit, AZOULAI L., « Article II-113 », in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Tome 2, Bruylant, 2005, p. 689, sp. 694.

de l'Union à utiliser les sources externes comme sources matérielles de la légalité¹²¹⁶. Si l'on pourrait voir dans l'affaire *Omega* les signes précurseurs d'une telle évolution, la Cour ayant retenu la conception allemande du principe de dignité humaine afin de justifier une dérogation aux libertés de circulation, une telle affirmation doit cependant être relativisée. Selon la Cour,

« l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe de respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome¹²¹⁷. »

Ce considérant peut étonner. Il met en évidence que la dimension constitutionnelle nationale n'est pas pertinente sans toutefois insister sur le fait que le principe de dignité humaine est protégé au titre même du droit communautaire.

Il n'est donc pas possible en l'état de tirer des conclusions univoques quant au respect par la Cour d'un droit national essentiel. Il n'en reste pas moins qu'une telle approche serait éminemment souhaitable même s'il faut être conscient qu'elle ne se traduira peut-être pas toujours par un renforcement de la protection des droits fondamentaux. Il faut en effet garder à l'esprit que l'invocabilité de dérogation peut tout à fait mener à une protection « inférieure » dans certaines hypothèses, par exemple au regard du principe d'égalité « à la française ». Ici aussi, un optimum devra être atteint à l'issue d'une opération de conciliation entre l'effet utile du droit de l'Union, l'exigence d'un niveau élevé de protection des droits et la préservation des valeurs fondamentales de l'Union et des États¹²¹⁸. Il est à cet égard notable que l'auteur même de l'expression *droit de l'intégration* ait très tôt appelé de ses vœux la prise en considération comparative des constitutions nationales dans le but de « faire coïncider deux exigences : élaborer des solutions adaptées aux besoins de la solution communautaire et à sa logique propre, tout en évitant des conflits avec les règles constitutionnelles de tel ou tel État

¹²¹⁶ Déjà suggéré en son temps par une personne très autorisée : PESCATORE P., « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC* 1980, 2, p. 337, sp. 341 : « grâce à [la] prise en considération comparative des constitutions nationales, il est possible de faire coïncider deux exigences : élaborer des solutions adaptées aux besoins de la construction communautaire et à sa logique propre, tout en évitant des conflits avec les règles constitutionnelles de tel ou tel État membre particulier. Cette seconde exigence conduira tout naturellement la Cour à donner la préférence dans chaque cas au standard de protection le plus élevé ; à tout le moins, elle tiendra compte des sensibilités nationales particulières dans le domaine de valeurs politiques et morales considérées comme essentielles et intangibles » (souligné par nous).

¹²¹⁷ *Précité*, point 34.

¹²¹⁸ Voir MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, p. 307.

membre particulier¹²¹⁹ ». Ce faisant, il se prononçait en faveur d'une intégration différenciée dans l'Union européenne.

Une telle évolution, empreinte de respect mutuel¹²²⁰ entre les différents acteurs du droit de l'Union, n'est pas sans conséquences sur la nature de l'Union européenne et les rapports de systèmes. Le fait que l'identité constitutionnelle de l'État membre puisse être reconnue par le droit de l'Union européenne comme figurant au nombre de ses principes structurels influence la conception que l'on peut avoir du constitutionnalisme d'une part et du fédéralisme d'autre part. En effet, alors que l'Union européenne semblait, dans une perspective américaine ou française, privilégier le « moment constitutionnel » comme événement fondateur, le rejet du traité constitutionnel en 2005 ainsi que l'émergence d'un souci de respect des constitutions nationales paraît exiger un nouveau constitutionnalisme mais également un nouveau fédéralisme. Dans ces modèles, la place des États membres, en tant qu'États constitutionnels plutôt qu'États souverains, serait certainement accrue en comparaison des schémas traditionnels, souvent relativement unitaires. Ceci ne serait pas sans impact sur la théorie des rapports entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux et, plus particulièrement, sur le principe de primauté. Une conception pluraliste des rapports normatifs en Europe pourrait en effet permettre de relativiser ce principe d'inspiration moniste. Cependant, encore faut-il que le pluralisme juridique, quelque soit sa forme, en soit *effectivement* un.

¹²¹⁹ PESCATORE P., *op. cit.*, 341.

¹²²⁰ Reprenant l'expression fort bien choisie du professeur Gaudin à l'occasion d'un colloque éponyme (cf. *supra*).

Chapitre 2 : La garantie d'un certain fédéralisme dans l'Union européenne

Le fédéralisme est un concept largement indéterminé du droit public. Il fluctue entre des conceptions holistes insistant sur les communautés politiques et des conceptions libérales qui vont privilégier l'individu. Son sens varie singulièrement d'une culture à l'autre¹²²¹. L'expression même est tellement polémique en Europe que son usage en est *de facto* proscrit dans les pays peu familiers du fédéralisme tels que la France et la Grande-Bretagne¹²²². L'instrumentalisation politique du terme même est telle que le chercheur devra systématiquement se défendre de tout parti pris idéologique dans l'examen de son objet. Par suite, il est nécessaire de pratiquer le doute méthodique et de déconstruire le fédéralisme¹²²³. Suivant l'épistémologie de Jacques Derrida, nous considérons qu'il n'y a pas de relation directe entre le signifiant et le signifié ; la signification du signifiant ne dérive pas de catégories *a priori* mais est le résultat de l'expérience. Aussi, nous suggérons de partir des arrangements institutionnels en vigueur afin d'identifier de manière inductive la forme que prend le fédéralisme dans l'Union européenne. Nous postulons que le phénomène fédéral ne peut être correctement appréhendé que de manière finaliste : le fédéralisme a pour objet d'atteindre *un juste équilibre entre l'unité et la diversité*. Si nous choisissons d'ériger cette affirmation en hypothèse scientifique, c'est parce qu'il apparaît, d'une part, que le phénomène

¹²²¹ Historiquement, alors que les fédéralistes italiens étaient hamiltoniens, autrement dit en faveur d'un véritable État fédéral européen, la majorité des fédéralistes français, pétris de la pensée de Proudhon, y étaient tout autant hostiles qu'au modèle de l'État nation, se prononçant plutôt pour une Europe des régions où la culture primerait sur le politique et l'économique (v. GREILSAMMER A., *Les mouvements fédéralistes en France de 1945 à 1974*, Presses d'Europe, 1975).

¹²²² Nous pensons notamment ici aux débats qui ont animé la Convention sur l'avenir de l'Europe à propos de la question des compétences exercées sur un mode *communautaire* plutôt que *fédéral*. Notons que déjà au moment de la fondation des États-Unis, le mot était particulièrement controversé. Utilisé pour désigner les partisans d'une autorité centrale forte, il était également invoqué par les défenseurs des droits des États fédérés même si l'histoire a finalement immortalisé ces derniers sous le nom d'*anti-fédéralistes*.

¹²²³ V. notamment AZOULAI L., BOUCON L., MILLET F.-X. (ed.), *Deconstructing Federalism Through Competences*, EUI Law Working Paper 2012/06 ; également AZOULAI L. (ed.), *The EU as a Federal Order of Competences ?*, Oxford UP, à paraître début 2013.

fédéral se définit d'abord par sa finalité plutôt que par son contenu¹²²⁴ et, d'autre part, qu'il renvoie essentiellement et incontestablement à un processus de recherche de l'unité dans la diversité. Cet élément semble constituer le seul trait indubitable du fédéralisme qui demeure à l'issue de l'opération de déconstruction¹²²⁵. Ainsi que l'écrivait Pierre Pescatore dans le contexte de la Communauté européenne: « le fédéralisme est une philosophie politique et juridique qui s'adapte à tous les contextes politiques (...) lorsque deux conditions sont remplies : la recherche de l'unité combinée avec un respect authentique de l'autonomie et des intérêts légitimes des États participants¹²²⁶ ».

À partir de cette définition minimaliste, nous nous proposons ici de déterminer, dans quelle mesure le respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre constitue une garantie du fédéralisme dans l'Union européenne. Il n'est à première vue pas certain que l'identité constitutionnelle puisse assumer une telle fonction. On peut en effet douter de sa capacité à préserver *dans le même temps* une relative unité et une relative diversité. Or, s'il apparaît que cette notion renvoie en première analyse à la diversité (**Section 1**), elle présente également des ferments d'unité susceptibles de faire d'elle le garant privilégié d'un fédéralisme drapé dans les habits du constitutionnalisme (**Section 2**).

¹²²⁴ V. dans le même sens l'organisation de l'ouvrage de Daniel Elazar qui se demande d'abord *Pourquoi le fédéralisme ?* avant d'aborder la question *Qu'est-ce que le fédéralisme ?* (ELAZAR D.J., *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, 1987). L'auteur soulignait aussi non sans humour que le fédéralisme signifiait vouloir « avoir le beurre et l'argent du beurre » (*ibid.* 33).

¹²²⁵ V. NICOLAIDIS K., « Constitutionalizing the Federal Vision ? » in MENNON A., SCHAIN M. (ed.), *Comparative Federalism : The European Union and the United States in Comparative Perspective*, Oxford UP, 2006, p. 59, sp. 64 ; NICOLAIDIS K., « The Federal Vision, Levels of Governance and Legitimacy », in NICOLAIDIS K., HOWSE R. (ed.), *The Federal Vision : Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford UP, 2001, p. 1, sp. 27.

¹²²⁶ PESCATORE P., « Foreword » in SANDALOW T., STEIN E. (ed.), *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, Oxford UP, 1982. V. aussi VON BOGDANDY A., « The European Union as a supranational federation. A conceptual attempt in the light of the Treaty of Amsterdam », (2000) *Colum. J. Eur. L.* 6, p. 27.

SECTION 1 : LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE OU L'UNITÉ PERDUE

Depuis le 16^e siècle et l'apparition de l'État moderne, l'histoire européenne a été l'histoire de la division du Vieux continent. Après Bodin, Hobbes est parti de prémisses contractualistes d'inspiration libérale pour ensuite justifier la puissance de l'État identifiée comme un remède à l'état de nature. Or, ce faisant, est apparu un état de nature plus menaçant encore dans les rapports entre États. La paix de Westphalie de 1648 et le Congrès de Vienne de 1815 ont entériné cette Europe des États tandis que le « printemps des peuples » a vu le succès du modèle de l'État-nation, comme en témoigne la naissance de l'Italie et de l'Allemagne pendant la deuxième moitié du 19^e siècle. Or, la conflagration mondiale intervenue en 1914 puis en 1939 provoqua une prise de conscience : l'équilibre westphalien des puissances étant essentiellement précaire, il ne permet pas d'éviter la guerre, or la guerre est un mal et doit être déclarée hors la loi ; par suite, il faut mettre un terme à la division funeste du continent européen et recréer l'unité. C'est dans ce contexte que le droit a pu rechercher une unité depuis longtemps perdue. Largement promue dans le cadre de l'Union européenne, cette unité difficilement conquise (I) semble *a priori* de nature à être remise en cause par la reconnaissance des spécificités constitutionnelles nationales (II).

I. À LA RECHERCHE DE L'UNITÉ

À partir de l'entre-deux guerres mais surtout à l'issue de la Seconde Guerre mondiale se sont développées les théories et pratiques monistes insistant sur l'unité du droit international et des droits internes (A), le droit de l'Union européenne constituant un exemple paroxystique de cette tendance centripète (B).

A. Le monisme vu du droit international

Obéissant à des motivations diverses, la thèse de l'unité de l'ordre juridique global a été défendue par différents auteurs en réaction au traditionnel dualisme qui prévalait jusqu'alors (1). Sa portée est devenue fondamentale lorsqu'elle a été pensée en association avec l'idée de primauté du droit international sur le droit interne (2).

1) Le développement des théories et pratiques monistes face au dualisme

La figure de l'État-nation sort particulièrement affaiblie de la Première Guerre mondiale et sa légitimité elle-même est remise en cause. On dénonce alors le nationalisme facteur de guerre ainsi que la puissance absolue de l'État. Parallèlement, on assiste au renforcement du droit international dont on attend qu'il vienne limiter le pouvoir en contraignant la souveraineté des États. De même, plusieurs Constitutions de l'après-1945 en Europe vont reconnaître l'intégration immédiate des normes internationales licites en droit interne.

C'est dans ces circonstances que vont être pensés les rapports entre ordres juridiques sous l'angle de l'effectivité en droit interne d'un droit international en mutation. A l'époque, l'ordre juridique international était encore rarement étudié pour lui-même¹²²⁷. La question se résumait alors au fait de savoir comment les normes internationales, comportant par hypothèse un élément d'extranéité, trouvaient application dans les ordres internes. En effet, l'effectivité de telles normes, subordonnée au bon vouloir des États, n'était alors pas acquise et la juridicité du droit international était plus que jamais douteuse. C'est dans ce contexte que la doctrine a créé deux « idéaux-types » censés résoudre cette problématique : le monisme et le dualisme (parfois appelé pluralisme afin de tenir compte de la multiplicité des ordres juridiques¹²²⁸)¹²²⁹. Le premier renvoie à des ordres juridiques séparés, autonomes, clos sur

¹²²⁷ V. cependant SCELLE G., *Le Pacte des Nations et sa liaison avec le traité de paix*, Nabu Press, 1^{ère} éd. 1919, rééd. 2010 ; également, VERDROSS A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, 1926. Pour une lecture récente de cet ouvrage, LAGRANGE E., « Retour sur un 'classique' », *RGDIP*, 2008, p. 973.

¹²²⁸ Cf. par exemple, KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 409.

¹²²⁹ Pour une analyse de ces théories, v. notamment COMBACAU J., « Mettre de l'ordre dans les relations des ordres », in SANTULLI C., *Le statut international de l'ordre juridique étatique: étude du traitement du droit*

eux-mêmes et théoriquement parfaits. Il présuppose que le droit international a pour seuls sujets les États et que les ordres juridiques ne se chevauchent pas, étant au mieux tangents. Il implique que la norme externe ne peut trouver application qu'après avoir été transformée en instrument de droit interne selon les modalités prévues par celui-ci. Le dualisme tend ainsi à sacraliser le droit national et à adopter une conception absolue de la souveraineté de l'État puisque le droit international ne vaut qu'une fois absorbé, assimilé, digéré par les ordres internes. Pour sa part, la théorie moniste considère qu'il n'y a qu'un seul ordre juridique hiérarchisé composé de sous-ordres encore appelés « ordres juridiques partiels ». Le droit international est censé trouver, en tant que tel, application directe en droit interne sans qu'il ne doive être formellement reçu par les organes étatiques.

Nonobstant le fait que les États avaient déjà une pratique dualiste¹²³⁰, il est intéressant de constater que les théories dualistes et monistes furent élaborées de manière concomitante. Si le contexte politique et intellectuel permet de comprendre pourquoi la pensée moniste n'est apparue qu'à la suite du traumatisme de la Première Guerre mondiale, il est *a priori* plus surprenant que le dualisme n'ait pas été théorisé avant les années 1920, en l'occurrence par Triepel et Anzilotti¹²³¹. Ceci peut à notre sens être expliqué par la nationalité de ces auteurs. En effet, l'Allemagne et l'Italie étaient à l'époque des États-nations encore très jeunes, dépassant à peine cinquante ans d'âge. Il était alors presque naturel que les juristes de ces pays s'emploient à défendre une conception absolue de la souveraineté de ces États et, par suite, cherchent à limiter la pénétration du droit international en droit interne. Or, simultanément, d'autres juristes se montrèrent moins sensibles à l'affirmation unilatérale de l'État et développèrent une argumentation moniste en conformité avec l'esprit du temps, soit pour des raisons idéologiques tenant au pacifisme, soit pour des raisons logiques tenant à une certaine conception de la science du droit : dans le premier cas, on citera Georges Scelle¹²³² ; dans le second cas, nous mentionnerons Hans Kelsen¹²³³.

interne par le droit international, Pedone, 2001 ; STARKE J., « Monism and Dualism in the Theory of International Law », in PAULSON S., LITSCHESKI PAULSON B., *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, p. 537.

¹²³⁰ V. KUMM M., « How Does European Union Law Fit into the World of Public Law ? Costa, Kadi and Three Conceptions of Public Law », in NEYER J., WIENER A. (ed.), *Political Theory of the European Union*, Oxford UP, 2011, p. 111, sp. 113s.

¹²³¹ TRIEPEL H., « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1923, p. 73 ; ANZILOTTI D., *Cours de droit international*, 1928, Ed. Panthéon-Assas, 1999, p. 49.

¹²³² SCELLE G., *Précis du droit des gens*, *op. cit.*

¹²³³ KELSEN H., « Les rapports de système. Entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, p. 227 .

Scelle va proposer un monisme intégral à partir d'une conception fédérale de la société internationale d'inspiration solidariste. Partant de l'idée de l'homme situé, il considère que chaque individu fait partie de plusieurs sociétés, qu'il s'agisse de la famille, du village, de la nation ou de la « communauté œcuménique universelle ». A l'image de poupées russes ou de cercles concentriques, ces diverses sociétés s'encastrent l'une dans l'autre selon un principe d'extension territoriale en vertu duquel la société internationale, en tant qu'elle est la plus large, va englober toutes les autres et faire ainsi figure de société de sociétés¹²³⁴. L'unité ainsi révélée se présente sous une forme hiérarchique où les normes de la société la plus grande l'emportent sur celles de la société la plus petite. C'est donc dans le même mouvement que Scelle fonde à la fois l'unité d'un ordre intersocial universel et la primauté du droit international¹²³⁵.

Kelsen va lui aussi s'attacher à démontrer l'unité de l'ordre juridique. Cependant, sa démarche logique est pour sa part liée à une certaine conception du droit résultant d'une certaine conception de la science du droit : le positivisme épistémologique. En effet, le grand juriste autrichien, désireux de distinguer le droit et la morale et d'appréhender le droit de manière non idéologique, a fondé sa théorie « pure » sur la base des sciences exactes en substituant la validité à la causalité caractéristique des sciences naturelles. Il postule l'unité d'ordres juridiques hiérarchisés à partir d'une théorie dont on verra le caractère problématique pour notre propos : la théorie de la validité de la norme. Pour Kelsen, il est impossible de définir isolément une norme, qu'elle soit morale, juridique ou religieuse¹²³⁶. Une norme est celle qui appartient à un système de normes hiérarchisées également appelé ordre normatif. Elle sera juridique si elle appartient au système juridique de même qu'une norme sera considérée comme morale si elle appartient à l'ordre de la morale. Si l'on fait d'abord abstraction du droit international, la Constitution est alors la norme suprême d'un ordre juridique, prenant place au sommet de la hiérarchie des normes. Ensemble de prescriptions, elle vient régler la production et l'application du droit en aval puisqu'elle détermine le mode d'élaboration ainsi que le contenu de normes de concrétisation par hypothèse inférieures. Elle fonde donc la validité des normes inférieures qui seront considérées comme valides si elles ont été édictées conformément à une norme supérieure, soit parce qu'elles ont été créées en

¹²³⁴ C'est cette approche qui permet de comprendre la célèbre théorie de Georges Scelle du *dédoublé fonctionnel*.

¹²³⁵ Pour un exposé de la pensée de Scelle, v. THIERRY H., « The Thought of Georges Scelle » (1990) 1 *EJIL*, p. 193.

¹²³⁶ KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Léviathan, PUF, 1996, pp. 350s.

vertu d'un pouvoir conféré par cette norme, soit parce que leur contenu doit être considéré comme déduit de celui de la norme supérieure. L'ensemble des normes juridiques trouvent le fondement unique de leur validité dans cette norme suprême.

Intégrant dans sa réflexion la variable du droit international¹²³⁷, Kelsen considère que la perspective dualiste est une absurdité logique : deux normes ne peuvent avoir deux fondements de validité différents. En vertu de la structure pyramidale du droit, elles doivent nécessairement être rattachées à une même norme suprême garantissant la clôture de l'ordre juridique. Or, la question se pose de savoir laquelle, de la norme internationale ou de la norme étatique, va fonder la validité de l'ensemble de l'ordre juridique. Pour Kelsen, il s'agit de la première : en raison de l'incomplétude du droit international, celui-ci va déléguer aux États la tâche de le rendre effectif ; pour cela, il va déterminer et restreindre la sphère de validité du droit interne¹²³⁸. Par suite, l'ordre juridique est une unité comprenant différents ordres juridiques partiels et au sein de laquelle le droit international bénéficie de la *primauté quant à la validité*¹²³⁹. Dans la pensée kelsenienne, cette unité est même renforcée par la *Grundnorm*. Refusant qu'une norme – un *Sollen* – puisse résulter d'un simple fait – un *Sein* –, Kelsen a en effet dû émettre l'hypothèse de l'existence d'une norme fictive fondant la validité de l'ensemble de « l'ordre juridique universel » afin de parer le risque d'une régression à l'infini dans la recherche du fondement *ultime* de validité. Cette pensée théorique de l'unité a acquis une nouvelle dimension lorsqu'elle a été associée à la *primauté quant au rang* du droit international¹²⁴⁰.

2) Le renforcement de l'unité par la primauté du droit international

Contrairement au sens commun, les théories monistes n'impliquent pas nécessairement la primauté matérielle de l'ensemble du droit international sur l'ensemble du droit interne. Si une telle conclusion a été tirée par Georges Scelle, le flottement a toujours

¹²³⁷ V. entre autres écrits KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., pp. 389s.

¹²³⁸ *Ibid.* 398. Cette approche de la délégation nous laisse sceptique tant elle semble renverser le modèle classique du principal et de l'agent.

¹²³⁹ *Ibid.* 409s.

¹²⁴⁰ Sur la conception kelsenienne du droit international, voir LEBEN C., « Hans Kelsen and the Advancement of International Law » (1998) 9 *EJIL*, p. 287.

prévalu chez Hans Kelsen¹²⁴¹. En effet, il est impossible au terme d'une analyse purement logique de confondre primauté de validité et primauté de rang¹²⁴². On peut tout à fait imaginer que la norme suprême d'un ordre juridique du point de vue formel de la validité ne soit pas suprême du point de vue matériel de sa place dans la hiérarchie des normes. Les choses seraient relativement simples si la validité et le rang étaient toujours distingués. Or, une certaine confusion prévaut en la matière à la suite du préjugé selon lequel le monisme implique soit la primauté absolue du droit international, soit celle du droit interne selon que le fondement ultime de validité de la norme se trouve respectivement dans le droit international ou dans le droit interne. Or, non seulement on peut logiquement concevoir la séparation du rang et de la validité (*i.e.* primauté absolue du droit international et norme suprême de droit interne¹²⁴³ ou *vice versa*), mais il est également possible de penser la primauté en termes relatifs, autrement dit seulement d'une partie des normes d'un ordre juridique donné¹²⁴⁴.

Dès lors, si la doctrine majoritaire – Kelsen compris¹²⁴⁵ – a plaidé en faveur de la primauté du droit international¹²⁴⁶, c'est en vertu de motifs politiques et idéologiques¹²⁴⁷. En effet, la volonté de faire prévaloir la légalité internationale se comprend au regard d'un argument pratique et un argument moral. D'une part, en tant que droit commun assurant la coordination des ordres juridiques étatiques, il serait plutôt étrange que le droit international ne s'impose pas aux droits internes. D'autre part, les changements quantitatifs et qualitatifs que le droit international a connus après 1945 laissent entendre que celui-ci ne peut mal faire. Il est donc « opportun » que ce dernier se superpose aux droits nationaux même si la sanction de la primauté se résume à la simple inapplication de la norme interne contraire. En toute hypothèse, dans la mesure où il bénéficie de la primauté, ceci ne fait que renforcer l'unité sur

¹²⁴¹ Pour une confrontation des thèses kelsenienne et scellienne, v. LEBEN C., « Avant-propos », in KELSEN H. *Controverses sur la théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Coll. Les introuvables, Ed. Panthéon-Assas, 2005, p. 9 ; KOLB R., « Préface », *Ibid.* 33.

¹²⁴² Sur cette distinction fondamentale, bien qu'elle n'y est pas formulée en ces termes, v. COMBACAU J., *op. cit.*, II.

¹²⁴³ Il en est selon nous ainsi du droit néerlandais examiné du point de vue étatique : c'est formellement en effet en vertu de la Constitution des Pays-Bas que le droit international est *self-executing* et prime matériellement les dispositions constitutionnelles internes (voir les articles 93 et 120).

¹²⁴⁴ V. *infra* les effets de la reconnaissance de l'identité constitutionnelle en matière de primauté.

¹²⁴⁵ Voir le cours général qu'il donna en 1932 à l'Académie de La Haye (*RCADI*, vol. 42, 1932-IV, pp. 182s.). Notons qu'il revint cependant à sa neutralité initiale dans son second cours général de 1953 (*RCADI*, vol. 84, 1953-III, pp. 182s.).

¹²⁴⁶ Les tenants du monisme avec primauté du droit interne sont marginaux. Pour un exemple, v. DECENCIERE-FERRANDIERE A., « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'État », *RGDIP*, 1933, p. 45.

¹²⁴⁷ Sur l'internationalisme et le pacifisme de Kelsen, v. ZOLO D., « Hans Kelsen : International Peace Through International Law » (1998) 9 *EJIL*, p. 306.

le plan matériel dans l'esprit de la théorie de Georges Scelle qui s'avère particulièrement adaptée pour comprendre le monisme du point de vue du droit de l'Union européenne.

B. Le monisme vu du droit de l'Union européenne

Comme nous l'avons déjà évoqué plusieurs fois, l'« intégration » européenne est un projet au service de l'unité, ainsi qu'en témoignent notamment la question de la primauté (1) et celle de la répartition des compétences (2).

1) La primauté matérielle absolue du droit de l'Union

Abstraction faite de sa production normative propre, le droit international classique n'aspire pas en soi à bénéficier d'une primauté formelle de validité qui lui permettrait d'exiger la disparition des normes internes contraires. Il se satisfait d'une primauté matérielle de rang du moment où celle-ci est absolue, autrement dit qu'elle emporte l'application prioritaire de l'ensemble de ses normes au détriment éventuel des normes étatiques. Il ne se soucie donc guère de la manière par laquelle les États assurent son exécution pour autant que celle-ci soit correctement assurée¹²⁴⁸. S'agissant du droit de l'Union, la même idée, exprimée par l'exigence de l'effet utile, se traduit par la revendication d'une primauté de rang absolue¹²⁴⁹.

Tout d'abord, les juges de Luxembourg ont rapidement posé le principe de la primauté *absolue* du droit communautaire, « exigence existentielle » de celui-ci¹²⁵⁰. Suppléant au mutisme des traités originaires, la CJCE a défini le cadre des relations entre droit communautaire et droit des États membres afin d'assurer l'autonomie et la pérennité d'un ordre juridique nouveau vis-à-vis du droit international public et des droits nationaux. Elle

¹²⁴⁸ V. COMBACAU J., *op. cit.*, V.

¹²⁴⁹ Montrant la continuité – mais aussi la spécificité – de la primauté du droit communautaire par rapport à la primauté du droit international, v. DE WITTE B., « Retour à « Costa ». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE* 1984, p. 425.

¹²⁵⁰ PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes*, PU Liège, 1975, rééd. Bruylant, 2006, p. 227.

établit très tôt, dans le célèbre arrêt *Costa c/ ENEL*, la primauté absolue du droit communautaire originaire en cas de conflit avec le droit national¹²⁵¹. Il en résulte que la primauté vaut pour l'ensemble du droit de l'Union et s'impose à l'égard de tout le droit national¹²⁵². Ainsi, non seulement les règlements¹²⁵³ mais également les directives ne peuvent se voir opposer par les autorités nationales des dispositions non conformes à des obligations européennes inconditionnelles et suffisamment précises¹²⁵⁴. Ceci vaut également lorsqu'une disposition constitutionnelle est en cause. La CJCE a en effet d'abord refusé d'accorder un sursis à statuer dans l'attente d'un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne, ce sursis s'imposant, selon le requérant, à tous les juges exerçant des pouvoirs juridictionnels sur les citoyens italiens¹²⁵⁵. Elle a ensuite écarté la possibilité d'opposer au droit communautaire les droits fondamentaux garantis par une Constitution nationale dans le célèbre arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*¹²⁵⁶.

Ensuite, en tant que conséquence de la doctrine de l'effet utile, la primauté du droit de l'Union se décline en termes de *rang* et non de validité¹²⁵⁷. En effet, l'Union européenne est tout entière tendue vers « l'effet utile » de ses normes. En d'autres termes, elle en recherche l'application intégrale afin de leur permettre de développer tous leurs effets. C'est sur le fondement de cette exigence que la Cour de justice a dégagé les doctrines de la primauté, de l'effet direct et de l'application immédiate du droit de l'Union¹²⁵⁸. Il est ainsi possible d'en conclure que la primauté du droit de l'Union ne constitue pas une fin en soi mais seulement

¹²⁵¹ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141 : « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ».

¹²⁵² Cette radicalité de la primauté a pu être affirmée en des termes forts : « la primauté ne peut qu'être absolue ou ne pas être » (GAUDIN H., « Primauté absolue ou relative ? », in GAUDIN H. (dir.), *Droit communautaire, droit constitutionnel. Vers un respect réciproque mutuel*, Economica, 2001, p. 97).

¹²⁵³ CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43/71, *Rec.*, p. 1039.

¹²⁵⁴ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Markt Steffen*, aff. 158/80, *Rec.*, p. 1805.

¹²⁵⁵ CJCE, ord. du 22 juin 1965, *Acciaierie San Michele/H.A. CECA*, aff. 9/65 et 58/65, *Rec.* 1967, p. 35.

¹²⁵⁶ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125 : « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État ». Voir également CJCE, 6 mai 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 102/79, *Rec.* p. 1473 : un État membre défendeur « ne saurait exciper de difficultés internes ou des dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires ».

¹²⁵⁷ Opérant implicitement cette distinction en refusant de raisonner en termes de hiérarchie des actes et de rapports de validité entre le droit communautaire et le droit interne, v. ALLAND D., « A la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits* n° 45, 2007, p. 109, sp. 117s.

¹²⁵⁸ V. PESCATORE P., « Monisme, dualisme et « effet utile » dans la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté européenne », in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez-Iglesias*, BVW, 2003, p. 329.

un instrument destiné à garantir l'application des normes communautaires¹²⁵⁹. Ceci permet de comprendre pourquoi le droit de l'Union n'aspire en théorie qu'à la priorité d'application de ses règles et principes. De fait, la primauté se décline encore aujourd'hui seulement sous cette forme et non en une possibilité d'annulation. De manière topique, le système juridique de l'Union européenne prévoit seulement un renvoi préjudiciel qui tente de pallier, sur un mode coopératif, l'absence d'annulation centralisée d'un acte étatique. La primauté au sens de l'Union européenne n'entraîne donc pas la remise en cause brutale et définitive du droit interne tel que le permettrait l'existence d'un rapport hiérarchique de validité entre l'une et l'autre. Ce faisant, les normes nationales peuvent continuer à s'appliquer aux situations qui ne sont pas – ou plus – régies par le droit communautaire.

Enfin, il apparaît que le droit de l'Union est pragmatique en ce sens qu'il peut s'accommoder du dualisme ou du monisme avec primauté de validité du droit interne du moment où sa primauté matérielle est garantie¹²⁶⁰. Certes, l'unité de type kelsenien n'est alors pas assurée puisque les juridictions constitutionnelles étatiques se trouvent alors autorisées à persister dans l'affirmation unilatérale de la suprématie de constitutions nationales sources du droit communautaire¹²⁶¹. Cependant, du point de vue du droit de l'Union, la « simple » primauté matérielle constitue déjà une garantie forte de l'unité et de l'efficacité du droit de l'Union. Cette unité va transparaître également dans l'existence d'une répartition des compétences peu effective.

¹²⁵⁹ Décivant comme des exigences de la primauté ce que nous voyons plutôt comme des exigences de l'effet utile, v. SIMON D., « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 481.

¹²⁶⁰ Intégrant les pratiques dualistes des juges constitutionnels internes, le professeur Alland en conclut à juste titre que « la « primauté du droit communautaire » désigne une interprétation du droit interne visant à assurer l'effectivité de l'interprétation des règles substantielles d'origine communautaire » (ALLAND D., *op. cit.*, 125).

¹²⁶¹ V. DORD O., « Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », in GAUDIN H. (dir.), *op. cit.*, 125. Comme on l'a vu plus haut, la pratique des cours constitutionnelles européennes est essentiellement dualiste et repose sur la distinction entre rang et validité. V. ainsi de manière topique la distinction entre suprématie (de validité) et primauté (de rang) opérée par le tribunal constitutionnel espagnol (déclaration DTC 1/2004 du 13 décembre 2004 relative au traité constitutionnel) ainsi que celle entre *Wirkungsvorrang* (primauté de validité) et *Anwendungsvorrang* (primauté d'application) sur laquelle s'appuie la Cour constitutionnelle fédérale allemande. La logique – identique dans les deux cas – repose en fin de compte sur la distinction du rang et de la validité. Si cette dernière fut implicitement utilisée par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence *IVG* (décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *Rec.* p. 19), celui-ci se refusa cependant à sanctionner la primauté de rang du droit international résultant de l'article 55 C. Sur la décision espagnole, voir notamment BURGORGUE-LARSEN L., « La déclaration du 13 décembre 2004 : un Solange II à l'espagnole », *CCC* n° 18, 2005, p. 205, sp. 210.

2) Une répartition verticale des compétences peu effective

Il est d'usage de voir dans la répartition verticale des compétences une des garanties majeures du fédéralisme, notamment dans sa dimension de respect de l'autonomie et de la diversité¹²⁶². Or, l'Union européenne a pendant longtemps été étrangère à l'idée d'une division stricte des compétences entre l'UE et les États membres. Si elle dispose désormais de listes de compétences, il n'est pour autant pas certain que celles-ci soient effectivement sanctionnées à l'avenir¹²⁶³.

En tant que projet fonctionnaliste, l'Union a toujours semblé réticente à se doter d'un catalogue clair de compétences. Devant atteindre un certain nombre d'objectifs largement définis, les institutions européennes n'ont pas hésité à faire un usage extensif des différents instruments juridiques à leur disposition pour étendre le champ de leurs compétences ou du moins de leur intervention¹²⁶⁴.

Le paradigme semble avoir formellement changé depuis que la déclaration de Laeken a investi les chefs d'État et de gouvernement de la tâche de réfléchir à la mise en place d'une répartition claire des compétences entre le niveau national et le niveau supranational. Reprenant le contenu du traité constitutionnel, le traité de Lisbonne insiste sur le principe des compétences attribuées¹²⁶⁵ et distingue trois catégories de compétences,¹²⁶⁶ à savoir les compétences exclusives de l'Union, les compétences partagées et les compétences complémentaires. De même que pour de nombreux États fédéraux fondés sur le principe de l'attribution de compétences, les traités ne prévoient pas expressément une sphère de compétences réservées aux États membres. Bien que l'article 4 § 2 TUE énonce que 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 », cette disposition ne confère pas explicitement une compétence aux États membres. Par

¹²⁶² V. LENAERTS K., « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », (1990) 38 *Am. J. Comp. L.* 2, p. 205 ; ELAZAR D.J., *American Federalism : A View from the States*, Harper and Row Publishers, 3rd ed., 1984, p. 2.

¹²⁶³ Pour de plus amples développements, v. MILLET F.-X., « The Respect for National Constitutional Identity in the European Legal Space : An Approach to Federalism as Constitutionalism », in AZOULAI L. (ed), *The EU as a Federal Order of Competences ?*, Oxford UP, à paraître début 2013.

¹²⁶⁴ V. SCHÜTZE R. *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Studies in European Law, Oxford UP, 2009, pp. 129s.

¹²⁶⁵ Art. 4 § 1 TUE ; art. 5 § 1 et 2 TUE ; art. 6 TUE.

¹²⁶⁶ Art. 2 TFUE.

ailleurs, il serait erroné de parler de compétences réservées dans les domaines où « l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres¹²⁶⁷ ». En un sens, on peut comprendre le silence des traités en la matière. D'une part, ceux-ci ont pour vocation de définir les champs d'action de l'Union. Par suite, tout ce qui n'est pas régi par l'Union est *a contrario* régi par les États membres sans qu'il ne soit nécessaire d'établir une liste de compétences nationales. Une telle approche souligne que l'Union européenne reste une organisation internationale articulée autour du principe de spécialité. D'autre part, alors que la question des compétences a toujours été abordée de manière souple du fait d'une conception finaliste, consacrer explicitement l'existence d'une sphère de compétences nationales conduirait à la rigidité du système. Dès lors, on identifiera au mieux des compétences « retenues » qui restent du ressort des États membres même si le droit de l'Union pourra avoir un certain impact sur elles¹²⁶⁸. En toute hypothèse, la clarification opérée par le traité de Lisbonne doit être saluée en ce qu'elle témoigne de la volonté – au moins rhétorique – de préserver l'unité du système mais également l'autonomie des différents acteurs.

Néanmoins, on peut douter que la Cour de justice sanctionnera à l'avenir les entorses à cette nouvelle répartition des compétences pour des raisons inhérentes au fédéralisme en général et au processus d'intégration européenne en particulier¹²⁶⁹. D'une part, il apparaît que les structures fédérales développent souvent des tendances centralisatrices. Dès 1962 en Allemagne, Konrad Hesse dénonçait l'« État fédéral unitaire¹²⁷⁰ ». De même aux États-Unis, la Fédération est devenue très interventionniste à partir de l'époque du New Deal sans que cela ne pose de problème fondamental pour la Cour suprême malgré l'existence du Dixième Amendement posant le principe des compétences attribuées. En effet, en dépit d'un bref intermède lors des débuts de la présidence de Warren Burger¹²⁷¹ – présenté comme un ardent défenseur des droits des États, la Cour suprême se refusa finalement à délimiter *a priori* un

¹²⁶⁷ Art. 2 § 5 et art. 6 TFUE.

¹²⁶⁸ V. BOUCON L., « Deconstructing Federalism Through Retained Powers of States : The European Court of Justice Middle Ground Approach Analysed in the Light of the American Federal Experience », in AZOULAI L., BOUCON L., MILLET F.-X. (ed.), *Deconstructing Federalism Through Competences in the EU*, EUI Law Working Paper 2012/06, p. 23.

¹²⁶⁹ Pour un exposé plus complet de ces raisons, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à notre contribution précitée (in AZOULAI L. (ed.), *op. cit.*).

¹²⁷⁰ HESSE K., *Der unitarische Bundesstaat*, C.F. Müller, 1962.

¹²⁷¹ *National League of Cities v. Usery* 426 US 833 (1976) ; *Hodel v. Virginia Surface Mining* 452 US 264 (1981).

« sanctuaire de l'autonomie étatique » jugeant, à la suite d'Herbert Wechsler¹²⁷², que le fédéralisme était mieux préservé à travers la participation des États au processus législatif fédéral¹²⁷³. Une telle position est d'autant plus surprenante que les États-Unis ont longtemps fonctionné selon les lignes d'un fédéralisme « dual » dans lequel parler de « droits des États » avait un véritable sens. Si la Cour suprême démontre encore son respect pour les États fédérés en assurant leur immunité souveraine et en sanctionnant la « règle de non-commandement¹²⁷⁴ », il est remarquable qu'elle le fasse non pas au nom du Dixième Amendement et de la souveraineté des États fédérés mais sur la base des limites à l'utilisation de la Clause de Commerce par le Congrès américain. Ce changement de base juridique est tout à fait instructif en ce qu'il semble souligner que la préservation des États fédérés passe désormais par d'autres canaux que celui, traditionnel, de la répartition verticale des compétences. D'autre part, il n'est pas certain que cette dernière soit sanctionnée à l'échelle de l'Union européenne du fait d'un phénomène d'inertie : il n'est pas chose aisée de mettre en œuvre ce qui ne l'a jamais – ou peu – été. D'abord, la Cour de justice n'a invalidé qu'à une seule occasion, dans l'affaire des tabacs, un acte de droit dérivé de l'Union pour méconnaissance de la répartition des compétences¹²⁷⁵. En un sens, ceci n'est guère surprenant compte tenu de l'articulation de l'Union autour d'objectifs plutôt que de compétences. Au surplus, à la différence de l'Allemagne¹²⁷⁶ ou de la Suisse¹²⁷⁷, aucune disposition des traités n'investit la Cour de Luxembourg de la tâche de garantir la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Ensuite, l'Union a été largement étrangère au fédéralisme « dual » en raison d'un *telos* intégrationniste essentiellement centralisateur¹²⁷⁸ tendant à

¹²⁷² V. le célèbre article : WECHSLER H., « The Political Safeguards of Federalism : The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government » (1954) *Colum. L.Rev.*, p. 543.

¹²⁷³ *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* 469 US 528 (1985). Sur cette importante décision, voir ZOLLER E., *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2000, p. 1041 ; RAPACZINSKI A., « From Sovereignty to Process : The Jurisprudence of Federalism after *Garcia* » (1985) *Sup. Ct. Rev.*, p. 341.

¹²⁷⁴ A la différence de l'Union européenne, il n'est pas possible aux États-Unis d'engager la responsabilité des États (immunité souveraine), ni d'exiger de ceux-ci qu'ils exécutent les normes fédérales, cette tâche n'appartenant qu'aux autorités fédérales (*Anticommandeering rule*).

¹²⁷⁵ CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, C-376/98, *Rec.* I-8419. Voir LENAERTS K., « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 421.

¹²⁷⁶ Art. 93 I 4 Loi fondamentale allemande.

¹²⁷⁷ Art. 189 Constitution suisse.

¹²⁷⁸ D'après un important néofonctionnaliste, l'intégration est « le processus par lequel les différents acteurs politiques nationaux sont persuadés de modifier leurs loyautés, attentes et activités politiques au profit d'un nouveau centre » (HAAS E., *The Uniting of Europe : Political, Social and Economic Forces 1950-57*, Stanford UP, 1958, p. 16). Dans le même sens, v. également VON BOGDANDY A., « Constitutional Principles », in VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Modern Studies in European Law, Hart Publishing, 2005, p. 3.

justifier les transferts successifs de compétences – définitifs selon l'arrêt *Costa c/ Enel* – des États membres à l'Union. Il ne serait ici guère utile de présenter en détail les multiples techniques qui ont permis à l'Union d'acquérir de nouvelles compétences et d'étendre le champ d'application du droit de l'Union au-delà de son champ de compétences. Cette expansion a pu sembler tellement illimitée qu'elle conduisit une autorité en matière de droit de l'Union à affirmer dès 1990 : « il n'y a simplement aucun noyau de souveraineté que l'État membre peut invoquer en tant que tel à l'encontre de la Communauté¹²⁷⁹. » A la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, peut-être devra-t-on à l'avenir nuancer cette opinion¹²⁸⁰. En l'état actuel de la jurisprudence, il apparaît cependant que la répartition verticale des compétences ne constitue pas une garantie satisfaisante de l'autonomie des États membres. Or, le respect de l'identité nationale pourrait réussir là où les compétences semblent échouer.

II. LA RELATIVISATION DE L'UNITÉ

Dans le contexte de l'Union européenne, si la répartition des compétences n'est pas apte à préserver le fédéralisme, on peut se demander s'il existe des garanties alternatives. A première vue, le projet européen semble tellement tendu vers l'unité que l'on pourrait douter de trouver des substituts adéquats. Certes, la participation des États membres dans le processus de décision de l'Union Européenne constitue assurément une garantie du fédéralisme. Cependant, son organisation et son fonctionnement ne permettent que difficilement de protéger la diversité dans l'Union. A l'inverse, il apparaît que le respect de « l'identité » constitutionnelle de l'État membre est à même d'atteindre un tel objectif même si l'on pourrait légitimement craindre que la diversité qu'elle traduit ne détricote une unité dont l'actualité quotidienne révèle la fragilité. Si de telles craintes sont largement infondées¹²⁸¹, il ressort en toute hypothèse que la prise en compte de considérations identitaires est susceptible de modifier structurellement l'Union européenne dans son droit

¹²⁷⁹ LENAERTS K., « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *op. cit.*, 220. Il est ici intéressant de mettre cette formule en parallèle avec celle utilisée par la Cour suprême dans la décision *Garcia*.

¹²⁸⁰ Précisons ici que le renforcement du principe de subsidiarité sous l'empire du traité de Lisbonne ne doit pas faire illusion. Loin d'être un outil permettant aux États membres d'acquérir des compétences, il s'agit avant tout d'un instrument souple réglemant *l'exercice des compétences de l'Union* en vue d'une plus grande efficacité de l'action publique.

¹²⁸¹ V. *infra*, Section 2.

(A) et dans sa nature et son esprit (B) : en introduisant un certain type de diversité, l'identité constitutionnelle conduit à une application non uniforme du droit de l'Union.

A. La diversité dans le droit de l'Union

Traduction concrète du respect de la diversité inhérente au fédéralisme (1), l'identité constitutionnelle semble remettre en cause les principes de primauté et d'uniformité du droit de l'Union (2).

1) *Identité et différenciation*

Comme nous avons déjà pu l'observer, les structures fédérales sont des structures mixtes présentant à la fois des caractères internationaux et des caractères nationaux. Les premiers vont être assortis de garanties destinées à protéger les États membres. Dans la mesure où la *répartition* des compétences ne constitue pas une telle garantie dans l'Union, on peut imaginer trouver des substituts dans le cadre de l'*exercice* des compétences. S'agissant de la dimension de la diversité, plusieurs « éléments inhérents d'internationalité¹²⁸² » dans l'exercice des pouvoirs pourront ainsi être identifiés. Dans l'Union européenne, on pensera notamment aux principes de subsidiarité, de proportionnalité¹²⁸³ et de respect de l'identité. Si l'ensemble de ces principes ont en commun le fait de régir l'*exercice* des compétences de l'Union, le troisième semble le plus à même de garantir *effectivement* la diversité.

¹²⁸² Selon l'expression du professeur Zoller (ZOLLER E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », in *RCADI*, Tome 294 (2002), p. 39, sp. 122). Il est intéressant de constater qu'aux États-Unis « chaque extension de l'étendue des pouvoirs du gouvernement fédéral a été équilibrée par la Cour suprême par l'introduction d'une technique juridique de nature internationale, un peu comme si, chaque fois que le grand corps fédéral se gorgeait d'éléments internes en complétant les pouvoirs initialement limités du Congrès, la Cour s'employait à en neutraliser les effets en bloquant l'évolution de l'Union vers plus de complétude et en maintenant ses éléments inhérents d'internationalité ». Dans la présente perspective, une reconnaissance pleine et entière de l'identité constitutionnelle de l'État membre autoriserait à tirer une telle conclusion pour l'Union européenne.

¹²⁸³ On pense ici au principe de proportionnalité tel qu'il est associé au principe de subsidiarité. Cependant, comme nous l'avons vu plus haut, le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour de justice dans l'examen des restrictions aux libertés du marché intérieur s'avère également une garantie fondamentale de la diversité.

Malgré les améliorations apportées par le traité de Lisbonne, le contrôle de la subsidiarité associé à la proportionnalité soulève des interrogations quant à son efficacité. En premier lieu, son champ est limité aux compétences partagées. Par conséquent, il ne devrait pas en théorie avoir un impact sur les compétences exclusives de l'Union ni, *a fortiori*, sur le champ d'application du droit de l'Union. En second lieu, avant que la décision ne soit prise d'écarter une proposition d'acte législatif pour violation de la subsidiarité, plusieurs obstacles doivent être franchis : un tiers des Parlements nationaux doivent attirer l'attention des institutions européennes sur la supposée violation, puis il appartient à la Commission de décider souverainement de retirer, d'amender ou de maintenir le texte¹²⁸⁴. En dernier lieu, l'esprit de la subsidiarité semble plus avoir affaire avec l'efficacité économique, le choix rationnel et, dans une certaine mesure, la légitimité démocratique qu'avec le respect des spécificités nationales. Celui-ci n'exige d'ailleurs pas nécessairement l'exercice d'une compétence par les États membres tandis que la subsidiarité a essentiellement cet effet. De plus, il faut noter qu'un trait *spécifique* à un État ne peut *de facto* pas être pris en compte de manière effective par un mécanisme qui exige l'action convergente d'une minorité qualifiée de Parlements nationaux.

Dans ce contexte, le principe de respect de l'identité semble de nature à mieux assurer le respect de la diversité en tant qu'il est lui-même vecteur de différenciation. Rappelons en effet qu'il bénéficie non seulement d'un large champ d'action, mais qu'il peut être soulevé en tant que garantie politique à différents stades du processus de décision. Par ailleurs, lu à la lumière de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux, il est appelé à conduire à une protection différenciée des droits à travers un enrichissement du référentiel de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux associé à un dialogue accru entre la CJUE et les juges nationaux¹²⁸⁵. Le droit de l'Union pourrait en effet étayer son corpus de droits fondamentaux en exerçant parfois son contrôle au regard des droits tels qu'ils sont garantis par les constitutions nationales. Il semblerait habilité pour ce faire par l'article 53 de la Charte. Cela conduirait le droit de l'Union à utiliser les sources externes comme sources matérielles de la légalité¹²⁸⁶.

¹²⁸⁴ V. protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (annexé au traité de Lisbonne).

¹²⁸⁵ V. MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, p. 307.

¹²⁸⁶ V. à ce sujet les ambiguïtés de la jurisprudence *Omega* (cf. *supra* pp. 292-294). D'un côté, la Cour semble avoir retenu la conception allemande du principe de dignité humaine afin de justifier une dérogation aux libertés

2) Différenciation, primauté et uniformité

En assurant le respect de l'identité constitutionnelle, l'Union européenne semble *a priori* revenir sur une certaine conception de la primauté et de l'uniformité d'application du droit de l'Union¹²⁸⁷. Dans la mesure où la jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* considère irrecevable en droit de l'Union l'invocation d'atteintes portées aux structures constitutionnelles nationales ainsi qu'aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis, sanctionner l'article 53 de la Charte à la lumière de l'article 4 § 2 TUE conduirait à reconnaître les droits fondamentaux tels qu'ils résultent des constitutions nationales. Par ailleurs, ceci aurait également pour effet de remettre en cause l'uniformité d'application du droit de l'Union. Cependant, il est ici déterminant de distinguer le plan formel du plan matériel. Matériellement, la primauté et l'uniformité ne sont plus absolues. Formellement, on verra qu'elles sont intactes dans la mesure où l'on peut justifier ces évolutions sur la base même du droit de l'Union, les dispositions précitées constituant autant de normes d'habilitation du point de vue même de ce droit. Par suite, l'identité constitutionnelle ne signifiera pas nécessairement ni le renforcement du dualisme dans les rapports entre ordres juridiques, ni le retour de la souveraineté dans la pensée politique de l'Union.

B. La diversité dans la philosophie politique de l'Union

Pendant longtemps, la pensée fédérale n'a connu que la traditionnelle distinction entre la Confédération et l'État fédéral. Tandis que la première constitue une association de droit international créée par voie conventionnelle dans laquelle chaque État demeure souverain, le second est une institution de droit interne comprenant différents niveaux de pouvoirs, organisée de manière hiérarchique et coiffée par une Constitution. S'appuyant largement sur la souveraineté dans sa conception classique, une telle dichotomie semblait ne pas rendre

de circulation. D'un autre côté, elle insista sur le fait que la dimension constitutionnelle nationale n'était pas pertinente sans toutefois souligner que le principe de dignité humaine est protégé au titre même du droit communautaire.

¹²⁸⁷ Sur l'uniformité d'application, v. FINES F., « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, p. 333. L'auteur souligne une possible conciliation entre l'existence de dérogations accordées à un État et l'uniformité d'application du droit communautaire en ce que cette dernière impose une interprétation stricte des premières (*ibid.* 339).

compte de l'ensemble du phénomène fédéral, notamment de l'existence d'un entre-deux, de structures mixtes comprenant à la fois des éléments de droit international et des éléments de droit interne. Si, à la fin du 18^e siècle, James Madison, un des Pères fondateurs des États-Unis, s'était déjà efforcé de penser ces derniers dans leur hybridité en les décrivant comme une « République composée » (*compound republic*)¹²⁸⁸, peu d'auteurs s'étaient par la suite penchés sur ce thème à titre principal.

C'est dans le contexte de la problématique européenne que plusieurs théories récentes se sont efforcées de penser en général le pluralisme et le fédéralisme et, en particulier, la place des États membres. L'impossibilité de faire entrer l'Union européenne dans les catégories préexistantes constitue un terrain favorable à l'émergence de nouvelles approches conceptuelles. Ces dernières adoptent des perspectives différentes. On peut distinguer les théories cosmopolitiques des théories institutionnelles ou encore des théories juridictionnelles. Alors que certains auteurs ont construit une théorie politique de la Fédération comme institution à partir d'expériences historiques concrètes et sur fond théorique schmittien¹²⁸⁹, d'autres ont préféré s'attacher à la dimension constitutionnelle¹²⁹⁰ et à la figure du juge¹²⁹¹ ou encore à la dimension culturelle à la suite de réflexions postnationales d'inspiration kantienne¹²⁹². Cependant, toutes ces théories ont en commun d'intégrer à leur manière les entités fédérées dans une construction d'ensemble, chacune mettant l'accent sur des dimensions différentes, qui l'État en tant que tel, qui sa Constitution, qui encore l'individu.

Nous souhaitons ici examiner dans quelle mesure l'identité constitutionnelle s'insère dans ces théories en fonction de ses caractéristiques théoriques et pratiques propres : relativisant la souveraineté et le politique (1), elle semble défendre une conception située de *l'Homo europeanus* (2).

¹²⁸⁸ V. *Le Fédéraliste* n° 39.

¹²⁸⁹ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Léviathan, PUF, 2007 ; SCHÖNBERGER C., « Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat Schemas », (2004) *AÖV* 129, p. 81 ; SCHÖNBERGER C., *Unionsbürger : Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, 2005.

¹²⁹⁰ V. *infra* la théorie du *Verfassungsverbund* d'Ingolf Pernice (pp. 424s.).

¹²⁹¹ V. *infra* (section 2) les théories du pluralisme constitutionnel promues notamment par des auteurs étroitement liés à l'Institut Universitaire Européen de Florence, tels que Miguel Poiaras Maduro, Mattias Kumm ainsi que Neil Walker.

¹²⁹² FERRY J.-M., *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000 ; du même auteur, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Ed. du Cerf, 2005.

1) Une distanciation vis-à-vis de la souveraineté et du politique

Dans la mesure où elle ne se confond pas avec le concept de souveraineté, l'identité constitutionnelle ne s'inscrit qu'imparfaitement dans une théorie de la Fédération qui insiste sur le droit des États membres à l'existence politique.

En premier lieu, nous avons pu constater que l'identité constitutionnelle se distingue de la souveraineté en termes conceptuels mais également en termes pratiques dans le contexte spécifique de l'Union européenne¹²⁹³. D'abord, la première est un concept postmoderne renvoyant à la problématique actuelle de la reconnaissance, en l'occurrence celle des spécificités juridiques nationales alors que la seconde, prise dans son sens classique, se réfère à la puissance de l'État en tant que forme moderne du politique ainsi qu'à l'idée d'une sphère intangible de compétences réservées dans laquelle ce même État a le dernier mot. Ensuite, nous avons vu que l'identité constitutionnelle constituait un principe régissant l'exercice des compétences de l'Union et non la répartition de celles-ci entre l'Union et les États membres. Enfin, l'Union européenne n'existe que pour autant que la souveraineté ne participe pas de sa définition. Ceci n'est pas seulement une conséquence de l'incompatibilité institutionnelle entre un concept renvoyant à l'indivisibilité et une structure de nature fédérative. Il s'agit aussi d'une incompatibilité de fond – voire d'humeur – entre un concept absolutiste justifiant la concentration du pouvoir et une structure visant essentiellement la limitation de celui-ci. Cet antagonisme a été décrit à juste titre comme le « paradoxe du constitutionnalisme¹²⁹⁴ » : d'un côté, le pouvoir constituant, en tant qu'il est souverain, dispose du pouvoir sans bornes et inégalé de créer *ex nihilo* n'importe quelle règle de droit ; d'un autre côté, à travers l'adoption d'une Constitution, il décide librement de se soumettre au droit et de limiter le pouvoir¹²⁹⁵. Or, dans l'Union européenne, nous défendons l'idée qu'un pouvoir constituant de ce type n'existe pas¹²⁹⁶ : d'une part, l'Europe n'a pas de Constitution formelle mais est régie par des traités dont les États membres sont les maîtres ; d'autre part et quand bien même elle en disposerait d'une, le pouvoir constituant ne peut être défini d'après nous selon les canons

¹²⁹³ V. *supra* pour de plus amples développements (pp. 232s.).

¹²⁹⁴ V. LOUGHLIN M., WALKER N. (ed.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford UP, 2007.

¹²⁹⁵ Ce paradoxe nous rappelle celui du droit administratif dont on a pu dire que la simple existence relevait du miracle (cf. WEIL P., POUYAUD D., *Le droit administratif*, Que sais-je ?, PUF, 21^e ed., 2006, p. 3). Plus largement, il semble que l'on pourrait parler du paradoxe du droit public.

¹²⁹⁶ Sur cette question, v. MARTI G., *Le pouvoir constituant européen*, th. dactyl. Nancy II, 2008.

classiques, en l'absence de peuple européen et de moment proprement révolutionnaire. Plus précisément et quitte à empiéter déjà sur les développements à venir, l'aspiration constitutionnaliste de l'Union européenne s'oppose à la définition de celle-ci dans les termes traditionnels de la souveraineté et du pouvoir constituant¹²⁹⁷. Aussi, l'Union n'est familière qu'avec la seule branche du constitutionnalisme renvoyant à la limitation du pouvoir comme garantie de la paix, de la prospérité et du respect des droits subjectifs des individus. Or, nous verrons que l'identité constitutionnelle s'inscrit justement dans ce schéma.

En second lieu, il apparaît que la théorie de la Fédération du professeur Beaud n'est pas nécessairement la mieux à même de rendre compte de la spécificité de l'Union compte tenu de ses ambiguïtés relativement au thème de la souveraineté. A première vue, en tant qu'elle se propose d'« oublier la souveraineté¹²⁹⁸ » afin d'appréhender son objet ainsi que la place des entités fédérées en son sein, cette théorie apparaît adaptée pour comprendre l'identité constitutionnelle ainsi que l'Union européenne. Une des citations mises en exergue¹²⁹⁹ par Olivier Beaud ainsi que son analyse de la « métamorphose de l'État monade en État membre d'une Fédération¹³⁰⁰ » laissent présager un changement de paradigme et de préoccupations, de la souveraineté de l'État solitaire à l'identité de l'État en société. Or, à l'issue d'une analyse approfondie, il est permis d'en douter en ce que la théorie de la Fédération ne semble mettre à distance la souveraineté que pour des raisons épistémologiques.

Après avoir noté dans un premier temps qu'il fallait écarter la souveraineté bodinienne pour sortir du dilemme de Calhoun¹³⁰¹ et ainsi penser la Fédération¹³⁰², le professeur Beaud ne

¹²⁹⁷ A la suite de Benjamin Constant, Carl Friedrich jugeait ainsi que « la notion de souveraineté est incompatible avec le constitutionnalisme et tous les régimes constitutionnels ont montré une tendance marquée à refuser son emploi » (FRIEDRICH C.J., *La démocratie constitutionnelle*, Bibliothèque de la Science Politique, PUF, 1958, p. 17). Ce qui vaut pour la souveraineté vaut également pour le pouvoir constituant, Friedrich préférant d'ailleurs parler de « groupe constituant ».

¹²⁹⁸ BEAUD O., *op. cit.*, 58s.

¹²⁹⁹ *Ibid.* 259 : « A federation is a permanent union of communities so distinct that they might have been sovereign states, so linked by common interest that they have surrendered absolute sovereignty, but so conscious of their distinctiveness that they made the surrender in a form which protects those separate rights » (Michael Stewart, *Modern Form of Governments : A Comparative Study*, Rinehart and Winston Inc., 1959, reprinted New York, Frederick Praeger, 1965, p. 145). Il est intéressant de voir que ces États pourraient être souverains mais que la conscience de leur spécificité les pousse à préférer, dans le cadre d'une Fédération, la protection de leurs droits, par exemple à travers la garantie de leur identité.

¹³⁰⁰ *Ibid.* 201s. ; les États « ne sont plus vraiment des États souverains » (*ibid.* 199)

¹³⁰¹ Le dilemme de Calhoun renvoie aux débats ayant eu lieu entre Fédéralistes et Antifédéralistes américains au début du 19^e siècle à propos d'un éventuel droit des États fédérés d'annuler les lois fédérales. Les termes théoriques du dilemme sont les suivants : ou bien la souveraineté – supposée une et indivisible – appartient aux États membres et les États-Unis constituent alors une Confédération ; ou bien elle appartient à l'État central et il s'agit alors d'un État unitaire décentralisé, l'État fédéral étant littéralement impensable. V. FELDMAN J.-P., *La bataille américaine du fédéralisme. John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Léviathan, PUF, 2004 ;

semble pas pour autant évacuer la souveraineté mais seulement la mettre entre parenthèses¹³⁰³. Tout d'abord, loin de s'appuyer sur Althusius ou Proudhon qui se sont efforcés de penser le fédéralisme en faisant abstraction de la souveraineté bodinienne¹³⁰⁴, Olivier Beaud préfère se référer à Pufendorf¹³⁰⁵ mais aussi à Vattel et à Kant¹³⁰⁶ dans la mesure où ceux-ci, à la différence des premiers, ont intégré l'héritage de Bodin et de Hobbes. En soi, il est possible de comprendre cette démarche inclusive en ce qu'elle embrasse le mouvement de l'histoire et des idées politiques pour appréhender notre époque contemporaine. Ce faisant, elle implique cependant une certaine intégration de la souveraineté dans la Fédération. Ensuite, on se demande comment il est possible de ne pas sacrifier l'un ou l'autre concept malgré leur antinomie. Pour Olivier Beaud, « il convient de leur assigner des champs ou des domaines d'action différents – ou, plus exactement, de les rendre à leur domaine d'élection¹³⁰⁷. » En l'occurrence, on s'interroge sur les contours de ce « domaine d'élection. » A l'issue d'un raisonnement circulaire, on peut supposer que dans le cas de la souveraineté, il s'agisse de la figure de l'État et dans le cas de la Fédération, l'absence de figure de l'État, donc l'absence de la souveraineté. Dès lors, on ne voit qu'avec difficulté comment penser ensemble la Fédération et la souveraineté sauf à considérer que la souveraineté est simplement suspendue, mise entre parenthèses dans la Fédération. Une telle approche nous semble hyperréaliste. La souveraineté serait susceptible de reprendre ses droits à tout moment à l'encontre de la « prétention à l'éternité¹³⁰⁸ » des Fédérations. Paradoxalement, la perspective du conflit serait donc omniprésente au sein d'une entité destinée à garantir la sûreté et la prospérité. Même si un tel scénario n'est pas entièrement inconcevable – y compris d'ailleurs dans l'Union européenne, il ne nous semble cependant pas nécessaire de l'inclure implicitement dans une théorie autonome de la Fédération dans la mesure où la réalisation de ce cas extrême – autrement dit d'un état d'exception du point de vue de cette même Fédération – signifierait la

ZOLLER E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », *op. cit.*, 86s.

¹³⁰² BEAUD O., *op. cit.*, 39s.

¹³⁰³ Ceci ressort clairement des premiers états de la réflexion de l'auteur de la théorie de la Fédération. V. BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, 1, p. 83, sp. 111. (« dans les rapports entre Fédération et États membres (...), la souveraineté plane dans les airs »). On retrouve la même idée, sous le nom de *Schwebezustand*, in SCHÖNBERGER C., « Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat Schemas », *op. cit.*, 102.

¹³⁰⁴ V. DEMELEMESTRE G., *Les deux souverainetés et leur destin. Le tournant Bodin-Althusius*, Ed. du Cerf, 2011.

¹³⁰⁵ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, 16-17.

¹³⁰⁶ *Ibid.* 120-123.

¹³⁰⁷ *Ibid.* 63.

¹³⁰⁸ *Ibid.* 266.

disparition de cette dernière¹³⁰⁹. Enfin et en lien avec ce qui précède, la théorie d'Olivier Beaud est une théorie politique largement inspirée de Carl Schmitt. Si le premier assume explicitement l'héritage du second,¹³¹⁰ il est frappant de constater à quel point la théorie récente de la Fédération est imprégnée de la propre théorie de Schmitt¹³¹¹. Une même insistance sur le politique est palpable. Ainsi, le professeur Beaud insiste sur le fait que la Fédération est une « institution *politique*¹³¹² » ayant une « finalité *politique*¹³¹³ » et dans laquelle les États membres « ont en commun d'être des unités *politiques* et de conserver cette identité [politique]¹³¹⁴ » grâce à un « droit à l'existence *politique*¹³¹⁵ ». Carl Schmitt écrit pour sa part que « la fédération est une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation *politique* de tous les membres de la fédération ; elle modifie le statut global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun¹³¹⁶. » Or, on peut s'interroger sur la fonction du politique dans ces théories. On sait à quel point « la notion de politique », conçue comme l'opposition de l'ami et de l'ennemi, est fondamentale dans la pensée de Schmitt. S'il n'est pas certain qu'Olivier Beaud ait repris à son compte une telle approche du politique en l'absence de définition de sa part, il est en toute hypothèse marquant de constater la prégnance du politique dans sa théorie.

Il est par suite légitime de penser que sa conception de la Fédération va reposer – intentionnellement ou à son insu – sur une conception érotisée du politique de type schmittienne dans laquelle la souveraineté n'est jamais très loin¹³¹⁷. En effet, se refusant à

¹³⁰⁹ Dès lors, un nouveau dilemme se fait jour selon nous : soit la Fédération est une institution durable et la souveraineté ne saurait contribuer à sa définition ; soit la Fédération est une institution précaire et fragile et la souveraineté en constitue alors un des éléments. L'existence formelle d'un droit de retrait dans l'Union semble accréditer la deuxième branche de l'alternative. Jugeant que le retrait, « signe tangible de la souveraineté », est admis dans la fédération, v. BLUMANN C., « L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : union de droit, union des droits*, Pedone, 2010, p. 53.

¹³¹⁰ BEAUD O., *op. cit.*, 18.

¹³¹¹ SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, PUF, 1993, chap. 29 et 30.

¹³¹² BEAUD O., *op. cit.* 259.

¹³¹³ Est ainsi évoqué « le critère de la fin politique comme moyen de distinguer la Fédération d'autres groupements d'États » (*Ibid.* 261).

¹³¹⁴ *Ibid.* 204. Olivier Beaud parle également d'« homologie politique » entre « l'État monade » avant son entrée dans la Fédération et « l'État membre » de la Fédération (*ibid.* 205)

¹³¹⁵ *Ibid.* 324.

¹³¹⁶ SCHMITT C., *op. cit.*, 512. De même plus loin, « la fédération embrasse chaque État membre dans la totalité de son existence comme unité *politique* et l'intègre tout entier à une association qui a une existence *politique* » (*ibid.* 513).

¹³¹⁷ Sur les excès d'une approche érotisée du politique condensée dans le concept de souveraineté et sur le passage d'une Europe de la souveraineté et des passions à une Europe du marché, de la raison et des intérêts, v. HALTERN U., « Europa – Verfassung – Identität », in CALLIESS C. (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen*

considérer que la souveraineté de l'État membre constituait la « fin particulariste¹³¹⁸ » de la Fédération, il vit une telle finalité dans la « conservation par les États membres de leur existence politique¹³¹⁹ » et en déduisit même un « droit à l'existence politique¹³²⁰ » de chaque État membre de la Fédération. La question se pose alors de savoir si ces termes pourraient renvoyer à l'identité constitutionnelle. A notre sens, si le langage de la conservation tend à recouper les préoccupations liées à l'identité constitutionnelle, cette dernière ne s'inscrit que très imparfaitement dans ce schéma. Certes, il est intéressant de constater la parenté entre un certain discours de l'identité qui insiste sur la permanence, sur ce qui demeure immuable malgré les contingences du temps et le discours de la conservation dans la théorie d'Olivier Beaud. Celui-ci explique en effet que « les États veulent rester eux-mêmes, c'est-à-dire demeurer des entités politiques autonomes¹³²¹. » Une telle approche est en ligne, dans l'Union européenne, avec celle qui veut que les États membres tendront à adopter une conception conservatrice de l'identité constitutionnelle même si celle-ci ne paraît pas devoir s'y résumer. Néanmoins, la parenté semble s'arrêter là dans la mesure où l'idée même de conservation de l'existence politique renvoie selon nous à la souveraineté. Ceci ressort indirectement mais néanmoins clairement de la théorie de Carl Schmitt qui relie à plusieurs reprises les deux questions¹³²². Or, l'esprit de l'Union européenne et de son droit se trouve aux antipodes d'une telle approche. Son *telos* est tendu vers un idéal libéral de paix perpétuelle par le droit et par le commerce. Il rejette l'idée maurasso-schmittienne du « Politique d'abord ». Dans ce contexte, nous en concluons que l'identité constitutionnelle ne se confond pas avec l'existence politique.

Staaten – und Verfassungsverbund, Mohr Siebeck, 2007, p. 23, sp. 52-53 ; également, du même auteur, *Europarecht und das Politische*, Mohr Siebeck, 2005.

¹³¹⁸ De manière très intéressante pour notre propos, Olivier Beaud appréhende la Fédération à l'aune de son *telos* et non de critères formels comme pour l'État (BEAUD O., *op. cit.*, 273s.). Il identifie une fin commune (la volonté de se fédérer et de former une union politique) et une fin particulariste (l'aspiration des États à demeurer identiques à eux-mêmes) : « le *telos* de la Fédération se caractérise par cet équilibre qu'il faut maintenir entre les deux fins contradictoires que sont la fin commune et la fin particulariste » (*ibid.* 281).

¹³¹⁹ *Ibid.* 321s.

¹³²⁰ *Ibid.* 324.

¹³²¹ *Ibid.* 279 : également, « vise à conserver à l'unité membre son identité, sa particularité ».

¹³²² Ainsi, « décider de [sa] propre existence, c'est justement ce que veut dire « souverain » : qu'un étranger ne décide pas de l'existence politique » (SCHMITT C., *op. cit.*, 510) ; « l'existence politique d'un État implique qu'il conserve la possibilité de décider lui-même de défendre sa propre existence » (*ibid.* 512) ; « tout peuple doué d'une existence politique tranche nécessairement lui-même et à ses propres risques les problèmes de son existence politique (...). Dans toute pluralité d'entités indépendantes ayant une existence politique, [le] conflit existentiel est toujours possible et la question de la souveraineté (c'est-à-dire de la décision existentielle ultime) reste donc toujours ouverte » (*ibid.* 519)

En dernier lieu, il en résulte que l'on ne peut parler de « droit » au respect de l'identité constitutionnelle comme la doctrine a pu en déduire un « droit » à l'existence politique dans l'Union européenne. Ainsi, nous ne partageons guère la proposition doctrinale du professeur Mouton selon lequel l'Union reconnaîtrait dans le respect de l'identité nationale un droit fondamental à l'existence, voire à « l'essence politique¹³²³ ». S'inspirant du droit cosmopolitique kantien tel qu'appliqué à l'Europe par Jean-Marc Ferry¹³²⁴, le professeur Mouton a suggéré que les États disposeraient eux-mêmes d'un certain nombre de droits fondamentaux qui seraient la transposition étendue aux peuples et aux États des valeurs correspondant traditionnellement aux différentes catégories de droits fondamentaux des individus¹³²⁵. Parmi ces droits existerait en particulier un droit au respect de l'identité nationale qui se déclinerait, sous le nom d'identité constitutionnelle, dans le droit à l'existence politique au sens de la théorie de la Fédération d'Olivier Beaud¹³²⁶. S'il a pu être souligné que l'existence même d'un tel droit serait un pis-aller en ce qu'il témoignerait en négatif de la relativisation de la souveraineté de l'État membre¹³²⁷, il ressort dans le même temps que la doctrine des droits fondamentaux des États¹³²⁸ ici invoquée renvoie à une conception classique du droit international public comme droit interétatique ainsi qu'à une conception tout aussi classique et absolue de la souveraineté de l'État¹³²⁹. En outre, le fait même de reconnaître des droits subjectifs aux États dans une Union européenne favorisant les droits subjectifs des individus serait pour le moins paradoxale. Dans ce contexte, le principe¹³³⁰ – et non le droit – de respect de l'identité constitutionnelle apparaît plus conforme à l'esprit de la construction européenne. Renvoyant à des spécificités nationales pouvant être appréhendées

¹³²³ MOUTON J.-D., « Présentation d'une proposition doctrinale », in BARBATO J.-C., MOUTON J.-D. (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2010, p. 1, sp. 14.

¹³²⁴ FERRY J.-M., *op. cit.*

¹³²⁵ MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire ? », in *Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, *op. cit.*, 463.

¹³²⁶ MOUTON J.-D., « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, *op. cit.* 145, sp. 153-154 ; MARTI G., « Droits fondamentaux des États et Fédération », in BARBATO J.-C., MOUTON J.-D. (dir.), *op. cit.*, 267.

¹³²⁷ WACHSMAN P., « Droits fondamentaux et personnes morales », in BARBATO J.-C., MOUTON J.-D. (dir.), *op. cit.*, 225, sp. 234 : « la tentation de revendiquer, au profit de l'État, des droits fondamentaux est un signe inquiétant pour ce dernier, ainsi placé dans une position de subordination que la théorie de la souveraineté était destinée à lui éviter ».

¹³²⁸ Pour un exposé de cette doctrine, voir POIRAT F., « La doctrine des droits fondamentaux de l'État », *Droits*, 1992, n° 16, p. 83 ; du même auteur, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », in BARBATO J.-C., MOUTON J.-D. (dir.), *op. cit.*, 237.

¹³²⁹ Pour une analyse critique de la transposition des droits de l'individu aux droits de l'État, v. BARBOU DES PLACES S., « Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale » in BARBATO J.-C., MOUTON J.-D., *op. cit.*, 289, sp. 318s.

¹³³⁰ V. *supra* pp. 361s.

de manière postnationale, il ne se confond pas avec la souveraineté, l'existence politique ou encore un ensemble de compétences réservées mais charrie avec lui l'idée de limitation du pouvoir et de règne du droit. Par ailleurs, s'il se traduit par le primat de l'individu sur le groupe, il n'occulte pas la dimension sociale de *l'Homo europeanus*.

2) Une polarisation sur l'homme situé

Parmi les différentes théories du fédéralisme, on peut notamment distinguer les théories holistes des théories libérales, autrement dit celles qui insistent sur les communautés politiques et celles qui soulignent plutôt la place de l'individu¹³³¹. Dans l'Union européenne, on sait à quel point ce dernier a été rapidement placé au centre d'un ordre juridique privilégiant une logique de droits subjectifs sur une logique de compétences. Or, c'est un individu abstrait qui a longtemps été mis au premier plan, ainsi qu'en témoigne l'approche européenne en termes de droits fondamentaux. En effet, c'est une conception généralement uniforme des droits fondamentaux qui prévaut traditionnellement dans la mesure où, depuis l'arrêt *Internationale Handelgesellschaft*, la Cour de Luxembourg reste hostile à l'idée d'exercer son contrôle à la lumière de droits fondamentaux spécifiques¹³³². Or, une telle approche présente une double difficulté eu égard, d'une part, à la concurrence des niveaux de protection et, d'autre part, à la définition des droits fondamentaux. D'abord, elle semble méconnaître le problème de l'interprétation différente de certains droits civils et politiques à l'échelon national et de l'existence de droits sociaux encore très liés au cadre de l'État-nation. Certes, les rapports entre ordres juridiques en Europe sont articulés autour de l'idée uniformisante de protection équivalente des droits fondamentaux. Cependant, nous avons montré ailleurs¹³³³ que cette idée est non seulement problématique en soi mais également

¹³³¹ Ainsi, alors que les théories de Carl Schmitt et d'Olivier Beaud sont principalement holistes, celles d'Althusius, de Proudhon, de Carl Friedrich ou encore d'Elisabeth Zoller sont à dominante individualiste. Cf. BEAUD O., *op. cit.*, 198 ; ZOLLER E., *op. cit.*, 149-150 : « il faut oser penser le fédéralisme (...) à la fois à partir de l'État et de ses compétences comme on le fait d'habitude, mais aussi et peut-être plus encore à partir de l'individu (...). Une fédération d'États réussie doit atteindre l'individu, mais ne pas l'atteindre trop ; elle doit lui donner suffisamment de raisons et de motifs pour développer chez lui un attachement à ce qu'elle représente, mais sans couper pour autant les liens de rattachement qui l'unissent à l'État ».

¹³³² Dans ses conclusions sur le renvoi préjudiciel dans l'affaire *Arcelor*, l'avocat général avait expressément exclu une telle éventualité qui porterait atteinte à l'application uniforme du droit communautaire et même aux traditions constitutionnelles communes (conclusions présentées le 21 mai 2008 sous CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, C-127/07, *Rec.* 9895, voir notamment le point 16).

¹³³³ MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *op. cit.*

contraire à l'esprit de l'article 53 de la Charte qui ouvre la voie à la différenciation plutôt qu'à la standardisation. Ensuite, pour des raisons liées à l'universalisme européen¹³³⁴, les droits fondamentaux tendent à n'être perçus qu'en termes de droits individuels issus de la raison, valables en tout temps et en tout lieu. Ce faisant, on ne s'intéresse alors guère aux dimensions républicaine ou communautaire des droits en tant que ceux-ci renvoient aussi à des valeurs sociétales¹³³⁵. Tout est mesuré à l'aune de l'individu abstrait sans égard ni pour l'intérêt général et les droits et devoirs liés à la société (conception républicaine¹³³⁶), ni pour l'enracinement d'un droit dans une communauté donnée (conception communautaire¹³³⁷). On oublie la nature de l'Union européenne en tant que communauté économique et communauté de communautés. On oublie la nature de l'homme inséré dans de multiples sociétés¹³³⁸, chacune contribuant à définir son identité et à qui il doit allégeance et loyauté.

Or, nous postulons que le respect de l'identité constitutionnelle révèle un fédéralisme inspiré d'Althusius où l'Union européenne n'est pas exclusivement un projet universaliste au service de l'individu abstrait mais une communauté de communautés dans laquelle l'individu situé occupe une place privilégiée¹³³⁹. Il résulte d'une telle hypothèse qu'il existerait en Europe une dualité de droits en tant que *l'Homme européen*¹³⁴⁰ est une manifestation de « l'universel concret » hegelien, de la raison incarnée dans l'histoire. En tant qu'être universel, il doit disposer d'un noyau dur intangible de droits de l'homme. En tant que *zoon politikon*, il est le titulaire de droits trouvant leur origine dans un certain contexte social,

¹³³⁴ Sur cette question LEBEN C., « Y a-t-il une approche européenne des droits de l'homme ? », in ALSTON P. (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001, p. 71.

¹³³⁵ Cette critique a notamment été articulée avec force par Joseph Weiler dans « Fundamental rights and fundamental boundaries : on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space », in WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe. « Do the new clothes have an emperor ? » and other essays on European integration*, Cambridge UP, 1999, p. 102 : « si les droits fondamentaux concernent l'autonomie et l'autodétermination de l'individu, les limites fondamentales concernent l'autonomie et l'autodétermination des communautés » (*ibid.* 104).

¹³³⁶ Sur la distinction entre républicains et libéraux et sur les conséquences de la nature sociale de l'homme en termes de droits et de devoirs, voir NICOLET C., *L'idée républicaine en France (1789/1924)*, Tel, Gallimard, 1982, rééd. 1994, pp. 342s.. Egalement SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Folio Actuel, Gallimard, 2000.

¹³³⁷ Voir notamment TAYLOR C., *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs, Flammarion, 1999.

¹³³⁸ Si nous réutilisons ici la terminologie de Georges Scelle, parler de communauté plutôt que de société nous semble préférable dans le contexte européen caractérisé par la coexistence de communautés nationales et des différentes « communautés » européennes d'antan.

¹³³⁹ Partant déjà de l'homme situé plutôt que de l'individu abstrait ou de l'État, le fédéralisme d'Althusius s'avère ainsi plus en phase avec l'Union européenne que le fédéralisme schmittien. Pour un exposé, on lira MILON-DELSOL C., *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Léviathan, PUF, 1992, pp. 47s. ; également, ELAZAR D., « Althusius' Grand Design for a Federal Commonwealth », Préface de ALTHUSIUS J., *Politica*, Liberty Fund, 1995, p. xxxv.

¹³⁴⁰ Nous tendons à préférer cette terminologie politiste à celle de citoyen européen dans la mesure où cette dernière renvoie désormais également à une catégorie juridique.

politique et culturel. L'homme situé ne renvoie cependant pas seulement aux droits fondamentaux mais, plus largement, aux valeurs et principes qui caractérisent une certaine communauté d'appartenance. Ces droits sont en effet susceptibles de limitations trouvant leur justification dans les valeurs de la communauté où l'individu est socialement inséré. De fait, ni l'Union européenne, ni les États membres ne reconnaissent *en pratique* le primat absolu des droits fondamentaux, indépendamment même de leur conception. Ceux-ci sont en effet susceptibles de restrictions sur le fondement de l'intérêt général, trahissant ainsi une conception républicaine des droits de l'homme défendue par Joseph Weiler sous le nom d'éthos constitutionnel européen¹³⁴¹. En valorisant la dimension sociale de *l'Homo europeanus*, l'identité constitutionnelle va ainsi permettre de trouver un équilibre entre l'individu et ses communautés, entre les droits fondamentaux et les valeurs fondamentales, entre la diversité et l'unité dans l'Union.

¹³⁴¹ WEILER J.H.H., *op. cit.*, 117 : pour lui, « l'Union européenne, en tant qu'entité politique nouvelle, devrait refléter les différentes constitutions des États membres, la multiplicité des traditions mais également les traités fondateurs de l'Union ».

SECTION 2 : LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE OU L'UNITÉ RETROUVÉE

Contrairement à ce que l'on peut penser au premier abord, le concept d'identité constitutionnelle renvoie à une unité dans la mesure où il s'agit d'un principe d'ordre et de réconciliation mais également d'un principe participant du constitutionnalisme. Compte tenu des développements précédents qui insistaient sur la dimension centrifuge du respect de l'identité, il semble pour le moins contre-intuitif d'attribuer des vertus unitaires à cette notion. En premier lieu, celle-ci apparaît à première vue relever d'un pluralisme radical qui, loin de rechercher l'ordre, accepte les vertus du désordre et donne du prix à la concurrence et à l'absence de coordination¹³⁴². En second lieu, cette notion semble improbable en raison de sa pente oxymorique. Cependant, elle est en réalité particulièrement séduisante car elle laisse entendre justement que l'unité et la diversité pourraient être réconciliées à travers les principes et valeurs du constitutionnalisme. Or, revenant à l'exception d'identité, nous avons vu que celle-ci n'était opposable en droit de l'Union qu'à l'intérieur d'un cadre herméneutique constitutionnaliste : du point de vue de l'Union, l'identité constitutionnelle n'est admissible que si elle est constitutionnaliste¹³⁴³. Dans cette perspective, notre objet semble devoir s'inscrire non pas dans les théories du pluralisme radical mais plutôt dans celles – modérées – du « pluralisme constitutionnel » qui ont été élaborées dans le contexte européen¹³⁴⁴. Aussi, loin de promouvoir exclusivement la diversité, la bien nommée « identité

¹³⁴² En vertu de cette approche, en apparence éminemment réaliste, en réalité pessimiste ou même cynique, il ne servirait à rien de « faire comme si » le droit international tendait vers l'unité, « comme si » les ordres juridiques n'étaient pas incommensurables, « comme » si le conflit n'était pas un élément intrinsèque et utile du « désordre » international et de la persistance d'un monde « avec » souveraineté. V. GRIFFITH J., « What is Legal Pluralism ? » (1986) *Journal of Legal Pluralism*, 24, p. 1 ; ZUMBANSEN P., « Transnational Legal Pluralism », (2010) 1 *Transnational Legal Theory* 2, p. 141 ; KRISCH N., « The Case for Pluralism in Postnational Law », *LSE Legal Studies Working Paper*, n° 12/2009 ; KRISCH N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford UP, 2011 ; pour une critique de ce pluralisme vu comme la simple réactualisation du dualisme, v. DE BURCA G., « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Jean Monnet Working Paper*, n° 01/09 (disponible à www.centers.law.nyu.edu/jeanmonnet).

¹³⁴³ En allemand, on distingue à juste titre *konstitutionnelle Verfassungsidentität* et *unkonstitutionnelle Verfassungsidentität*. C'est la même idée que nous exprimons ici par identité constitutionnelle constitutionnaliste ou non constitutionnaliste.

¹³⁴⁴ On renverra le lecteur à MACCORMICK N., « Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict », in *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford UP, 1999, p. 97 ; WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism » (2002) 65 *MLR* 3, p. 317 ; WEILER J. H. H., « Fédéralisme et constitutionnalisme. Le Sonderweg de l'Europe », in DEHOUSSE R. (dir.), *Une Constitution pour l'Europe?*,

constitutionnelle » est également susceptible de garantir une certaine unité de l'Union et de son droit à travers, respectivement, le constitutionnalisme dont elle va être l'une des expressions (I) et la reconceptualisation de la primauté qui l'accompagne (II).

I. L'UNITE DE L'UNION OU LE CONSTITUTIONNALISME COMME THÉORIE DU FÉDÉRALISME

Il est remarquable que l'ensemble des théories modérées d'inspiration pluraliste dans lesquelles s'inscrit l'identité constitutionnelle aient, sans toutefois toujours l'admettre explicitement, cherché à embrasser *à la fois* le point de vue supranational et le point de vue national pour appréhender leur objet. Loin de se contenter de l'un ou de l'autre, elles se refusent à annihiler un point de vue au profit d'un autre comme le font les théories classiques de type binaires qui ne connaissent que l'opposition entre l'État fédéral et les entités fédérées ou entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques nationaux. Elles font ainsi toutes référence à un élément tiers qui a pour effet de reconstruire une certaine unité d'ensemble en dehors cependant des schémas traditionnels hiérarchiques et centralisés. Prenant différents visages d'une théorie à l'autre (A), cette unité semble assurée par un constitutionnalisme cosmopolitique dans lequel l'identité constitutionnelle occupe une place centrale (B).

Presses de Sciences Po, 2002, p. 151 ; POIARES MADURO M., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », in WALKER N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003, p. 501 ; KUMM M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », (2005) 11 *ELJ*, p. 262. Pour une présentation en français des thèses du pluralisme constitutionnel, voir GIORGI F., *La contribution du pluralisme constitutionnel à la constitutionnalisation de l'Union européenne*, th. dactyl. Université du Luxembourg, 2009. Faute de place suffisante, nous nous contenterons de noter ici que les théories récentes du pluralisme constitutionnel se démarquent significativement du pluralisme de Michel Virally parfois présenté comme actuel. Or, il apparaît que le pluralisme qu'il défend reste en réalité très proche du pluralisme-pluralité de Santi Romano. S'il note l'existence d'un « pluralisme mettant en présence un ordre juridique supérieur et un nombre indéterminé d'ordres juridiques subordonnés » (VIRALLY M., « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges Henri Rolin*, Pedone, 1961, p. 488, sp. 504), il retient une conception interétatique d'un droit international par hypothèse dépourvu d'effet direct (*ibid.*, 495, 498), écartant ainsi implicitement la possibilité d'un chevauchement des ordres juridiques en laquelle réside l'originalité du pluralisme constitutionnel.

A. La recherche d'une unité d'ensemble : entre identité, loyauté et homogénéité

À la différence des approches classiques de type moniste ou dualiste, les théories d'essence pluraliste ont en commun de reconnaître non seulement l'existence, l'autonomie et l'identité des ordres juridiques mais également leur interdépendance¹³⁴⁵, telle que celle-ci ressort déjà de la jurisprudence (1). Elles insistent aussi de manière normative sur l'exigence d'« ordonner le pluralisme » et d'atteindre une cohérence d'ensemble autour des idées de loyauté et d'homogénéité (2).

1) De l'interdépendance d'ordres juridiques autonomes

Dans la théorie pure du droit, l'ordre juridique est un ensemble clos et parfait de normes valides organisées de manière hiérarchique dans lequel la contradiction est par nature éphémère dans la mesure où l'ordre lui-même organise les conditions de la disparition des normes contraires. N'admettant aucune revendication concurrente de validité en vertu du monisme, Kelsen considère qu'il ne peut logiquement y avoir plusieurs ordres juridiques autonomes mais qu'il n'existe qu'un seul ordre juridique universel composé d'ordres juridiques partiels. Or, à l'encontre de cette thèse, les théories pluralistes reconnaissent pour leur part non seulement la pluralité des ordres juridiques mais également leur autonomie. Dans le cadre de l'Union européenne, elles s'efforcent ainsi de renouveler la pensée juridique à partir d'une série de constats empiriques. Contre le monisme, elles remarquent que différents ordres juridiques – et singulièrement l'Union européenne – ont conquis leur autonomie et que les différents acteurs juridictionnels se montrent réticents, dans certaines circonstances, à renoncer à leur droit au dernier mot et à faire prévaloir la norme dont ils sont chargés d'assurer l'effectivité à titre principal, en particulier leur Constitution. Contre le dualisme, elles notent que les ordres juridiques ne sont pas étanches et indépendants mais au

¹³⁴⁵ Pour une comparaison entre les théories classiques du monisme et du dualisme et les théories récentes du pluralisme et du constitutionnalisme, voir MILLET F.-X., « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in LAGRANGE E., HAMANN A., SOREL J.-M. (dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, 2012, p. 27.

contraire poreux et perméables : ils tendent à se chevaucher de plus en plus, plusieurs normes étant susceptibles de s'appliquer (*ratione materiae*, *ratione loci* et *ratione temporis*) à un même sujet de droit.

L'interdépendance des ordres juridiques est une thèse audacieuse au regard de la conception kelsenienne d'un ordre non seulement unique mais clos¹³⁴⁶. Elle est pourtant soutenue par la jurisprudence, même si cette dernière recourt encore souvent à la rhétorique classique des ordres juridiques. En premier lieu, à la faveur de la construction européenne, la notion même d'ordre juridique semble évoluer et renoncer à son indépendance au bénéfice d'une simple autonomie. Il est ainsi remarquable que le Conseil constitutionnel ait pris acte de l'esprit du projet européen en évoquant un « ordre juridique *intégré* à celui des États membres, distinct de l'ordre juridique international¹³⁴⁷ ». Ce faisant, non seulement le juge français renouvelle le concept d'ordre juridique en le reliant à la thématique de l'intégration, mais il reprend, dans une geste pluraliste de reconnaissance mutuelle explicite, l'expression même utilisée par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa c/ Enel* quarante ans plus tôt¹³⁴⁸. Loin de mettre en évidence une fusion, l'idée même d'intégration des ordres juridiques nous renvoie ainsi à un maillage dont les théories pluralistes modérées peuvent rendre compte¹³⁴⁹. En second lieu, si la notion de protection équivalente des droits fondamentaux n'est pas toujours expressément utilisée par le juge, son esprit est désormais omniprésent lorsqu'il s'agit de régler les rapports entre ordres juridiques¹³⁵⁰. Ce standard d'inspiration étroitement pluraliste témoigne, d'une part, de l'intuition selon laquelle les chocs systémiques peuvent être amortis en substituant une logique bien comprise des droits fondamentaux à une logique

¹³⁴⁶ Critiquant l'idée d'imbrication des ordres juridiques, v. BRUNET P., « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Dalloz, 2010, p. 195, sp. 200s.

¹³⁴⁷ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173 (souligné par nous).

¹³⁴⁸ Il est à noter que la Cour de cassation fit elle-même référence à cette expression dès 1975 dans son célèbre arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* (C.Cass, ch. mixte, 24 mai 1975, *Soc. Cafés Jacques Vabre*, Bull. civ. n° 4, p. 6).

¹³⁴⁹ V. AZOULAI L., « Intégration juridique et légitimité », in FONTAINE L. (dir.), *Droit et légitimité*, Coll. Droit et justice, Bruylant, 2011, p. 311.

¹³⁵⁰ V. l'arrêt *Solange 2* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (BVerfGE 73, 339) ; Cour constitutionnelle italienne, *Frontini*, 18 décembre 1973, sentence n° 183 ; *Fragd*, 13-21 avril 1989, sentence n° 232 ; CEDH, n° 45036/98, *Bosphorus c/ Irlande*, décision du 30 juin 2005 ; CE, Ass., *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, 8 février 2008, n° 287110. Alors que le mouvement jurisprudentiel autour du standard de protection équivalente est désormais très répandu, on regrettera que la CJCE n'ait pas même rendu une décision de type *Solange 1* dans son arrêt *Kadi* (CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat c/ Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. 6351).

des ordres juridiques¹³⁵¹ et, d'autre part, de l'internormativité qui justifie la requalification – contestable sur le plan formel – de moyens de droit interne en moyens de droit externe dans certaines circonstances¹³⁵². En dernier lieu, malgré ces évolutions, on ne peut néanmoins que noter la persistance des raisonnements en termes stricts d'ordres juridiques plutôt qu'en termes d'interdépendance, qu'il s'agisse pour le Conseil d'État de réaffirmer la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne¹³⁵³ ou pour la Cour de justice d'insister sur la protection *communautaire* des droits fondamentaux en vertu de la primauté et de l'autonomie du droit de l'Union¹³⁵⁴. En toute hypothèse, l'interdépendance croissante des ordres juridiques tend peu à peu à créer un espace juridique plus large que les théories pluralistes modérées aspirent à rendre cohérent¹³⁵⁵.

2) De la cohérence d'ensemble du *ius commune europaeum*

Si les ordres juridiques sont interdépendants et qu'ils communiquent entre eux au moyen de notions charnières partagées telles que les droits fondamentaux ou l'identité constitutionnelle, il devient alors possible de penser leur cohérence d'ensemble.

¹³⁵¹ V. notamment DUBOUT E., TOUZE S. (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010.

¹³⁵² Permettant dans une certaine mesure de pacifier les rapports entre le droit de l'Union et les droits internes, on notera que la notion de protection équivalente demeure néanmoins imparfaite compte tenu notamment de sa fonction primaire de garantie de la primauté du droit de l'Union ainsi que de la conception du constitutionnalisme qu'elle traduit. Pour une analyse critique de la notion de protection équivalente, qu'il nous soit permis de renvoyer le lecteur à MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *op. cit.*

¹³⁵³ Ainsi, même si l'arrêt *Arcelor* a justifié le recours à la notion de « protection équivalente » sur le fondement de « l'effectivité » des droits fondamentaux, il s'est inscrit également dans une logique d'ordres juridiques en réitérant le principal apport de la décision *Sarran*.

¹³⁵⁴ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat c/ Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* 6351. Ce grand arrêt, relatif au contrôle par les juges de Luxembourg de règlements communautaires mettant en œuvre une résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU en matière de terrorisme, est emblématique. Il serait à notre sens erroné d'y voir avant tout une décision particulièrement favorable aux droits fondamentaux. Son raisonnement est d'abord articulé en termes d'autonomie de l'ordre juridique communautaire. Certes, ce n'est pas la première fois que la Cour procède ainsi. Elle l'a souvent fait auparavant dans ses rapports avec les droits nationaux qui, de par leur ancrage, posaient de nombreux problèmes. Il s'agissait alors d'établir l'autorité et la légitimité de ce droit chétif face à de puissantes cours constitutionnelles. Néanmoins, la même approche ne nous semble pas aussi aisément transposable dans les relations du droit de l'Union avec un ordre juridique international peinant lui-même à s'imposer. Au demeurant, l'attitude de la Cour apparaît d'autant moins coopérative que la décision *Kadi* est en deçà d'un *Solange I*. La CJUE a constaté l'insuffisance de la protection des droits fondamentaux par le Comité des sanctions de l'ONU mais ne semble pas avoir laissé la porte entrouverte en cas de renforcement de la protection internationale.

¹³⁵⁵ Notons que la théorie de la Fédération s'inscrit aussi dans ce schéma dans la mesure où elle reconnaît à la fois l'indépendance et l'interdépendance des entités politiques (BEAUD O., *op. cit.*, 184s.)

Tout d'abord, on remarque que les théories d'essence pluraliste qui ne relèvent pas du pluralisme radical¹³⁵⁶ cherchent toutes, en des termes différents, à « ordonner le pluralisme¹³⁵⁷ », autrement dit à le faire entrer dans un certain ordre, une certaine unité. On peut ici distinguer par commodité plus que par rigueur les théories à tonalité institutionnelle des théories à tonalité juridictionnelle. S'agissant des premières, il est intéressant de constater l'existence d'un tiers ordre ou d'une tierce institution. Distinguant fédération et Fédération, Olivier Beaud adopte ainsi une conception tripartite de la Fédération qui ne comprend pas seulement l'ordre des entités fédérées et l'ordre fédéral mais inclut aussi celui de la Fédération, « sorte de grand Tout fédéral¹³⁵⁸ » englobant. S'agissant des secondes vont être mises en avant différentes notions partageant la même fonction. En faisant référence à l'exigence de cohérence¹³⁵⁹, d'intégrité¹³⁶⁰ ou encore de « *best fit*¹³⁶¹ », les théories pluralistes modérées suggèrent que les décisions du juge ne peuvent pas être arbitraires mais doivent tenir compte du contexte d'ensemble et des différents principes et valeurs en jeu afin d'être légitimes.

Ensuite, les contours de cet ordre vont être plus ou moins lâches d'une théorie à l'autre, qui soulignant la prise en compte de contraintes systémiques, qui insistant sur les contraintes substantielles. Si l'on s'attache en particulier aux théories strictement juridictionnelles, il est frappant de constater qu'aucune des notions utilisées ne renvoie à un contenu. Elles semblent en effet toutes neutres d'un point de vue axiologique, se contentant de signifier au juge qu'il lui appartient d'intégrer dans son raisonnement les décisions des différents acteurs juridictionnels dans un mouvement de reconnaissance mutuelle¹³⁶². En tant que théories de l'interprétation, elles insistent ainsi sur le fait qu'il existe sinon un « ordre »,

¹³⁵⁶ Nous incluons ici des théories du pluralisme juridique écartant le qualificatif « constitutionnel » mais qui n'en soit pas moins modérées. Ainsi, DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. Un pluralisme ordonné*, Seuil, 2006 ; BESSON S., « European Legal Pluralism After *Kadi* », (2009) 5 *EuConst*, p. 237, sp. 258. (ici, l'auteur préfère parler simplement de pluralisme juridique jugeant, de manière formelle, que tout ordre juridique autonome est nécessairement constitutionnel et que, par suite, l'évocation d'un pluralisme « constitutionnel » n'a qu'une plus-value limitée, ce que nous contestons).

¹³⁵⁷ DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, 9.

¹³⁵⁸ BEAUD O., *op. cit.*, 140.

¹³⁵⁹ *Ibid.* ; aussi, BESSON S., « How International is the European Legal Order ? Retracing Tuori's steps in the Exploration of European Legal Pluralism », *No Foundations*, 2009, pp. 66s. (disponible à l'adresse www.helsinki.fi/nof) ; POIARES MADURO M., *op. cit.*, 527s.

¹³⁶⁰ V. BESSON S., « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak With Just One Voice ? », (2004) 10 *ELJ* 3, p. 257 ; ELEFTHERIADIS P., « Pluralism and Integrity », (2010) 23 *Ratio Juris* 3, p. 365.

¹³⁶¹ KUMM M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict », *op. cit.*, 286.

¹³⁶² V. BESSON S., *op. cit.*

du moins un « espace juridique européen¹³⁶³ » dans lequel chaque juge, qu'il soit national ou supranational, fait partie d'une communauté d'interprètes d'un droit commun européen qui intègre les différents points de vue et les différentes décisions comme constituant autant de contraintes systémiques¹³⁶⁴. Cependant, la plupart des théories pluralistes modérées vont être articulées autour d'exigences substantielles limitant la latitude du juge. Ainsi, l'homogénéité est une caractéristique essentielle du fédéralisme aux côtés de la loyauté¹³⁶⁵. Nous avons déjà vu plus haut la fonction harmonisatrice de l'homogénéité dans les structures fédératives¹³⁶⁶. Carl Schmitt l'a érigée en condition préalable de la Fédération en ce qu'elle est de nature à résoudre les antinomies entre les différentes entités politiques¹³⁶⁷. Si elle renvoie principalement dans sa pensée à l'homogénéité sociale, nationale ou religieuse de la population¹³⁶⁸, elle a pu également être appréhendée sous l'angle des régimes politiques. Ainsi, tant Montesquieu que Kant ont insisté sur la forme républicaine des différents gouvernements et l'on sait que la clause d'homogénéité américaine (*Guarantee Clause*) met l'accent sur cette exigence, la déclinant notamment dans l'interdiction des titres de noblesse¹³⁶⁹. Si l'on observe l'Union européenne, il apparaît que l'homogénéité ne peut résulter ni de l'existence d'un *demos* et *a fortiori* d'un *ethnos* européen, ni de la forme républicaine de gouvernement malgré l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*¹³⁷⁰. Elle prend plutôt les traits du constitutionnalisme.

¹³⁶³ Sur l'idée d'espace juridique, voir BIEBER R., WIEDMER P. (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Publications de l'ISDC, Schulthess Verlag, Zürich, 1995.

¹³⁶⁴ POIARES MADURO M., « Interpreting European Law : Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », (2007) *European Journal of Legal Studies* 1 (www.ejls.eu).

¹³⁶⁵ Dans la perspective « identitaire », la loyauté constitue un facteur d'unité fondamental dans l'Union en ce que, d'une part, ce terme tiré de la psychologie et de la science politique nous renvoie aux multiples allégeances de l'Homme européen *in situ*. Il s'agit également d'un concept clé du fédéralisme (FRIEDRICH C.J., *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruxelles, Institut belge de science politique, 1971, p. 187 (évoquant la loyauté fédérale et la courtoisie fédérale) ; HALBERSTAM D., « Of Power and Responsibility : The Political Morality of Federal Systems » (2004) 90 *Va. L.Rev.* 3, p. 731. Également, VOYENNE B., *Histoire de l'idée fédéraliste. Les sources*, Réalités du Présent, Presses d'Europe, 1976, pp. 27-28 : le fédéralisme renvoie à étymologiquement à *foedus*, soit à la confiance et à la fidélité.

¹³⁶⁶ V. *supra* pp. 349s.

¹³⁶⁷ SCHMITT C., *op. cit.*, 522s.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ BEAUD O., *op. cit.*, 366s.

¹³⁷⁰ Même si, en Europe, la décision *Sayn-Wittgenstein* ne pouvait pas être justifiée sur la base de l'homogénéité, on peut néanmoins aisément la comprendre en tant qu'elle renvoie non seulement à une spécificité autrichienne, mais aussi à une tradition constitutionnelle commune à plusieurs États européens.

B. La garantie d'une unité d'ensemble : le constitutionnalisme cosmopolitique

Le discours constitutionnaliste connaît un certain succès en dehors de l'État-nation¹³⁷¹. Il est question de constitutionnalisme mondial ou transnational et plusieurs chercheurs mènent une réflexion sur la possibilité de constitutions non étatiques (*Verfassung jenseits des Staates*¹³⁷², *Constitutionalism beyond the State*). Le « constitutionnel » est tellement en vogue à tout niveau que de nombreuses notions sont affublées de ce qualificatif, qu'il s'agisse par exemple du défunt « traité constitutionnel » ou de notre « identité constitutionnelle ». Entrerions-nous dans l'ère du « tout constitutionnel » comme semblerait le suggérer la thématique d'un récent colloque où l'on se demandait si les droits de l'homme n'avaient pas « constitutionnalisé le monde » après avoir constitutionnalisé l'Europe¹³⁷³ ?

Dans le contexte de l'incapacité des théories monistes et *a fortiori* dualistes à saisir la nature actuelle du droit international en général et du droit européen en particulier ont été peu à peu élaborées des doctrines du constitutionnalisme tendant à créer la fiction d'une unité parmi les hommes¹³⁷⁴. Si de telles théories paraissent normatives, idéologiques et improbables sur le plan international¹³⁷⁵, elles semblent en revanche trouver confirmation empirique à l'échelle européenne. En effet, défini non pas formellement mais substantiellement en l'absence de « Constitution européenne », le constitutionnalisme paraît une théorie valide permettant de décrire correctement l'Union européenne dans sa complexité. La difficulté demeure de savoir ce que l'on entend par ce terme.

¹³⁷¹ Pour une analyse critique de la « banalisation » du discours constitutionnaliste, v. déjà RUIZ FABRI H., GREWE C., « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, *op. cit.*, 189.

¹³⁷² On renverra ici au projet mené par le professeur Ingolf Pernice au sein de l'Institut Walter Hallstein à Berlin.

¹³⁷³ V. HENNETTE-VAUCHEZ S. et SOREL J.-M. (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruylant, 2011.

¹³⁷⁴ V. MILLET F.-X., « L'ordre juridique international V et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », *op. cit.* A notre sens, aucune de ces théories ne reflète la réalité et les pratiques en vigueur et dualisme et monisme ne constituent que les deux faces d'une même médaille : ne valant en fin de compte que du point de vue du droit interne, elles ont pour objet principal de fournir une assise théorique au problème de l'effectivité du droit international et ne permettent donc pas de cerner la nature actuelle de l'ordre juridique international.

¹³⁷⁵ « Le passage du droit interne vers le droit international est en même temps celui d'une sur-détermination du mot, par combinaison d'aspects formels, organiques et matériels, à une sous-détermination (...) en jouant sur la dimension symbolique du terme, qui renvoie vers quelques grandes idées imprécises (...) On en retire l'impression que cet usage constitue une réaction à la polycentricité du droit international et a en ligne de mire la question de l'unité du droit international » (RUIZ FABRI H., GREWE C., *op. cit.*, 201).

Aujourd'hui, le discours constitutionnaliste au niveau transnational est traversé par son ambiguïté. On constate en effet une tension, en droit international comme en droit européen, entre deux conceptions des « principes constitutionnels ». Si l'on postule, compte tenu de son statut hiérarchiquement supérieur au sein d'un ordre juridique déterminé, que la Constitution renvoie matériellement à une série de principes et valeurs dotés d'une « importance » particulière, il est nécessaire d'adopter une méthode permettant de séparer l'essentiel de l'accessoire afin d'identifier les principes constitutionnels. Nous reprendrons ici la dichotomie retenue par le professeur Dupuy¹³⁷⁶ aux fins de déterminer les contours du *jus cogens*, tant celle-ci permet d'appréhender également les deux approches privilégiées des « principes constitutionnels » : l'approche matérielle et l'approche systémique. Dans le premier cas, l'accent est mis sur « le contenu et l'importance sociale de la norme qu'il énonce », dans le second cas sur « la fonction que [ces principes] occupent dans la structure même du système international ». Sur cette base, on constate que les discours constitutionnalistes fluctuent entre, d'une part, l'insistance sur les principes fondateurs liés à l'identité de l'ordre juridique et, d'autre part, sur les principes issus du constitutionnalisme libéral, notamment l'État de droit et les droits de l'homme. Dans le cadre de l'Union, alors que les premiers vont notamment renvoyer aux libertés économiques et à la non-discrimination en raison de la nationalité, les seconds concernent les valeurs proclamées à l'article 2 TUE, le tout garantissant ce que l'on a pu appeler l'homogénéité constitutionnelle dans l'Union ou l'identité constitutionnelle de l'Union¹³⁷⁷.

Dans ce contexte, on se demandera dans quelle mesure le principe de respect de l'identité constitutionnelle nationale est de nature à affermir la thèse constitutionnaliste pour l'Union alors même qu'elle semble plutôt profiter à l'intergouvernementalisme si l'on persiste à concevoir celui-ci en opposition au constitutionnalisme.

Tout d'abord, compte tenu de son statut de principe et de sa place éminente parmi les premières dispositions du traité sur l'Union, il semble *a priori* relever de la première catégorie dégagée par le professeur Dupuy, à savoir un principe relevant lui-même de l'identité de l'ordre juridique communautaire. Cependant, il apparaît qu'il pourrait également entrer dans la catégorie des principes issus du constitutionnalisme libéral ou, plus précisément, du nationalisme libéral dans la mesure où il valorise non seulement les droits fondamentaux mais

¹³⁷⁶ DUPUY P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, t. 297, p. 9, sp. 288.

¹³⁷⁷ V. *supra* pp. 372s.

aussi les valeurs nationales du moment où ceux-ci respectent le constitutionnalisme européen dans sa dimension économique et dans sa dimension humaniste¹³⁷⁸.

Ensuite, l'identité constitutionnelle va traduire un constitutionnalisme de type britannique. Dans le débat européen, on tend trop souvent à occulter la diversité des expériences constitutionnalistes en ne retenant le plus souvent que l'approche volontariste et centripète caractéristique des constitutionnalismes français et américains¹³⁷⁹. Or, cette approche n'est probablement plus adaptée depuis l'échec du traité établissant une Constitution pour l'Europe et l'idée révolutionnaire du « grand soir » constitutionnel n'est plus à l'ordre du jour. Néanmoins, cela ne saurait signifier l'absence de constitutionnalisme à l'échelle de l'Union, la perspective s'étant déplacée outre-Manche. A la suite de la reconnaissance de l'identité constitutionnelle, l'Union et la Grande-Bretagne partagent des traits communs. En premier lieu, ne disposant pas de Constitution écrite proprement dite, contenue dans un unique instrumentum, leur Constitution est une « constitution composée¹³⁸⁰ » mieux connue en Allemagne sous le nom de *Verfassungsverbund*. Comme l'écrit le promoteur de ce concept,

« L'Europe dispose déjà d'une constitution à étages : une constitution composée des constitutions des États membres reliées l'une à l'autre par un corpus constitutionnel complémentaire formé par les traités européens¹³⁸¹. »

Contrairement à la notion concurrente outre-Rhin de *Staatenverbund*¹³⁸², le concept de *Verfassungsverbund* reflète une des réalités de l'Union européenne : celle-ci ne doit pas

¹³⁷⁸ V. *supra* pp. 372s. Sur le nationalisme libéral, voir notamment MILLER D., *On nationality*, Oxford UP, 1997; également, KYMLICKA W., *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, La Découverte, 2001. Les théories du nationalisme libéral ne valorisent pas le cadre national pour lui-même mais dans la mesure où celui-ci constitue une communauté d'appartenance ouverte pour l'individu. Il s'agit donc avant tout de théories de l'homme situé dans lesquelles celui-ci constitue le point de départ et le point d'arrivée.

¹³⁷⁹ Pour une analyse comparative de ces différentes versions du constitutionnalisme, voir MÖLLERS C., « Pouvoir constituant – Constitution – Constitutionnalisation », in VON BOGDANDY A. BAST J. (ed.), *op. cit.*, 183 ; également AVBELJ M., « Questioning EU constitutionalisms » (2008) 9 *German Law Journal* 1, p. 1.

¹³⁸⁰ V. notamment PERNICE I., MAYER F., « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, p. 623 ; BESSELINK L.F.M., *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007 ; PERNICE I., « The Treaty of Lisbon : Multilevel Constitutionalism in action » (2009) 15 *Colum. J.Eur.L* 3, p. 349 ; MAYER F., WENDEL M., « Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism – querelle allemande ou querelle d'Allemands? », in AVBELJ M., KOMAREK J. (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, 2012, p. 127. On remarquera que cette théorie relève également du « pluralisme constitutionnel », partageant la même aspiration à préserver la diversité dans l'unité soulignée par l'expression allemande *Verfassungsverbund*.

¹³⁸¹ PERNICE I., « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution-making revisited ? », (1999) 36 *CMLR*, p. 703, sp. 707.

¹³⁸² Cette notion utilisée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande renvoie à l'idée d'une association ou d'une union institutionnalisée d'États. A la différence de *Verfassungsverbund*, elle met l'accent sur les États, la

seulement s'appuyer sur l'appareil d'État comme puissance publique mais également sur les Constitutions des États membres afin d'assurer son bon fonctionnement et sa légitimité. Bien entendu, cela ne signifie pas que l'ensemble des normes constitutionnelles nationales soient pertinentes du point de vue du droit de l'Union. A notre sens, il est déjà possible de parler de *Verfassungsverbund* du seul fait du respect de l'identité constitutionnelle nationale¹³⁸³. En second lieu, l'Union s'est notamment constitutionnalisée par l'intermédiaire des droits fondamentaux. Initialement absents des traités, on sait que la Cour de justice les a érigés en principes généraux du droit communautaire tandis que le traité d'Amsterdam en fit des principes fondateurs. Aujourd'hui valeurs communes, ils sont appelés à bénéficier d'une protection renforcée du fait de l'opposabilité de la Charte des droits fondamentaux et de l'adhésion prochaine de l'Union à la CEDH. En dernier lieu, avec la reconnaissance des identités constitutionnelles nationales, l'Union renforcerait la place des traditions constitutionnelles dans son droit. Or, nous savons que le constitutionnalisme britannique est le résultat de la sédimentation de traditions séculaires. Si les spécificités nationales dégagées par une méthode historique ne seront probablement pas toutes jugées dignes de respect par le droit de l'Union, il en sera néanmoins souvent ainsi.

Enfin, une telle approche est tout à fait en phase avec les théories du pluralisme constitutionnel, en particulier le droit contrapuntique de Miguel Maduro et le constitutionnalisme cosmopolitique de Mattias Kumm. En premier lieu, ces théories tendent à prendre en compte à la fois les identités nationales et l'identité de l'Union sous certaines conditions. Ainsi, le professeur et ancien avocat général Maduro a fait usage de la métaphore musicale en évoquant l'exigence de rendre harmonieuses les différentes mélodies jurisprudentielles nationales et européenne. A cet effet, il a notamment insisté sur le respect mutuel de « l'identité » de chaque ordre juridique¹³⁸⁴. Pour cela, il suggéra que les décisions des juridictions nationales et européennes relatives au droit de l'Union soient universalisables, autrement dit que chaque juge intègre dans son raisonnement les arrêts des autres cours parties prenantes d'un espace juridique européen cohérent. Sur cette base, on en déduit qu'il

souveraineté et le politique plutôt que sur les Constitutions et sur les citoyens. Pour une confrontation des deux concepts, voir SCHÖNBERGER C., *op. cit.*, 118.

¹³⁸³ Voyant respectivement dans l'identité nationale un principe constitutionnel et un droit fondamental fédéral (*föderales Grundrecht*) du *Verfassungsverbund*, v. CALLIESS C., « Zum Denken im europäischen Staaten – und Verfassungsverbund », in CALLIESS C. (Hrsg.), *op. cit.*, 187, sp. 229-230 ; PERNICE I., « Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union », (2011) *AÖR* 136, p. 185, sp. 193.

¹³⁸⁴ « L'identité [d'un ordre juridique] ne doit pas être affirmée au détriment de l'identité des autres ordres juridiques ou de la conception pluraliste de l'ordre juridique européen [*lato sensu*] » (POIARES MADURO M., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », p. 526).

incombe donc aux différents acteurs juridictionnels de témoigner de leur déférence réciproque à l'égard des identités constitutionnelles en jeu, en d'autres termes celle de l'Union et celles des États membres¹³⁸⁵. En second lieu, l'identité constitutionnelle s'inscrit dans les théories du pluralisme constitutionnel dans la mesure où celles-ci garantissent aussi bien – voire peut-être plus – l'unité que la diversité. Ces théories ont pu être en effet critiquées pour réintroduire par la fenêtre ce qu'elles prétendaient avoir fait sortir par la porte, à savoir le monisme. Même si elles prennent le pluralisme comme point de départ et comme point d'arrivée, ces doctrines sont avant tout constitutionnalistes. Si elles semblent postuler que le pluralisme est un bien public mondial porteur d'externalités positives et, par suite, digne en soi d'être préservé, elles ne signifient pas pour autant que l'unité sera sacrifiée, étant donné que ce type de pluralisme s'inscrit dans un cadre constitutionnaliste qui lui fixe des limites et lui impose des contraintes. Par suite, elles ne traduisent pas tant l'unité dans la diversité que la diversité dans l'unité. Ce changement de perspective, cette remise à l'endroit ont été entérinés par Mattias Kumm qui, au lieu de parler de pluralisme constitutionnel, a développé une théorie audacieuse du « constitutionnalisme cosmopolitique ¹³⁸⁶ ». Le paradigme cosmopolitique est censé permettre la compréhension de plusieurs phénomènes : la complexité croissante des doctrines cherchant à appréhender la nature des rapports entre ordres juridiques, la reconceptualisation de la souveraineté et les interactions entre les différents ordres juridiques, notamment en matière de protection des droits fondamentaux¹³⁸⁷. Tâchant ainsi de décrire – cependant avec une certaine dose de normativisme – les pratiques juridiques actuelles dans l'Union européenne, Kumm note que ces dernières ne sont ni dualistes, ni monistes mais constitutionnalistes. Sa démarche est englobante puisqu'elle semble défendre à la fois une conception sociale et communautaire des constitutions mais aussi une conception politique, démocratique et procédurale du constitutionnalisme en opposition à l'approche étatique fondée sur la seule légitimité démocratique du peuple en tant que pouvoir constituant. C'est sur la base de cette conception totalisante du constitutionnalisme que Mattias Kumm se prononça, sur le fondement même du droit de l'Union, en faveur du droit pour les États membres d'écarter l'application d'une norme communautaire contraire à une disposition constitutionnelle claire et spécifique,

¹³⁸⁵ Notons que l'auteur semble plus insister en la matière sur les devoirs des juridictions nationales que sur ceux des juges de Luxembourg (*ibid.* 529-530).

¹³⁸⁶ Recourant à cette notion dans l'un des derniers états de sa réflexion, KUMM M., « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism : On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », in DUNOFF J., TRACHTMAN J. (ed.), *Ruling the World. Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge UP, 2009, p. 258. Il est également significatif que Neil Walker ait pu qualifier son pluralisme constitutionnel de « *constitutionalism within a plural order* » (WALKER N., *op. cit.*, 340). C'est bien en effet de cela dont il s'agit avant tout.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, 262.

autrement dit de l'identité constitutionnelle de l'État membre¹³⁸⁸. Ce faisant, il semblait démontrer son attachement aux différentes formes et déclinaisons nationales du constitutionnalisme. C'est en cela que cette théorie du pluralisme constitutionnel pourrait s'avérer à notre sens pleinement constitutionnaliste.

II. L'UNITÉ DU DROIT DE L'UNION OU LA PRIMAUTÉ DU CONSTITUTIONNALISME

Avec la reconnaissance de l'identité constitutionnelle, les thèses dualistes mais également monistes semblent *a priori* revenir au premier plan de la scène européenne. Celle-ci paraît en effet accréditer l'idée que les constitutions des États sont les normes suprêmes et vont limiter la pénétration des normes européennes en droit interne. Cependant, en adoptant exclusivement le point de vue du droit national, le monisme et le dualisme méconnaissent ce fait fondamental que l'identité constitutionnelle est également une notion de droit de l'Union. Or, nous avons souhaité porter notre effort sur le respect de l'identité du point de vue de ce droit étant entendu que ce même point de vue n'est pas limité au droit de l'Union *stricto sensu* mais s'ouvre à la dimension nationale lorsque l'Union européenne est appréhendée dans son ensemble de manière pluraliste, autrement dit en association avec les États membres. S'agissant de la question qui nous préoccupe, à savoir celle des conséquences normatives du respect de l'identité constitutionnelle du point de vue – inclusif – du droit de l'Union, nous l'aborderons sous l'angle de la primauté compte tenu de l'enjeu qui lui est associé. Si l'on examine les effets de la prise en compte par le droit de l'Union de l'identité constitutionnelle de l'État membre sur les rapports entre l'ordre juridique de l'Union Européenne et les ordres juridiques nationaux, il est possible de tirer diverses conclusions en fonction de la conception de la primauté que l'on décide d'adopter. Alors qu'il est théoriquement envisageable de penser le respect de l'identité et la primauté du droit de l'Union en demeurant dans un cadre d'analyse moniste hiérarchisé (A), nous pensons néanmoins que l'état du droit plaide pour l'adoption d'une perspective pluraliste hétérarchique fondée sur la primauté du constitutionnalisme (B).

¹³⁸⁸ KUMM M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict », *op. cit.*, 296-298.

A. Les faiblesses du monisme hiérarchique

Si la primauté du droit de l'Union peut certes s'accommoder de l'identité constitutionnelle sur un plan formel (1), c'est en s'inscrivant dans un cadre moniste qui semble peu adapté à la compréhension de l'état de l'Union (2).

1) Le maintien possible de la primauté du droit de l'Union

La reconnaissance de l'identité constitutionnelle donne le sentiment d'une relativisation de la primauté. Elle semble susceptible sinon de renverser, du moins d'infléchir la jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* en limitant la primauté *matérielle* du droit de l'Union au profit de l'application prioritaire de dispositions constitutionnelles nationales¹³⁸⁹. Cependant, dans la mesure où l'identité constitutionnelle est effectivement reconnue comme un principe de l'Union européenne, cela signifie alors que la primauté formelle de son droit est sauve¹³⁹⁰ même si, matériellement, son organisation hiérarchique sera plus complexe qu'une simple superposition de l'ensemble des normes *proprement* européennes sur l'ensemble des normes *proprement* nationales¹³⁹¹. Il n'est néanmoins pas certain que l'approche classique en termes de primauté soit la plus adaptée pour appréhender les effets de l'identité constitutionnelle sur les rapports normatifs, celle-ci appelant probablement une déconstruction de la primauté.

¹³⁸⁹ V. GAUDIN H., « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de Justice », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, op. cit.*, 639, sp. 649s.; aussi à propos du traité constitutionnel, CASSIA P., « La Constitution européenne limite-t-elle le caractère souverain de la Constitution française ? », *AJDA*, 2004, p. 2185.

¹³⁹⁰ Sur la possibilité d'une conciliation entre primauté et identité constitutionnelle, LEVADE A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, op. cit.*, 109.

¹³⁹¹ La prise en compte de l'identité ne serait finalement que l'expression de l'adage *lex specialis derogat legi generali*. Or, la possibilité d'une dérogation n'a pas de lien nécessaire avec un rapport de subordination.

2) La primauté du droit de l'Union au sens classique : une fiction évitable

Le principe de primauté semble indispensable en vue de garantir l'effectivité des normes de l'Union. Cependant, il se heurte à certaines difficultés d'ordre conjoncturel et structurel. Non seulement il ne reflète qu'imparfaitement la pratique dans la mesure où la primauté, exigence existentielle du droit de l'Union, n'est pas entièrement une « *réalité existentielle*¹³⁹² », mais il interdit également de penser deux phénomènes centraux dans l'Union européenne : l'imbrication croissante d'ordres juridiques autonomes ainsi que la relative horizontalisation des rapports normatifs en l'absence d'arbitre suprême.

Tout d'abord, si l'on confronte la théorie à la pratique, on s'aperçoit non seulement que la théorie moniste avec primauté du droit de l'Union ne reflète pas l'état du droit positif mais qu'elle peut également côtoyer l'absurde. D'une part, les juridictions constitutionnelles des États membres ont pu être amenées à confronter directement la primauté et l'identité constitutionnelle à l'occasion de l'examen du traité constitutionnel. En effet, le Conseil constitutionnel comme le Tribunal constitutionnel espagnol ont jugé que la clause d'identité¹³⁹³ venait nuancer la portée de la clause de primauté¹³⁹⁴ et en ont conclu que la suprématie de leurs constitutions respectives au sommet de l'ordre juridique interne n'était donc pas remise en cause par la Constitution européenne. De même, il est notable que la plupart des juridictions nationales rattachent systématiquement la pénétration du droit de l'Union à leur « clause Europe ». Ces dernières sont autant de normes d'habilitation autorisant – tout en limitant – l'insertion du droit de l'Union dans le droit interne. Elles font figure d'écluses manipulées librement, selon les exigences du moment, par le juge national, notamment constitutionnel. Si un tel positionnement laisse potentiellement intacte la primauté d'application – donc de rang – du droit de l'Union, il a cependant pour effet d'inscrire les rapports normatifs dans un schéma dualiste, voire dans un schéma moniste avec primauté du droit de l'Union dans la limite du respect de l'identité constitutionnelle, donc en réalité avec primauté du droit interne¹³⁹⁵. D'autre part, une telle approche n'est pas « réaliste¹³⁹⁶ ». Elle

¹³⁹² V. CONSTANTINESCO V., « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 109, sp. 111.

¹³⁹³ Art. I-5 TECE.

¹³⁹⁴ Art. I-6 TECE.

¹³⁹⁵ DUPUY P.-M., *Droit international public*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2008, n° 416.

¹³⁹⁶ Renvoyant dos-à-dos monisme et dualisme comme étant dogmatiques, *ibid.* n° 418-419.

conduit en effet à dire que le droit de l'Union est premier et que l'État n'est finalement qu'un agent de celui-ci. Il suffit d'observer l'état de l'Union pour constater que les États restent les maîtres des traités. Il suffit d'observer l'état du droit pour constater que l'Union ne peut fonctionner sans la mise à disposition de la puissance publique étatique, ni l'appui des constitutions nationales.

Dans ces circonstances, il apparaît ensuite que la prise en compte de l'identité constitutionnelle appelle un changement de paradigme, voire une déconstruction de la primauté et du présupposé selon lequel l'ensemble du droit de l'Union doit nécessairement prévaloir sur l'ensemble du droit constitutionnel national. En effet, pour ceux qui ne se contentent pas d'une priorité d'application du droit de l'Union et veulent à tout prix identifier un arbitre de dernier ressort, s'interroger sur la primauté signifie déterminer qui a le dernier mot. Or, cette question n'apparaît pas nécessairement pertinente dans le contexte d'un droit de l'Union qui érigerait l'identité constitutionnelle en tant que principe. D'une part, l'identité constitutionnelle est une notion qui rapproche et non qui sépare. Rendant compte du chevauchement croissant entre ordres juridiques, elle ne peut donc être appréhendée de manière exclusive ni sous l'angle de la primauté du droit interne, ni sous celui de la primauté du droit de l'Union. D'autre part, de même que la souveraineté ne peut participer de la définition de l'Union¹³⁹⁷, l'idée d'une hiérarchie des normes stricte coiffée par une norme suprême ne semble pas adéquate pour appréhender son droit. En effet, la pensée conjointe de l'unité et de la diversité, sous-jacente au concept de l'identité constitutionnelle, oblige à embrasser les différents points de vue et conduit à éviter le rattachement de l'ensemble des normes applicables sur un territoire donné à un unique Principe ultime. Ceci vaut non seulement pour la *Grundnorm* kelsenienne mais également pour l'état d'exception de Carl Schmitt, la souveraineté ou encore le principe *Kompetenz-Kompetenz*, l'ensemble de ces approches ayant en commun l'idée d'une cause finale ne permettant guère d'appréhender le *ius commune europaeum*¹³⁹⁸. Que l'Union ou bien les États membres soient en première ligne, cette situation plaide selon nous en faveur d'une approche pluraliste de la primauté, à la suite

¹³⁹⁷ V. *supra* pp. 408s.

¹³⁹⁸ Défendant aussi, contre Kelsen et Schmitt, une approche en termes de tolérance constitutionnelle, WEILER J.H.H., « In defence of the status quo : Europe's constitutional Sonderweg », in WEILER J.H.H., WIND M. (ed.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge UP, 2003, p. 7, sp. 15s ; jugeant également que se poser la question de l'arbitre suprême n'a pas de sens dans un contexte pluraliste, v. KUMM M., « Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe ? » (1999) 36 *CMLR*, p. 351.

des théories du pluralisme constitutionnel¹³⁹⁹. Une telle approche n'est pas exclusive d'une hiérarchie normative matérielle fondée sur la pluralité des sources et des interprétations et décidée juridictionnellement à l'issue d'un dialogue empreint de respect mutuel¹⁴⁰⁰. La problématique est alors de déterminer – du moins à grands traits – la structure et le contenu d'une hiérarchie qui sera nécessairement caractérisée par sa flexibilité.

B. Les ressources du pluralisme hétérarchique

En érigeant l'identité constitutionnelle en règle de reconnaissance à l'intérieur d'une hiérarchie repensée (1), les théories du pluralisme constitutionnel laissent entrevoir de nouvelles modalités de résolution des conflits (2).

1) L'identité constitutionnelle, un principe de reconnaissance s'inscrivant dans une hiérarchie matérielle souple

Même si la pyramide des normes tend à devenir toujours plus confuse, le droit ne peut pas se passer d'une certaine hiérarchie. Son absence laisse en effet place à l'arbitraire du juge et à une insécurité juridique complète ; elle remet en cause les fondements même de l'État de droit. A première vue, on pourrait penser que la déconstruction de la primauté opérée précédemment met justement à bas l'idée même de hiérarchie des normes. En réalité, ce sont plutôt ses modalités, son contenu et sa rigidité qui ont fait les frais de l'analyse. En effet, les approches pluralistes ne sont pas exclusives de toute hiérarchie. Comme l'a écrit Mireille Delmas-Marty dans sa tentative d'ordonner le pluralisme,

¹³⁹⁹ Pour une telle approche préconisée à la lumière des théories pluralistes et dans le contexte de l'identité constitutionnelle, v. RITLÉNG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, 4, p. 677, sp. 689s. Critiquant au contraire cette approche, v. LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, *op. cit.*, 443.

¹⁴⁰⁰ Voir notamment BESSON S., « European Legal Pluralism After *Kadi* », *op. cit.*, 259.

« pour mieux garantir la cohérence, les interactions doivent se verticaliser, le néologisme impliquant le retour vers une hiérarchie, assouplie cependant par la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation¹⁴⁰¹. »

La question est alors de déterminer les contours de cette hiérarchie. Si nous avons vu que certaines théories purement juridictionnelles ne permettent aucune véritable reconstruction hiérarchique comme l'indique le langage de l'hétéarchie qu'elles tendent à utiliser, d'autres s'avèrent riches sur le plan substantiel et permettent alors de donner corps à une nouvelle hiérarchie.

Comme nous l'avons vu lors des développements précédents, la hiérarchie dans le cadre inclusif de l'Union européenne va être une hiérarchie de principes et valeurs - en l'occurrence ceux du constitutionnalisme - et l'identité constitutionnelle va y occuper une place privilégiée. Loin de constituer une règle de conflit, il s'agit bien plutôt d'une règle de reconnaissance¹⁴⁰² érigée en principe d'interprétation au sein de l'espace juridique européen¹⁴⁰³. Bien entendu, elle ne constitue pas l'unique principe du constitutionnalisme. L'examen clinique du droit de l'Union a en effet montré que celui-ci donnait également du prix aux libertés du marché intérieur et à la non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁴⁰⁴. Par ailleurs, Mattias Kumm a identifié pour sa part, à l'issue d'une démarche principalement normative selon nous, d'autres principes relevant du constitutionnalisme cosmopolitique. Il s'agit du principe formel de légalité internationale – ici européenne, le principe juridictionnel de subsidiarité, le principe procédural de participation adéquate et de responsabilité et le principe substantiel exigeant que le juge rende des décisions raisonnables et respectueuses des droits fondamentaux. Dans ce contexte se pose la question de la résolution juridictionnelle d'éventuels conflits entre ces principes.

¹⁴⁰¹ DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, 36 ; dans le même sens, voir la conception tripartite non kelsenienne de la Fédération (BEAUD O., *op. cit.*, 149-153)

¹⁴⁰² Déjà, le professeur Azoulai analysait l'article 53 de la Charte comme une règle d'interprétation et de reconnaissance plutôt que comme une règle de conflit (AZOULAI L., « Article II-113 », *in* BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *op. cit.*, 689, sp. 694).

¹⁴⁰³ V. *supra* p. 384.

¹⁴⁰⁴ La place prééminente acquise par les droits de l'homme au cours des dernières décennies ne saurait occulter le fait que ceux-ci sont contrebalancés au quotidien par d'autres considérations, singulièrement par les libertés fondamentales du marché intérieur que l'on ne saurait exclure du champ des « principes constitutionnels » de l'Union européenne.

2) La recherche juridictionnelle d'un optimum entre les principes du constitutionnalisme

Du fait que l'homogénéité dans l'Union est justement une homogénéité constitutionnelle, la perspective de voir se cristalliser de nombreux « conflits constitutionnels » est certes rare mais pas pour autant exclue. La facilité avec laquelle ils seront résolus sera proportionnelle à la probabilité qu'ils surviennent. Les « conflits constitutionnels » font en effet partie de ces *hard cases* dont la résolution laisse une marge de manœuvre considérable au juge qui se trouve devoir faire application non pas de règles précises mais de principes très généraux¹⁴⁰⁵. Aussi, il appartient au juge de mettre en balance ces différents principes contradictoires afin d'atteindre un optimum¹⁴⁰⁶. Dans l'Union européenne, les litiges trouveront ainsi leur solution optimale à l'issue d'une confrontation des principes constitutionnalistes qui traduisent les différents intérêts en présence, à savoir l'effet utile du droit de l'Union, un niveau élevé de protection des droits de l'homme et la préservation des valeurs fondamentales de l'Union et des États membres. Le problème est alors de savoir comment les juges vont résoudre ce type de conflits.

Dans un contexte authentiquement pluraliste tel que celui de l'Union européenne, les considérations de légitimité et d'effectivité vont selon nous tendre à prendre le pas sur la question de la validité¹⁴⁰⁷, donnant ainsi corps à l'idée d'un pouvoir discrétionnaire du juge dans l'espace juridique européen. En effet, il ne s'agit pas d'appliquer rigoureusement telle ou telle règle pour la simple raison qu'elle bénéficie de la primauté internationale, européenne ou interne. Ceci vaut tout particulièrement pour les cas difficiles opposant une norme du droit de l'Union et certaine norme constitutionnelle nationale. C'est la raison pour laquelle, au nom même de la légitimité de l'autorité publique et de l'effet *utile*, un nouveau modèle de résolution des conflits fondé sur la pondération des principes du constitutionnalisme doit être

¹⁴⁰⁵ Sur ces *hard cases* et la distinction des règles et des principes à la lumière de la théorie de Hart, v. DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, PUF, 1995, pp. 87s. et pp. 153s.

¹⁴⁰⁶ Voyant les principes comme des commandements d'optimisation (*Optimierungsgebote*), v. ALEXI R., *Theorie der Grundrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, p. 75. La doctrine a pu aussi évoquer un principe de « *best fit* » (KUMM M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict », *op. cit.*, 286-287).

¹⁴⁰⁷ Relativement aux principes, Ronald Dworkin insiste pour sa part sur l'acceptation plutôt que sur la validité (DWORKIN R., *op. cit.*, 101s.). Or, selon nous, l'acceptation se décline en légitimité et en effectivité. A propos de l'effectivité, notons que Kelsen lui-même accorde curieusement une grande importance à ce concept – sans toutefois le définir – dans son appréhension des rapports entre droit international et droit interne (KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, 412s.).

proposé. C'est ainsi que, pour Mattias Kumm¹⁴⁰⁸, le principe formel de légalité internationale bénéficie d'une présomption simple d'autorité¹⁴⁰⁹ qui peut être renversée (ou confirmée) par le principe juridictionnel de subsidiarité, le principe procédural de participation adéquate et de responsabilité et le principe substantiel exigeant que le juge rende des décisions raisonnables et respectueuses des droits fondamentaux¹⁴¹⁰. Ces trois principes d'importance équivalente dans la pensée de leur auteur renvoient selon nous à l'efficacité technique, voire technocratique, à la légitimité démocratique ainsi qu'à l'acceptabilité socio-politique, autant de garanties de l'effet *utile* du droit de l'Union.

D'aucuns pourraient voir dans un tel schéma une démarche radicalement anticonstitutionnaliste dans la mesure où elle admet que le droit international puisse céder face à des principes concurrents. Pour notre part, nous y voyons au contraire l'expression du constitutionnalisme cosmopolitique. En effet, Mattias Kumm retient une conception large du constitutionnalisme. S'il reconnaît que le respect du droit international – et par extension du droit de l'Union – est sans doute l'un des principes les plus importants des démocraties constitutionnelles, il adopte une position conséquente. Il considère en effet que la primauté des normes externes peut être concurrencée au nom même d'une certaine idée du constitutionnalisme¹⁴¹¹, comme en témoignerait déjà la pratique juridictionnelle¹⁴¹². Il en

¹⁴⁰⁸ KUMM M., « Constitutional Democracy Encounters International Law », in CHOUDHRY S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge UP, 2006, p. 256. Egalement KUMM M., « The Legitimacy of International Law : A Constitutionalist Framework Analysis » (2004) *EJIL*, p. 907.

¹⁴⁰⁹ A l'inverse, notons que l'approche pluraliste de Neil MacCormick se noie dans le monisme le plus strict lorsqu'il défend « *pluralism under international law* » (MACCORMICK N., *op. cit.*)

¹⁴¹⁰ A notre sens, le principe de l'identité constitutionnelle est ici pris en compte par les principes de subsidiarité et de respect des droits fondamentaux.

¹⁴¹¹ Suggérant également de mettre en balance le respect du droit international avec les principes constitutionnels, VON BOGDANDY A., « Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say : On the Relationship between International Law and Domestic Constitutional Law », (2008) 6 *I.CON* 3-4, p. 397, sp. 412. Un internationaliste ne saurait selon nous s'offusquer de l'absence de primauté absolue du droit international dans un tel modèle. Il ne s'agit que d'une conséquence – paradoxale mais finalement attendue – de la « constitutionnalisation » de ce dernier. L'existence même du *ius cogens* souligne que le droit international peut mal faire et qu'il est par suite nécessaire de contrecarrer la volonté des États. De plus, il faut garder à l'esprit que l'exigence de primauté du droit international est née pour des raisons largement idéologiques à une époque où le droit constitutionnel était encore embryonnaire et formel. En devenant substantiel à travers la protection des droits fondamentaux notamment, celui-ci a changé de nature et est par suite devenu partie prenante du constitutionnalisme libéral au même titre, voire parfois plus que le droit international.

¹⁴¹² L'auteur s'appuie notamment sur l'arrêt *Kadi* précité qui, loin de s'inscrire dans un schéma moniste, ne pourrait être vu selon lui que sous l'angle du constitutionnalisme. Selon nous, le dualisme ainsi que le constitutionnalisme des droits de l'homme, autrement dit un constitutionnalisme partiel, ont prévalu dans cette affaire. Si le Tribunal de première instance a rendu une décision exclusivement fondée sur la primauté du droit international, la Cour a pour sa part adopté une approche avant tout strictement dualiste. La CJCE a constaté l'insuffisance de la protection des droits fondamentaux par le comité des sanctions de l'ONU mais ne semble pas avoir laissé la porte entrouverte en cas de renforcement de la protection internationale. En effet, en s'abstenant de rendre un arrêt de type *Solange I* et en recourant à une rhétorique peu coopérative – évoquant la « prétendue

résulte dès lors que, lorsque l'identité constitutionnelle est en cause, celle-ci sera mise en balance avec les autres principes du constitutionnalisme sans que, à l'issue de l'opération de pondération, on puisse dire en termes monistes que de la Constitution ou du droit de l'Union aura bénéficié de la primauté. L'identité constitutionnelle conduit donc à considérer d'abord que l'unité du droit de l'Union n'est plus strictement hiérarchique, ensuite qu'elle n'est pas fondée sur la primauté du droit de l'Union mais sur celle des valeurs et principes du constitutionnalisme.

Revenant à l'une de nos interrogations initiales, il apparaît donc que la théorie du constitutionnalisme cosmopolitique dans laquelle s'insère l'identité constitutionnelle fait office de théorie du fédéralisme dans l'Union européenne. Une telle affirmation est problématique. En effet, il a pu être avancé que le fédéralisme était avant tout une théorie du pouvoir, plus spécifiquement une théorie de l'aménagement de celui-ci. De même, « la liberté protégée par le fédéralisme [serait] moins la liberté individuelle que la liberté des peuples ou nations¹⁴¹³. » Ceci est peut-être vrai historiquement mais nous avons pu constater que le fédéralisme dans l'Union européenne est d'un genre particulier dans la mesure où la répartition technique des compétences et le politique importent moins que la limitation du pouvoir et le souci de l'individu. Ce fédéralisme s'avère donc plus constitutionnel qu'institutionnel. Il se laisse difficilement appréhender en tant que structure car, à l'image de l'intégration européenne, il s'agit plutôt d'un processus¹⁴¹⁴. Investissant le champ social en pensant à la fois l'individu et le groupe, le fédéralisme européen apparaît donc plutôt celui d'Althusius que celui de Carl Schmitt¹⁴¹⁵.

Le fédéralisme constitue seulement une des facettes d'un constitutionnalisme cosmopolitique à l'échelle de l'Union¹⁴¹⁶. Tout d'abord, la compatibilité de fond entre fédéralisme et constitutionnalisme est assurée en ce qu'ils sont tous les deux des théories de la dispersion du pouvoir. Ensuite, comme le fédéralisme, le constitutionnalisme – en tant qu'il est cosmopolitique – prend en compte l'unité et la diversité, les différents niveaux de pouvoir

primauté » des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU – la CJCE s'est éloignée du paradigme pluraliste que l'avocat général Poiares Maduro lui suggérerait d'embrasser, cependant non sans ambiguïté.

¹⁴¹³ BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », *op. cit.*, 94-98.

¹⁴¹⁴ Insistant sur le fédéralisme comme processus plutôt que comme institution, v. FRIEDRICH C.J., *Tendances du fédéralisme*, *op. cit.*, 15s. ; ZOLLER E., *op. cit.*, 71s.

¹⁴¹⁵ Pour une comparaison entre Carl Schmitt et Carl Friedrich, disciple d'Althusius, voir BEAUD O., *op. cit.*, 100-103.

¹⁴¹⁶ Pensant ensemble fédéralisme et constitutionnalisme aux États-Unis après avoir entièrement évacué le concept de souveraineté, CHOPIN T., *La République « une et divisible ». Les fondements de la Fédération américaine*, Plon, 2002, pp. 307s.

et les différents cercles d'appartenance et loyautés de l'homme situé, cherchant à les intégrer dans un ordonnancement global homogène dont la finalité est l' « engagement commun au service du constitutionnalisme¹⁴¹⁷. » Enfin, au-delà du fédéralisme, le constitutionnalisme cosmopolitique porte en lui l'idée de respect des droits de l'homme et de l'État de droit mais aussi celle de contestabilité caractéristique de l'intégration européenne. D'inspiration libérale et postnationale, il insiste sur le citoyen européen et la multiplicité de ses identités et favorise l'émergence d'un patriotisme constitutionnel. Ce faisant, il relativise la place de l'État en tant que tel, le concept de souveraineté absolue et indivisible ainsi que la primauté du droit de l'Union. Aussi, le constitutionnalisme cosmopolitique contribue à renforcer la légitimité du droit de l'Union européenne auprès des citoyens et à assurer l'effet *utile* de son droit qui, plus que la primauté, est aujourd'hui la véritable condition de son existence.

¹⁴¹⁷ KUMM M., « How Does European Union Law Fit into the World of Public Law ? », *op. cit.*, 133.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Confrontée à l'Union européenne, l'identité constitutionnelle des États membres pourrait n'être qu'une norme de résistance. Nouvel avatar des réserves de constitutionnalité, elle semble en effet constituer un obstacle à l'application uniforme et effective du droit de l'UE. Son nom suggère le repli sur soi tandis que son contenu, par hypothèse intangible, peut être opposé par des cours constitutionnelles nationales désireuses d'avoir le dernier mot en la matière. Pourtant, en tant que notion charnière entre ordres juridiques, l'identité constitutionnelle présente en réalité un fort potentiel pratique et théorique dans la mesure où elle est de nature à favoriser la convergence entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union. D'une part, elle semble à même de résoudre le conflit constitutionnel sous réserve qu'elle ne soit préemptée ni par la Cour de justice, ni par les cours constitutionnelles nationales, ni par un quelconque autre acteur. D'autre part, elle pourrait paradoxalement s'inscrire dans le cadre du processus de constitutionnalisation de l'Union européenne.

En premier lieu, sur un plan pratique, il apparaît que l'identité constitutionnelle nationale est une norme de convergence conditionnée. En effet, la confrontation des points de vue nationaux et communautaire montre que la convergence entre ordres juridiques est aujourd'hui imparfaite mais réelle. Examiné depuis les États membres, notre objet renvoie avant tout à des valeurs sociétales propres à ceux-ci pouvant se heurter à la logique libérale – au sens philosophique mais aussi économique – présidant au développement de l'Union européenne. Ces valeurs peuvent être sources de conflits ouverts si elles s'avèrent le reflet d'une approche trop conservatrice ou communautariste de l'identité nationale. La problématique ne sera que plus aigüe si les juridictions constitutionnelles nationales viennent à figer le contenu de l'identité constitutionnelle en le fixant dans le passé, l'interprètent de manière extensive au-delà de ce qui est véritablement crucial *et* distinctif ou bien se bornent à y voir un ensemble de compétences inaliénables. Du point de vue des institutions européennes en revanche, c'est une approche stricte de l'identité constitutionnelle qui tend à prévaloir bien que le respect de celle-ci peut être vu comme un principe du droit de l'Union. Réticent à admettre des réserves nationales de compétences, le droit de l'UE ne reconnaît pas pour sa

part de portée absolue à l'identité constitutionnelle des États membres. Il subordonne la prise en compte des spécificités nationales de nature constitutionnelle au respect des valeurs de l'article 2 TUE, de la « Constitution économique » de l'Europe ainsi que de l'exigence de proportionnalité. S'il apparaît d'ores et déjà que le contrôle de cette dernière est exercé de manière plus lâche lorsque des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle d'un État sont en cause, la CJUE tend encore à faire prévaloir la Constitution économique et ne semble guère favorable à une protection différenciée des droits fondamentaux quand bien même une constitution nationale garantirait un niveau de protection supérieur. Or, l'identité constitutionnelle manquera son objectif si elle devait être un mur étanche construit par un protagoniste unique plutôt qu'un *check-point* ou un simple point de passage où la concertation a le pouvoir du dernier mot. Elle ne pourra développer tout son potentiel en termes de réconciliation que si elle est appréhendée de manière coordonnée par ses différents acteurs. En cela, elle est une norme de convergence conditionnée. Dans ces circonstances, il appartient donc aux juges nationaux et à la CJUE de dialoguer, en particulier au moyen de la question préjudicielle, dans un esprit de loyauté et de respect mutuel. Aucune juridiction ne peut s'arroger le monopole de la définition de l'identité constitutionnelle. Aucune juridiction ne peut se permettre d'avoir une stratégie solitaire. De même, alors qu'il est apparu que la protection la plus efficace de l'identité constitutionnelle intervenait au stade de la création du droit de l'Union, il revient aux exécutifs des États membres – en association avec les Parlements, dans le cadre notamment du contrôle de la subsidiarité – de s'assurer que l'identité de leur ordre juridique puisse être préservée en amont à travers la conclusion de protocoles et lors de l'adoption des règlements et directives.

En second lieu, l'amenuisement des hypothèses de conflits peut aussi être le résultat d'un processus de constitutionnalisation paradoxalement favorisé par le langage de l'identité constitutionnelle que l'Union et les États membres ont en partage. La convergence des ordres implique en effet aussi une convergence des valeurs garantie par l'usage d'une rhétorique commune renvoyant au constitutionnalisme cosmopolitique. Il se pourrait en effet que l'usage doctrinal – que l'on a vu dominant dans la doctrine s'intéressant à l'Union européenne – rattrape l'usage jurisprudentiel en cours dans les États membres, favorisant ainsi la convergence entre le constitutionnalisme national dans sa dimension groupale et le constitutionnalisme européen dans sa dimension individualiste. De fait, un vent de constitutionnalisme libéral souffle toujours sur les constitutions nationales mais également sur les traités européens. Il met en avant la raison incarnée par la figure du juge impartial plutôt

que la volonté représentée par le pouvoir constituant. Il favorise les métamorphoses des identités constitutionnelles nationales à travers notamment le développement des droits individuels au détriment de valeurs communautaires conçues de manière radicale. Tout ceci contribue au renforcement de la congruence structurelle entre le droit de l'Union et les constitutions nationales au point que le cas hongrois peut apparaître aujourd'hui comme une simple exception à la règle. Dans ce contexte, la problématique de l'identité constitutionnelle – et avec elle, celle du conflit normatif entre l'Union et ses États membres – pourrait en fin de compte s'avérer éphémère, confirmant notre sentiment initial vis-à-vis d'un phénomène de mode constituant le pâle reflet d'une nouvelle ère.

BIBLIOGRAPHIE

I. THÉORIE DU DROIT ET PHILOSOPHIE POLITIQUE

A. Études classiques et contemporaines

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985

ALTHUSIUS J., *Politica*, Liberty Fund, 1995

ANZILOTTI D., *Cours de droit international*, 1928, Ed. Panthéon-Assas, 1999

BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, n° 1-1998, p. 83

BEAUD O., *La puissance de l'État*, Léviathan, PUF, 1994

BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Léviathan, PUF, 2007

BRUNET P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société* 50-2002, p. 19

BURKE E., *Réflexions sur la Révolution de France*, Pluriel, Hachette, 2011

CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008

CHOUDHRY S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge UP, 2006

DECENCIERE-FERRANDIERE A., « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'État », *RGDIP*, 1933, p. 45

DELLEDONNE G., MARTINICO G., « Legal Conflicts and Subnational Constitutionalism », *Rutgers L.J.*, à paraître fin 2012

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. Un pluralisme ordonné*, Seuil, 2006

DEMELEMESTRE G., *Les deux souverainetés et leur destin. Le tournant Bodin-Althusius*, Ed. du Cerf, 2011

DUBOUT E., TOUZE S. (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010

DUNOFF J., TRACHTMAN J. (ed.), *Ruling the World. Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge UP, 2009

DUPUY P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, 2002, t. 297, p. 9

- DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, 1977, Léviathan, PUF, 1995
- ELAZAR D.J., *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, 1987
- ELEFTHERIADIS P., « Pluralism and Integrity », (2010) 23 *Ratio Juris* 3, p. 365
- ENDICOTT T., « Law and Language », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*, Edward N. ZALTA (ed.)
- FONTAINE L. (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant, 2011
- FRIEDRICH C.J., *La démocratie constitutionnelle*, Bibliothèque de la Science Politique, PUF, 1958
- FRIEDRICH C.J., *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruxelles, Institut belge de science politique, 1971
- GELLNER E., *Nations et nationalisme*, Payot, 1989
- GOYARD-FABRE S., *L'État. Figure moderne de la politique*, Cursus, Armand Colin, 1999
- GRIFFITH J., « What is Legal Pluralism ? » (1986) *Journal of Legal Pluralism*, 24, p. 1
- HABERMAS J., *Eine Art Schadensabwicklung*, 1987
- HABERMAS J., *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Fayard, 1998
- HÄBERLE P., *L'État constitutionnel*, Coll. Droit public positif, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004
- HALBERSTAM D., « Of Power and Responsibility : The Political Morality of Federal Systems » (2004) 90 *Va. L.Rev.* 3, p. 731
- HESSE K., *Der unitarische Bundesstaat*, C.F. Müller, 1962
- HIRSCHMAN A.O., *Défection et prise de parole*, Fayard, 1995
- HIRSCHMAN A.O., *Les passions et les intérêts*, Quadrige Essais, PUF, 2005
- HOBBSBAWM E., RANGER T. (ed.), *The Invention of Tradition*, Cambridge UP, 1983
- JACOBSON G.J., *Constitutional Identity*, Harvard UP, 2010
- KAHN P.W., *Legitimacy and History. Self-Government in American Constitutional Theory*, Yale UP, 1993
- KAHN P.W., *The Cultural Study of Law : Reconstucting Legal Scholarship*, University of Chicago Press, 1999
- KELSEN H. *Controverses sur la théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Coll. Les introuvables, Ed. Panthéon-Assas, 2005

- KELSEN H., « Les rapports de système. Entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, p. 227
- KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP* 1928, p. 197
- KELSEN H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Scientia, 1960
- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Léviathan, PUF, 1996
- KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant-LGDJ, 1997
- KRISCH N., « The Case for Pluralism in Postnational Law », *LSE Legal Studies Working Paper*, n° 12/2009
- KRISCH N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford UP, 2011
- KUMM M., « The Legitimacy of International Law : A Constitutionalist Framework Analysis » (2004) *EJIL*, p. 907
- KYMLICKA W., *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, La Découverte, 2001
- LAFAILLE F., « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati », *Jus Politicum* n° 7, 2012
- LEBEN C., « Hans Kelsen and the Advancement of International Law » (1998) 9 *EJIL*, p. 287
- LEGRAND P., *Fragments on Law-as-Culture*, Willink, 1999
- LÉVI-STRAUSS C., *L'identité*, Grasset, 1977
- LOUGHLIN M., WALKER N. (ed.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford UP, 2007
- LYOTARD J.-F., *La condition postmoderne*, Editions de Minuit, 1979
- MAISTRE J. (DE), *Considérations sur les France ; suivi de Essai sur le principe générateur des Constitutions politiques*, Ed. Complexe, 2006
- MANENT P., *Cours familial de philosophie politique*, Tel, Gallimard, 2001
- MILLER D., *On Nationality*, Oxford UP, 1995
- MORTATI M., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, 1998
- MÜLLER J.-W., « A General Theory of Constitutional Patriotism », (2008) 6 *I. CON*, p. 72
- NICOLET C., *L'idée républicaine en France (1789/1924)*, Tel, Gallimard, 1982, rééd. 1994

- PAULSON S., LITSCHESKI PAULSON B., *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998
- PRIBAN J. (ed.), *Legal Symbolism. On Law, Time and European Identity*, Ashgate, 2007
- PRIBAN J. (ed.), *Liquid Society and its Law*, Ashgate, 2007
- RAYNAUD P., *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Le temps des idées, Armand Colin, 2008
- RAYNAUD P., « Le droit et la science politique », *Jus Politicum*, n°2, 2009
- RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996
- RAZ J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford UP, 2009
- RICOEUR P., *Parcours de la reconnaissance*, Stock, 2004
- RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990
- ROSANVALLON P., *La société des égaux*, Seuil, 2011
- ROSENFELD M., *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge, 2010
- ROSS A., « Tû-Tû » (1957) 79 *Harv.L. Rev.*, p. 812
- ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique* (textes réunis par Eric Millard), La pensée juridique, Bruylant-LGDJ, 2004
- SANTULLI C., *Le statut international de l'ordre juridique étatique: étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, 2001
- SCELLE G., *Le Pacte des Nations et sa liaison avec le traité de paix*, Nabu Press, 1919
- SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, PUF, 1993
- SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Folio Actuel, Gallimard, 2000
- STERNBERGER D., *Verfassungspatriotismus*, Insel, 1990
- TAYLOR C., *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs, Flammarion, 1999
- THIERRY H., « The Thought of Georges Scelle », (1990) 1 *EJIL*, 193
- TOCQUEVILLE A. (DE), *De la démocratie en Amérique*, Vrin, 1990
- TOCQUEVILLE A. (DE), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Folio Histoire, rééd. Flammarion, 1973
- TRIBE L.H., *The Invisible Constitution*, Oxford UP, 2008
- TRIEPEL H., « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1923, p. 73

TUSHNET M., *Taking the Constitution Away from the Court*, Princeton UP, 1999

VERDROSS A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, 1926

VIRALLY M., « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges Henri Rolin*, Pedone, 1961, p. 488

VON BOGDANDY A., « Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say : On the Relationship between International Law and Domestic Constitutional Law », (2008) 6 *I.CON* 3-4, p. 397

VOYENNE B., *Histoire de l'idée fédéraliste. Les sources, Réalités du Présent*, Presses d'Europe, 1976

WALKER N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003

WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism » (2002) 65 *MLR* 3, p. 317

ZOLLER E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », in *RCADI*, Tome 294 (2002), p. 39

ZOLO D., « Hans Kelsen : International Peace Through International Law » (1998) 9 *EJIL*, p. 306

ZUMBANSEN P., « Transnational Legal Pluralism », (2010) 1 *Transnational Legal Theory* 2, p. 141

B. Études relatives à l'Union européenne

AVBELJ M., « Questioning EU constitutionalisms » (2008) 9 *German Law Journal* 1, p. 1

AVBELJ M., KOMAREK J. (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, 2012

BELLAMY R., « The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism », (2006) 13 *Constellations* 2, p. 181

BESSELINK L.F.M., *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, 2007

BESSON S., « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak With Just One Voice ? », (2004) 10 *ELJ* 3, p. 257

BESSON S., « European Legal Pluralism After *Kadi* », (2009) 5 *EuConst*, p. 237

BESSON S., « How International is the European Legal Order ? Retracing Tuori's steps in the Exploration of European Legal Pluralism », *No Foundations*, 2009

COHEN-TANUGI L., *L'Europe en danger*, Fayard, 1992

CROISAT M., QUERMONNE J.-L., *L'Europe et le fédéralisme*, Clefs, Montchrestien 2^e éd., 1999

- CRUZ VILLALON P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, 2004
- DE BURCA G., « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Jean Monnet Working Paper*, n° 01/09
- DE BURCA G., WEILER J.H.H. (ed.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge UP, 2011
- DE ROUGEMONT D., *L'Europe en jeu*, Editions de la Baconnière, 1948
- DEBRAY R., *Le code et le glaive. Après l'Europe, la nation ?*, Essais, Albin Michel, 1999
- DEBRAY R., *Eloge des frontières*, NRF, Gallimard, 2010
- DEHOUSSE R. (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Presses de Sciences Po, 2002
- ERIKSEN E.O., JOERGES C. AND RÖDL F. (ed.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-National Union: The Unsettled Political Order of Europe*, Routledge, 2008
- FERRY J.-M., *La question de l'État européen*, NRF Essais, Gallimard, 2000
- FERRY J.-M., *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Ed. du Cerf, 2005
- FERRY J.-M., THIBAUD P., *Discussion sur l'Europe*, Calmann-Lévy, 1992
- GIORGI F., *La contribution du pluralisme constitutionnel à la constitutionnalisation de l'Union européenne*, th. dactyl. Université du Luxembourg, 2009
- HAAS E., *The Uniting of Europe : Political, Social and Economic Forces 1950-1957*, Stanford UP, 1958
- HALTERN U., « Pathos and Patina : The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination », (2003) 9 *ELJ* 1, p. 14
- HALTERN U., *Europarecht und das Politische*, Mohr Siebeck, 2005
- JACQUE J.-P., « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, I/1991, p. 119
- KUMM M., « Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe ? » (1999) 36 *CMLR*, p. 351
- KUMM M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », (2005) 11 *ELJ*, p. 262
- LACROIX J., « For a European Constitutional Patriotism » (2002) *Political Studies*, p. 50
- LENAERTS K., « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », (1990) 38 *Am. J. Comp. L.* 2, p. 205
- LENOBLE J., DEWANDRE N. (dir.), *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Ed. Esprit, 1992

- MACCORMICK N., *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford UP, 1999
- MANZELLA A., « After Amsterdam, the Constitutional Identity of the European Union », (1998) 33 *International Spectator* 1, p. 37
- MENON A., SCHAIN M. (ed.), *Comparative Federalism : The European Union and the United States in Comparative Perspective*, Oxford UP, 2006
- MILLON-DELSOL C., *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Léviathan, PUF, 1992
- MÜLLER J.-W., « L'ordre public européen: retour sur la question du patriotisme constitutionnel européen », in *Raison publique*, 2007, n° 7
- NEYER J., WIENER A. (ed.), *Political Theory of the European Union*, Oxford UP, 2011
- NICOLAIDIS K., HOWSE R. (ed.), *The Federal Vision : Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford UP, 2001
- PALERMO F., *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Cedam, 2005
- PERNICE I., « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution-making revisited ? », (1999) 36 *CMLR*, p. 703
- PERNICE I., « The Treaty of Lisbon : Multilevel Constitutionalism in action », (2009) 15 *Colum. J. Eur. L.* 3, p. 349
- PERNICE I., MAYER F., « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, p. 623
- POIARES MADURO M., « The importance of being called a Constitution : Constitutional authority and the authority of constitutionalism », (2005) 3 *I.CON* 2, p. 332
- POIARES MADURO M., « Interpreting European Law : Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », (2007) 1 *European Journal of Legal Studies* 2
- ROSENFELD M., « The European Treaty-Constitution and Constitutional Identity: A View from America », (2005) 3 *I.CON*, p. 316
- SADURSKI W., « European Constitutional Identity? », *EUI Law Working Paper* n° 2006/33
- SCHÖNBERGER C., « Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat Schemas », (2004) *AÖR* 129, p. 81
- SCHÖNBERGER C., *Unionsbürger : Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, 2005
- SHAW JO, « European Union Legal Studies in Crisis ? Towards a New Dynamic », (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 231
- SMITH A., « National Identity and the Idea of European Unity », (1992) 68 *International Affairs* 1, p. 55

STEIN E., *Thoughts from a bridge : a retrospective of writings on new Europe and American federalism*, University of Michigan Press, 2000

TUSHNET M. (ed.), *Comparative Constitutional Federalism. Europe and America*, Greenwood Press, 1990

VON BOGDANDY A., « The European Union as a supranational federation. A conceptual attempt in the light of the Treaty of Amsterdam », (2000) *Colum. J. Eur. L.* 6, p. 27

WARD I., *A Critical Introduction to European Law*, Lexis Nexis, Butterworths, 2nd ed., 2003

WEILER J.H.H., « To be a European Citizen – Eros and civilization » (1997) 4 *Journal of European Public Policy* 4

WEILER J.H.H., WIND M. (ed.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge UP, 2003

WIND M., *Sovereignty and European Integration : towards a Post-Hobbesian Order*, Palgrave Macmillan, 2001

C. Études relatives à l'identité

BAUDRILLARD J., *L'échange impossible*, Gallimard, 1999

BAUMAN Z., *Identité*, L'Herne, 2010

BAUMAN Z., *L'amour liquide. De la fragilité des liens entre les hommes*, Pluriel, Fayard, 2010

BAUMAN Z., *La vie en miettes. Expérience postmoderne et moralité*, Le Rouergue/Chambon, 2003

DE BENOIST A., *Nous et les autres. Problématique de l'identité*, Krisis, 2007

FERRET S., *Le bateau de Thésée. Le problème de l'identité à travers le temps*, Editions de Minuit, 1996

FOUCAULT M., *Le souci de soi*, Gallimard, 1984

HUNTINGTON S., HOCHSTEDT B. *Qui sommes-nous ? Identité nationale et choc des cultures*, Odile Jacob, 2004

KAUFFMANN J.-C., *L'invention de soi. Une théorie de l'identité*, Armand Colin, 2007

LEVI-STRAUSS C., *L'identité*, Grasset, 1977

II. DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

A. Ouvrages généraux, manuels, commentaires des traités

BERTHU G., *Le Traité d'Amsterdam contre la démocratie. Texte intégral comparé et commenté*, Liberté politique, François-Xavier de Guibert, 1998

BLUMANN C., DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, Litec, 3^e éd., 2007

BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruylant, 2005

CAPOTORTI F., HILF M., JACOBS F., JACQUE J.P., *Le traité d'Union européenne*, Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985

CLAPIE M., *Manuel d'institutions européennes*, Champs Université, Flammarion, 2^e éd., 2006

CLOOS J., REINESCH G., VIGNES D., WEYLAND J., *Le traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires*, Bruylant, 1993

COLLECTIF, *Le traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Pedone, 1999

CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., MICHEL V. (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005

CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y., SIMON D., *Traités d'Amsterdam et de Nice. Commentaire article par article*, Economica, 2007

CONSTANTINESCO V., KOVAR R., SIMON D. (dir.), *Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, Commentaire article par article*, Economica, 1995

DOUTRIAUX Y., *Le traité sur l'Union européenne*, Armand Colin, 1992

DUPUY P.-M., *Droit international public*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2008

GRABITZ E., HILF M. (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Beck, 38^e éd., 2009

LEJEUNE Y., *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998

O'KEEFFE D., TWOMEY P. (ed.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994

QUOC DINH N., DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, LGDJ, 7^e éd., 2002

RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ, 5^e éd., 2006

TELO M., MAGNETTE P., *De Maastricht à Amsterdam, l'Europe et son nouveau traité*, Complexe Bruxelles, 1998

B. Ouvrages spécialisés, monographies, thèses

AUVRAY M., *Le dialogue entre Conseil d'État et cours européennes. L'exemple significatif du principe d'égalité*, thèse. dactyl., Montpellier, 2009

BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008

BLANCHARD D., *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Editions Apogée, 2001

BLANQUET M., *L'article 5 du traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Bibliothèque de droit international et communautaire, LGDJ, 1994

CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, 1995

CHALTIEL F., *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2000

CHALTIEL F., *Le processus de décision dans l'Union européenne*, Réflexe Europe, La Documentation française, 2006

CLEMENT-WILZ L., *La fonction de l'avocat général près la Cour de Justice*, Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2011

CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Pichon et Durand-Auzias, 1974

DE WITTE B., *The National Constitutional Dimension of European Treaty Revision: Evolution and Recent Debates*, Europa Law, 2004

DI SALVATORE E., *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Giappichelli Editore, 2008

EVERLING U., *Unterwegs zur Europäischen Union. Ausgewählte Aufsätze 1985-2000*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001

GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997

GUILLARD C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruylant, 2006

LE BAUT-FERRARESE B., *L'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres de la Communauté européenne*, thèse dactyl. Lyon 3, 1996

MAITROT DE LA MOTTE A., *Souveraineté fiscale et construction communautaire : recherche sur les impôts directs*, LGDJ, 2005

MARCIALI S., *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007

- MARTI G., *Le pouvoir constituant européen*, th. dactyl. Nancy II, 2008
- MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003
- ONDOUA A., *Etude des rapports entre le droit communautaire et la constitution en France: l'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, L'Harmattan, 2001
- PESCATORE P., *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, 1972, rééd. Bruylant, 2005
- PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes*, PU Liège, 1975, rééd. Bruylant, 2006
- PESCATORE P., *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruylant, 2008
- PHELAN D.R., *Revolt or Revolution. The Constitutional Boundaries of the European Community*, Roundhall, Sweet and Maxwell, 1997
- POIARES MADURO M., *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1998
- SAURON J.-L., *Droit communautaire et décision nationale. Le processus décisionnel national dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit communautaire*, LGDJ, 1998
- SCHMID C., *Multilevel constitutionalism and constitutional conflicts*, thèse dactyl. IUE Florence, 2001
- SCHORKOPF F., *Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000
- SCHÜTZE R., *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Studies in European Law, Oxford UP, 2009
- TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, Hart, 1999
- WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe. « Do the new clothes have an emperor ? » and other essays on European integration*, Cambridge UP, 1999

C. Ouvrages collectifs

- ALSTON P. (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001
- ATRIPALDI V., MICCU R. (cura), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Cedam, 2003

AZOULAI L. (ed.), *The EU as a Federal Order of Competences ?*, Oxford UP, à paraître début 2013

AZOULAI L., BOUCON L., MILLET F.-X. (ed.), *Deconstructing Federalism Through Competences in the EU*, EUI Law Working Paper 2012/06

BARBATO J.-C., MOUTON J.-D. (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, 2010

BARBOU DES PLACES S. (dir.), *Aux marges du traité. Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens, les protocoles et déclarations annexés*, Coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2011

BARONCELLI S., SPAGNOLO C., TALANI L.S. (ed.), *Back to Maastricht: Obstacles to Constitutional Reform within the EU Treaty (1991-2007)*, Cambridge Scholars Publishing, 2008

BERNITZ U., NERGELIUS J. (ed.), *General Principles of European Community Law*, Kluwer Law International, 2000

BESSON S., LEVRAT N., CLERC E. (dir.), *L'interprétation en droit européen. Interpretation in European Law*, Schulthess Verlag, 2011

BIEBER R., WIEDMER P. (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Publications de l'ISDC, Schulthess Verlag, 1995

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens, Pedone, 2011

CALLIESS C. (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten – und Verfassungsverbund*, Mohr Siebeck, 2007

CAPPELLETTI M., SECCOMBE M., WEILER J.H.H., *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter, 1986

CASSESE A., CLAPHAM A., WEILER J.H.H. (ed.), *Human Rights and the European Community : Methods of Protection*, Nomos Verlag, 1991

CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Etudes juridiques, Economica, 2008

CRUCE, *Les mots de la Constitution européenne*, PUF, 2005

DE BURCA G., SCOTT J. (ed.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility ?*, Hart Publishing, 2000

DE WITTE B., HANS D., VOS E. (ed.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, 2001

DUPRAT G. (dir.), *L'Union européenne: droit, politique et démocratie*, Politique d'aujourd'hui, PUF, 1996

GAUDIN H. (dir.), *Droit constitutionnel/Droit communautaire: vers un respect réciproque mutuel?*, Economica, PUAM, 2001

HENNETTE-VAUCHEZ S., SOREL J.-M. (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde?*, Bruylant, 2011

MANGIAMELI S. (cura), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Giuffrè, 2006

MICKLITZ H.-W., DE WITTE B. (ed.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012

MOLINIER J. (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Droit et justice, PUF, 2005

MONJAL P.-Y., NEFRAMI E. (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009

RIDEAU J. (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI), *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Pedone, 2000

VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Modern Studies in European Law, Hart Publishing, 2005

D. Mélanges

Miscellanea Ganshof Van der Meersch, Bruylant, 1972

La Communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau, Pedone, 1974

Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Carl Heymanns Verlag, 1983

Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987

L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Dalloz, 1991

Festschrift für Karl Doehring, Springer, 1989

La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe, De Boeck et Larcier, 1997

État, loi, administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas Spiliotopoulos, Bruylant, 1998

Festschrift für Ulrich Everling, Nomos Verlag, 1995

Gedächtnisschrift für Eberhardt Grabitz, Beck, 1995

Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez-Iglesias, BVW, 2003

Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004

Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004

Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger, Pedone, 2006

Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux, Ed. Apogée, 2006

Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009

Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, Dalloz, 2010

L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, Pedone, 2010

E. Articles

ALLAND D., « A la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits* n° 45, 2007, p. 109

BLECKMANN A., « Die Wahrung der nationalen Identität im Unions-Vertrag », *JZ*, 1997, p. 265

BONICHOT J.-C., « Loin des théories : le refus de la Cour de Justice d'imposer un modèle juridictionnel européen », *RDP*, 2008, p. 745

BRUNET P., « Humpty Dumpty à Babel : les juges et le vocabulaire juridique européen », *LPA*, 15 août 2008, n°164, p. 7

BURGORGUE-LARSEN L., « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne », *RTDE*, 2007, 1, p. 25

CONSTANTINESCO V., « La structure du traité instituant l'Union européenne. Les dispositions communes et finales, les nouvelles compétences », *CDE*, 1993, p. 251

CONSTANTINESCO V., « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTDE*, 2005, 2, p. 305

CURTIN D., « The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces », (1993) 30 *CMLR*, p. 17

- DE WITTE B., « Retour à « Costa ». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE* 1984, p. 425
- DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits* n° 14, 1991, p. 87
- DE WITTE B., « International Law as a Tool » (2009) *EuConst* 5, p. 265
- DONNAT F., « La Cour de Justice et la QPC: chronique d'un arrêt imprévisible et imprévu », *D.* 2010, p. 1640
- DUBOS O., « L'empire de la Cour de Justice sur le vocabulaire juridique européen : le combat de la chèvre contre le chou ou de l'art d'être mi-chèvre, mi-chou », *LPA*, 15 août 2008, n°164, p. 12
- HAGUENAU-MOIZARD C., « Vers une harmonisation communautaire du droit pénal », *RTDE*, 2006, 2, p. 369
- HALTERN U., « Europäischer Kulturkampf. Zur Wahrung „nationaler Identität“ im Unions-Vertrag » (1998) 37 *Der Staat*, p. 590
- HANNIKAINEN L., « Autonomy in Finland : The Territorial Autonomy of the Aland Islands and the Cultural Autonomy of the Indigenous Saami People », (2002) 2 *Baltic Yearbook of International Law*, p. 175
- HERZOG R., GERKEN L., « Stoppt den Europäischen Gerichtshof! », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 septembre 2008
- HUBER P., « Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtsetzung der Europäischen Union. Zur Sicherung und zum Ausbau der Mitwirkungsrechte des deutschen Bundestag », in *Aktuelle Analysen* 24, Hans Seidel Stiftung, München, 2001
- JACQUE J.-P., « Le traité de Lisbonne : une vue cavalière », *RTDE*, 2008, 3, p. 439
- KOUTRAKOS P., « Is Article 297 EC a « reserve of sovereignty » ? » (2000) 37 *CMLR* 6, p. 1339
- KUMM M., FERRERES COMELLA V., « The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the EU » (2005) 3 *I.CON* 2-3, p. 473
- LABAYLE H., « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *CDE* 2006, p. 379
- LEVADE A., « Citoyenneté de l'Union européenne et identité constitutionnelle », *RAE*, 2011, 1, p. 97
- MILLET F.-X., « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », *RDP* n° 6-2010, p. 1729
- MILLET F.-X., « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, p. 307

MOUTON J.-D., « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », *RGDIP*, 2010, 2, p. 257

NIC SHUIBHNE N., « Margins of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law », (2009) 34 *E.L. Rev.*, p. 230

PELLET A., « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADE 1994*, Vol. V, book 2, Dordrecht, Nijhoff, 1997, p. 193

PERNICE I., « Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union », (2011) *AÖR* 136, p. 185

PESCATORE P., « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, 2, p. 337

PLATON S., « Le respect de l'identité nationale des États membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », *RUE*, 2012, p. 150

PRECHAL S., « Community Law in National Courts : The Lessons from Van Schijndel », (1998) 35 *CMLR*, p. 681

RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, 4, p. 677

RODIERE P., « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTDE*, 2008, 1, p. 47

ROSARIA DONNARUMMA M., « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *RFDC*, 2010, 4, p. 719

RUGGERI A., « “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teorie delle fonti e teoria dell'interpretazione” », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 102

SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », in *Annuaire du droit européen 2004*, vol. II, Bruylant, 2006, p. 148

SADURSKI W., « ‘Solange, chapter 3’, Constitutional Courts in Central Europe –Democracy – European Union », (2008) 14 *ELJ* 1, p. 1

SARMIENTO D., « L'arrêt *Melki* : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », *RTDE*, 2010, 3, p. 591

SCELLE G., « Critique du soi-disant domaine de compétence exclusive », *RDILC*, 1933, p. 365

SIMON D., « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits* n° 14, 1991, p. 73

TOTH A.G., « The Legal Status of the Declarations Annexed to the Single European Act », (1986) 23 *CMLR* 4, p. 803

VON BOGDANDY A. et al., « Reverse *Solange* : Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States », (2012) 49 *CMLR* 2, p. 489

VON BOGDANDY A., SCHILL S., « Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag. Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs », *ZaöRV*, 2010, p. 701

WEILER J.H.H., « The Transformation of Europe », (1991) 100 *Yale L.J.*, p. 2403

WEILER J.H.H., LOCKHART N., « Taking Rights Seriously : the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part II », (1995) 32 *CMLR*, p. 579

WORRE T., « First No, Then Yes : The Danish Referendums on the Maastricht Treaty 1992 and 1993 », (1995) 33 *Journal of Common Market Studies* 2, p. 235

III. DROITS NATIONAUX

A. Droit allemand

a. Ouvrages

GIEGERICH T. (Hrsg.), *Der « offene Verfassungsstaat » des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, Duncker & Humblot, 2010

IPSEN J. et al. (Hrsg.), *Verfassungsrecht im Wandel*, Carl Heymanns Verlag, 1995

ISENSEE J., KIRCHHOF P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, C.F. Müller, 3e éd., 2005

MAUNZ T., DÜRIG G. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 63. Ergänzungslieferung, C.H. Beck, 2011

SACHS M. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, 2009

b. Articles

BREUER R., « Die Sackgasse des neuen Europaartikels (Art. 23 GG) », *NVwZ*, 1994, 5, p. 417

DENNINGER E., « Identität versus Integration ? », *JZ*, 2010, p. 969

DI FABIO U., « Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung? », (1993) 32 *Der Staat* 2, p. 191

DUFOUR A., « La théorie des sources du Droit dans l'Ecole du Droit historique », *Archives de philosophie du droit*, tome 27, 1982, p. 85

EVERLING U., « Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes », *DVBl.*, 1993, p. 936

EVERLING U., « Europas Zukunft unter der Kontrolle der nationalen Verfassungsgerichte. Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009 über den Vertrag von Lissabon », *EuR*, 2010, p. 91

GRIMM D., « Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts », (2009) 48 *Der Staat* 4, p. 475

HÄBERLE P., « Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinemde Maastricht II-Entscheidung“ », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2010, p. 317

HALBERSTAM D., MÖLLERS C., « The German Constitutional Court says «Ja zu Deutschland ! » », (2009) 10 *German Law Journal* 8, p. 1241

HATJE A., « Demokratische Kosten souveräner Staatlichkeit im europäischen Verfassungsverbund – zu den Perspektiven der Demokratie in der Europäischen Union nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon », *EuR*, 2010, Beiheft, p. 123

KOTTMANN M., WOHLFAHRT C., « Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil », *ZaöRV*, 2009, p. 443

MAGNON X., « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne », *RFDC*, 2010, 2, p. 417

MAYER F.C., WALTER M., « Die Europarechtsfreundlichkeit des BVerfG nach dem Honeywell-Beschluss », *Jura*, 2011, p. 532

MESTMÄCKER E.-J., « Im Schatten des Leviathan. Anmerkungen zum Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 », *EuR*, 2010, Beiheft, p. 35

MURSWIEK D., « Maastricht und der Pouvoir Constituant. Zur Bedeutung der verfassungsgebenden Gewalt im Prozess der Europäischen Integration », (1993) 32 *Der Staat* 2, p. 161

NETTESHEIM M., « Die Karlsruher Verkündung – Das BVerfG in staatsrechtlicher Endzeitstimmung », *EuR*, 2010, Beiheft, p. 101

NICOLAYSEN G., « Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts » *EuR*, 2010, Beiheft, p. 9

PACHE E., « Das Ende der europäischen Integration? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie », (2009) 36 *EuGRZ* 12, p. 285

PROELSS A., « Zur verfassungsrechtlichen Kontrolle der Kompetenzmässigkeit von Massnahmen der Europäischen Union: Der „ausbrechende Rechtsakt“ in der Praxis des BVerfG », *EuR*, 2011, p. 241

SAUER H., « Kompetenz- und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil. Ein neues Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ? », *ZRP*, 2009, p. 195

SAUER H., « Europas Richter Hand in Hand? Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH nach Honeywell », *EuZW*, 2011, p. 94

SCHÖNBERGER C., « Die Europäische Union zwischen « Demokratiedefizit » und Bundesstaatsverbot », (2009) 48 *Der Staat* 4, p. 535

SCHÖNBERGER C., « Lisbon in Karlsruhe : Maastricht's Epigones at Sea » (2009) 10 *German Law Journal* 8, p. 1155

SCHORKOPF F., « The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon » (2009) 10 *German Law Journal* 8, p. 1219

WEILER J.H.H., « The State "über alles". Demos, Telos and the German Maastricht decision », *Jean Monnet Working Paper* n° 6/95

B. Droit français

a. Ouvrages généraux, manuels et commentaires

CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, Thémis, Droit, 2^e éd., PUF, 2006

DUHAMEL O., MENY Y. (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992

FAVOREU L. et al., *Droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2007

FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Grands arrêts, Dalloz, 14^e éd., 2007

GAUDEMET Y., STIRN B., DAL FARRA T., ROLIN F. (dir.) *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1997

HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929

MATHIEU B. et al., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1983*, Dalloz, 2009

MATHIEU B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Droit fondamental, PUF, 2004

PACTET P., MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, 26^e éd., Sirey, 2007

ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat Droit public, 8^e éd., Montchrestien, 2008

TRONQUOY P., *Les libertés publiques*, La Documentation française, 2000

WEIL P., POUYAUD D., *Le droit administratif*, Que sais-je ?, PUF, 21^e éd., 2006

b. Ouvrages spécialisés, monographies, thèses

AVRIL P., *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Léviathan, PUF, 1997

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, PUAM, Economica, 2001

GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, Editions S.T.H., 1988

MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, PUAM, Economica, 1997

NUTTENS J.-D., *Le Parlement français et l'Europe : l'article 88-4 de la Constitution*, LGDJ, 2001

PONTHOREAU M.-C., *La reconnaissance de droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994

VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999

VIMBERT C., *La tradition républicaine en droit public français*, LGDJ, 1992

c. Ouvrages collectifs

AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Dalloz, 2010

AVRIL P., VERPEAUX M. (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon-Assas, LGDJ Diffuseur, 2000

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989

MATHIEU B. (dir.), *1958-2008: Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, AFDC, Dalloz, 2008

MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La République en droit français*, Economica, 1999

MATHIEU B., VERPEAUX M., MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *Constitution et construction européenne*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006

MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L. (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992

ROUSSILLON H. (dir.), *L'article 88-4 de la Constitution française*, PUSST, 1995

d. Mélanges

Hommages d'une génération de juristes au Président Basdevant, Pedone, 1960

Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005

Etudes en l'honneur de Loïc Philip, Constitution et finances publiques, Economica, 2006

Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Montchrestien, 2008

e. Articles

ALBERTON G., « L'article 88-4 de la Constitution ou l'avènement d'un nouveau Janus constitutionnel », *RDP*, 1995, p. 921

ARRIGHI DE CASANOVA J., « La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *AJDA*, 2004, p. 1536

BEAUD O., « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, p. 1045

BELLOUBET-FRIER N., « Le principe d'égalité », *AJDA*, 20 juillet-20 août 1998, numéro spécial, p. 152

BOUVIER V., « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » *Droits*, n° 3, 1986, p. 87

CASSIA P., « La Constitution européenne limite-t-elle le caractère souverain de la Constitution française ? », *AJDA*, 2004, p. 2185

CHIRAC J., « Un engagement solennel de la nation », *RJE*, numéro spécial, 2005, p. 23

DONNAT F., « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.* 2011, p. 3046

DUBOUT E., « Les « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, 3, p. 451

DUBOUT E., NABLI B., « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », *RFDA*, 2010, p. 1021

- ECK L., « Réflexions sur « les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », à la lumière de la pensée de Ronald Dworkin », *RRJ* 2008-2, p. 1061
- FAVOREU L., « Constitution révisée ou Constitution bis ? », *Le Figaro*, 21 avril 1992 (reproduit in *La Constitution et l'Europe*, Montchrestien, 1992, p. 355)
- FAVOREU L., VEDEL G., « Souveraineté et supra constitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 71
- FELDMAN J.-P., « Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme », *D.* 2009, p. 1036
- FOULQUIER N., « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1829) », *Jus Politicum*, n° 2, 2009
- GENEVOIS B., « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », *RFDA*, 1992, p. 373
- GEORGEL J., « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1960, p. 88
- GREWE C., « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, 11, p. 413
- GUYOMAR M., « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres », *RFDA*, 2007, p. 384
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « Redécouvrir le Préambule de la Constitution, ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », *RFDA*, 2009, p. 397
- JOSSO S., « La République sociale, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ? », *Civitas Europa*, n°21, 2008, pp. 191-233
- LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque », *RFDA*, 2010, p. 301
- LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne ? », in *Annuaire de droit européen 2004*, vol. II, Bruylant, 2006, p. 173
- LEVADE A., « Première QPC sur une disposition législative transposant une directive : non-lieu à statuer ou la poursuite du dialogue avec la Cour de Justice », *Constitutions*, 2011, n°1, p. 54
- MAGNON X., « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2007, p. 578
- MAGNON X., « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *RFDC*, 2010, 4, p. 761
- MARCOU G., « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA*, 2007, p. 192

MATHIEU B., « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *CCC* n° 18, 2005

MAYER F.C., LENSKI E., WENDEL M., « Der Vorrang des Europarechts in Frankreich – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'État vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.) », *EuR*, 2008, 1, p. 63

MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *CCC* n° 29, 2010

MEYER-HEINE A., « Le droit constitutionnel français, instrument de remise en cause de la proposition de la directive communautaire relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement et de la circulation des données à caractère personnel », *RFDC*, 1995, p. 637

MILLET F.-X., « L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexions à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique », *RDP* n°5-2008, p 1305

PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, numéro spécial, 20 juillet-20 août 1998, p. 6

PICOD F., « Charte de l'environnement et droit communautaire », *RJE*, numéro spécial, 2005, p. 209

PINON S., « L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Regard sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *RTDE*, 2008, p. 263

RITLENG D., « Le juge français se veut bon élève de l'Union », *RTDE*, 2012, p. 135

RIVERO J., « Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.* 1972, chr. p. 265

RIVERO J., VEDEL G., « Les principes économiques et sociaux de la Constitution. Le préambule », *Droit social*, 1947, vol. 31, p. 13

SAULNIER-CASSIA E., « Pour une lecture actualisée de l'article 88-1 de la Constitution », *AJDA*, 2010, p. 1505

SAURON J.-L., « La contribution des formations consultatives du Conseil d'État à l'élaboration et à l'application du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, n°43, p. 16

SAUVE J.-M., « Les sanctions administratives en droit public français : état des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA* 2001, p. 16

SCHOETTL J.-E., « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? (suite et fin) », *LPA*, 16 août 2006, n° 163, p. 3

SCHOETTL J.-E., « Rapport français », *CCC* n° 4, 1998, p. 65

SCHOETTL J.-E., « Rapport général – Droit constitutionnel et droit communautaire dérivé : la question du conflit éventuel », *CCC* n° 4, 1998, p. 90.

SIMON D., « L'obscurité clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, Octobre 2006, p. 2

SIMON D., « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, mars 2007, Etude n° 3

STONE SWEET A., « The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority » (2007) *German Law Journal* 10, p. 915

STONE SWEET A., « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *CCC* n° 25, août 2009

SUDRE F., « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union », *RFDA*, 2005, p. 34

VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173

VERPEAUX M., « Révolution, constat et verrou », *AJDA*, 2004, p. 1497

C. Droit irlandais

CHUBB B., *The Politics of the Irish Constitution*, Institute of Public Administration, 1991

HOGAN G., « Law and Religion : Church-State Relations in Ireland from Independence to the Present Day » (1987) 35 *Am. J. Comp. L.* 1, p. 47

HOGAN G., WHYTE G., *J.M. Kelly The Irish Constitution*, Lexis Nexis Butterworths, 4th ed., 2003

HUMPHREYS R., « Interpreting Natural Rights » (1993-1995) 28-30 *I.J.*, p. 221

KEATINGE P. (ed.), *Maastricht and Ireland. What the Treaty means*, Institute of European Affairs, Dublin, 1992

KINGSTON S., « Ireland's options after the Lisbon Referendum : Strategies, implications and competing visions of Europe », (2009) 34 *E.L. Rev.* 3, p. 455

LITTON F. (ed.), *The Constitution of Ireland : 1937-1987*, Institute of Public Administration, 1988

O'HANLON R., « Natural Rights and the Irish Constitution » (1993) 11 *ILT*, p. 8

PHELAN D.R., WHELAN A., « National Constitutional Law and European Integration : FIDE Report », (1997) 6 *IJEL* 1, p. 24

D. Droit des pays d'Europe centrale et orientale

ALBI A., « « Europe » Articles in the Constitutions of Central and Eastern European Countries », (2005) 42 *CMLR*, p. 399

HALMAI G., SCHEPPELE K.L. (ed.), *Amicus Brief for the Venice Commission on the Transitional Provisions of the Fundamental Law and the key Cardinal Laws*, février 2012

KOMAREK J., « Playing with Matches : The Czech Constitutional Court's Ultravires Revolution », www.verfassungsblog.de

KOVACS K., TOTH G.A., « Hungary's Constitutional Transformation », (2011) 7 *EuConst*, p. 183

KUTLESIC V., *Les constitutions postcommunistes européennes. Etude de droit comparé de neuf États*, Bruylant, 2009

PRIBAN J., « Reconstituting Paradise Lost: Temporality, Civility and Ethnicity in Post-Communist Constitutional-Making », (2004) 38 *Law and Society Review* 3, p. 407

TUSSEAU G., « Le constitutionnalisme européen aux prises avec la « désobéissance institutionnelle » des juges nationaux », *RFDA*, 2012, p. 528

E. Autres systèmes juridiques

BARANGER D., *Ecrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Léviathan, PUF, 2008

BURGORGUE-LARSEN L., « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) », CCC n° 18, 2005

DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan and Co. Ltd, 1961

Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée, Bruylant-LGDJ, 2007

LA PERGOLA A., « Quale Europa-Artikel per l'Italia ? », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Giuffrè, 1998, p. 537

IV. DROIT FÉDÉRAL ÉTRANGER

A. Droit allemand

DIETLEIN J., *Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländern : Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der Art. 31 und 142*, Vahlen, 1993

GÖBEL-ZIMMERMANN R., « Asylrechte der Landesverfassungen im Verhältnis zum Bundesrecht », *NVwZ* 1995, p. 763

ISENSEE J., « Diskussionsbeitrag zur Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart », *VVDStRL* 46 (1988) p. 122

LABAND P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Vol. 1, Scientia Verlag Aalen, 5^e éd., 1911

MENZEL J., *Landesverfassungsrecht. Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat*, Boorberg Verlag, 2002

MÖSTL M., « Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt ? Eine Positionsbestimmung im bundesstaatlichen und supranationalen Verfassungsverbund », *AÖR* 130 (2005) p. 350

PESTALOZZA C., « Der « Honecker-Beschluss » des Berliner Verfassungsgerichtshofs », *NVwZ* 1993, p. 340

ROZEK J., « Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Landesgrundrechte und die Anwendung von Bundesrecht », (1994) *AÖR* 199, p. 450

SACKSOFSKY U., « Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Verfassungen der neuen Bundesländer », *NVwZ* 1993, p. 235

SCHILLING T., *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin Verlag, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994

SCHNEIDER H.-P., « Verfassungsrecht der Länder – Relikt oder Rezept ? », *DÖV* 1987, p. 749

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF H.A., « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: la *Bundestreue* (fidélité fédérale) », *RDP* 1979, p. 769

VITZTHUM W.-G., « Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart », (1988) *VVDStRL* 7, p. 29

VON COELN C., *Anwendung von Bundesrecht nach Massgabe der Landesgrundrechte ? Zur Kontrolle bundesrechtlich determinierter Akte der Länder durch die Landesverfassungsgerichte*, Nomos, 2001

B. Droit américain

BRENNAN W.J., « State Constitutions and the Protection of Individual Rights », (1977) 90 *Harv. L.Rev.* 3, p. 489

BRENNAN W.J., « The Bill of Rights and the States : The Revival of State Constitutions as Guardians of Individual Rights », (1986) 61 *N.Y.U. L. Rev.*, p. 535

CHOPIN T., *La République « une et divisible ». Les fondements de la Fédération américaine*, Plon, 2002

ELAZAR D.J., *American Federalism : A View from the States*, Harper and Row Publishers, 3rd ed., 1984

FELDMAN J.-P., *La bataille américaine du fédéralisme. John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Léviathan, PUF, 2004

GARDNER J.A., « The Failed Discourse of State Constitutionalism », (1992) 90 *Mich.L.Rev.*, p. 761

GARDNER J.A., « State Constitutional Rights as Resistance to National Power : Toward a Functional Theory of State Constitutions », (2003) 91 *Geo. L.J.*, p. 1003

HILLS R. JR., « The Political Economy of Cooperative Federalism : Why State Autonomy Makes Sense and « Dual Sovereignty » Doesn't », (1998) 96 *Mich. L. Rev.*, p. 813

KAHN P.W., « Interpretation and Authority in State Constitutionalism », (1993) 106 *Harv. L.Rev.*, p. 1147

MERRITT D.J., « The Guarantee Clause and State Autonomy : Federalism for a Third Century » (1988) 88 *Colum. L.Rev.* 1, p. 1

POST R.C., « Justice Brennan and Federalism » (1990) 7 *Constitutional Commentary*, p. 227

RAPACZINSKI A., « From Sovereignty to Process : The Jurisprudence of Federalism after *Garcia* » (1985) *Sup. Ct. Rev.*, p. 341

ROSENFELD M., « Les décisions constitutionnelles de la Cour suprême américaine pour la session 1998-1999 : redéfinir les limites du fédéralisme au détriment des droits individuels », *RDP* n° 5-2000, p. 1329

TARR G.A., « Constitutional Theory and State Constitutional Interpretation », (1991) 22 *Rutgers L.J.*, p. 841

TUSHNET M., « Can You Watch Unenumerated Rights Drift ? », (2006-2007) 9 *U. Pa. J. Const. L.* 1, p. 209

UTTER R.F., « Swimming in the Jaws of the Crocodile : State Court Comment on Federal Constitutional Issues When Disposing of Cases on State Constitutional Grounds » (1984) 63 *Tex L. Rev.*, p. 1025

WECHSLER H., « The Political Safeguards of Federalism : The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government » (1954) *Colum. L. Rev.*, p. 543

WILLIAMS R.F., « Justice Brennan, the New Jersey Supreme Court and State Constitutions : The Evolution of a State Constitutional Consciousness » (1997-1998) *29 Rutgers L.J.*, p. 763

WILLIAMS R.F., *The Law of American State Constitutions*, Oxford UP, 2009

ZOLLER E., *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2000

C. Droit suisse

AUBERT J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol., 1, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967/1982

AUER A., « Les constitutions cantonales : une source négligée du droit constitutionnel suisse », (1990) *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 91, p. 14

AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, Staempfli, 2000
De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Helbing & Lichtenhahn, Neuchâtel, 1996

EHRENZELLER B., MASTRONARDI P., SCHWEITZER R., VALLENDER K. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Dike Verlag, Schulthess, 2002

MARTENET V., *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Helbing & Lichtenhahn, 1999

SCHMID G., « Souveränität, Staatlichkeit und Identität der Kantone », *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, 1984, p. 104

THÜRER D., AUBERT J.-F., MÜLLER J.-P. (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, 2001

V. DROIT COMPARÉ

BARBE B., MILLET F.-X., « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *RTDH* 78/2009, p. 467

BERMANN G.A., « Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Community and the United States », (1994) 94 *Colum. L. Rev.*, p. 331

BERRANGER T. (DE), *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, LGDJ, 1995

CLAES M., « Constitutionalizing Europe at its Source: The 'European Clauses' in the National Constitutions: Evolution and Typology », (2005) 24 *YEL* 1, p. 81

CLOSA C. (ed.), *The Lisbon Treaty and National Constitutions : Europeanisation and Democratic Implications*, Oslo, ARENA Report n° 3/09

DORSEN N., ROSENFELD M., SAJO A., BAER S., *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, Thomson West, 2003

FERCOT C., *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, thèse dactyl. Univ. Paris 1/Cologne, 2010

GAY L., MAZUYER E., NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006

KELLERMANN A.E., DE SWAAN J.W., CZUCZAI J. (ed.), *EU Enlargement. The Constitutional Impact at EU and National Level*, T.M.C. Asser Press, 2001

MARCOU G. (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, L'Harmattan, 1995

MASCLET J.-C., MAUS D. (dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, La Documentation française, 1993

MELTZER D.J., « Member State Liability in Europe and in the United States », (2006) 4 *I.CON* 1, p. 39

MILLET F.-X., *Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition. Etude de droit comparé France-Allemagne*, Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2011

MODERNE F., « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *RFDA* 2002, p. 483

RIDEAU J. (dir.), *Les Etats membres de l'Union européenne. Adaptations, mutations, résistances*, LGDJ, 1997

SANDALOW T., STEIN E. (ed.), *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, Oxford UP, 1982

SAULNIER-CASSIA E., *La participation des Parlements français et britannique aux Communautés et à l'Union européenne. Lecture parlementaire de la construction européenne*, LGDJ, 2002

WALTER M., « Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive », *ZaöRV*, 2012, p. 177

YOUNG E.A., « Protecting Member State Autonomy in the European Union : Some Cautionary Tales from American Federalism », (2002) *77 N.Y.U. L. Rev.*, p. 1612

ZILLER J. (dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, 2003

ZILLER J., ALBI A. (ed.) *The European Constitution and National Constitutions. Ratification and Beyond*, Kluwer Law International, 2007

INDEX

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMEROS DES PAGES)

A

Article 4 § 2 TUE

- F.1 TUE (Maastricht) : 209 à 216, 233, 238
- 6.3 TUE (Amsterdam) : 215, 221, 226, 228
- I-5 TECE : 34, 60, 90, 222 à 233, 250, 431
- But légitime : 216, 217, 286, 320
- Fonctions essentielles de l'Etat : 26, 28, 223, 232 à 243, 265, 384, 400

Avortement

- Irlande : 154, 182, 183, 195 à 198, 265, 271
- Malte : 272

C

Clauses Europe

- Article 23 Loi fondamentale allemande : 85, 88, 91, 93 à 95, 109, 112, 113
- Article 88-1 Constitution française : 46, 57, 62, 63, 75, 82, 87, 88 à 96, 153, 190
- Constitution bis/duale : 92
- Typologie : 84 à 87

Compétences

- exclusives : 108, 240, 241, 244, 245, 317, 384, 400, 405
- retenues : 242, 312, 384

Conception française de la séparation des pouvoirs

- Articles 34 et 37 : 51 à 53, 74, 80, 176, 177, 191
- Cumul des sanctions administratives et pénales : 176 à 178
- Dualité de juridictions : 174, 175, 186, 190, 191

Constitutionnalisme

- cosmopolitique : 19, 407, 413, 418, 424, 427, 428, 434, 436 à 440
- européen : 20, 29, 33, 426, 440
- libéral : 15, 17, 18, 23, 28, 136, 141, 155, 185, 327, 359, 374, 377, 425, 436, 440
- national et étatique : 17, 136, 155, 161, 369, 440
- Patriotisme constitutionnel : 17, 20, 23, 155, 438
- Pluralisme constitutionnel : 417, 418, 426 à 429, 433

Coopération loyale

- et identité constitutionnelle : 37, 70, 117, 120, 121, 216, 223, 232, 247 à 253, 331, 378, 384
- Loyauté : 235, 247, 249 à 253, 317, 318, 370, 415, 419, 423
- Obligations réciproques : 235, 248

D

Déclarations : 230, 237, 260 à 266, 269, 271

Décisions des chefs d'État ou de gouvernement : 267 à 269

Droits fondamentaux

Protection équivalente : 67, 74 à 81, 99, 129, 267, 279, 305

E

Égalité

- entre États membres : 233 à 235, 243

- formelle : 187 à 189

Non-discrimination : 127, 159, 187 à 189, 218, 223, 235, 242, 311, 375 à 378, 425, 434

F

Fédéralisme : 29, 204, 233, 248, 297, 321 à 327, 344, 345, 349, 350, 353, 388, 389, 400 à 415, 423, 437, 438

H

Homogénéité : 216, 245, 337, 338, 349, 350, 351, 353, 359, 369, 372, 373, 375, 419, 423, 425, 435

Homosexualité

Hongrie : 375

Irlande : 183, 195, 196

Pologne : 158

I

Identité constitutionnelle de la France

Article 88-1 : 46, 57, 62, 63, 75, 82, 87, 88 à 96, 153, 190

Conception française de la séparation des pouvoirs : 174 à 179, 190, 191

Dispositions expresses contraires : 31, 57 à 60, 63, 163

Droit d'asile : 61, 166, 179, 180, 342

Droits sociaux : 32, 78, 192, 193, 218

Droits environnementaux : 193, 194

Principes du droit de l'extradition : 80, 166, 179 à 181

République : 149 à 153, 169

Réserves d'interprétation : 90, 158, 166, 170, 171, 180

Identité constitutionnelle de l'Allemagne

Article 23 LF : 85, 88, 91, 93 à 95, 109, 112, 113

Clause d'éternité : 94, 106, 112, 133, 155

Coopération loyale : 121

Europarechtsfreundlichkeit : 100, 117 à 119, 128

Inaliénabilité : 112

Relation de coopération (*Kooperationsverhältnis*) : 118, 130

Réserve de compétences : 108 à 111

Souveraineté : 102 à 107

Ultravires : 114, 115, 122, 126, 127

Identité constitutionnelle de l'Irlande

Article 40.3.3 de la Constitution : 182, 197, 266, 267, 271, 289

Avortement : 154, 182, 183, 195 à 198, 265, 271

Catholicisme : 153 à 155, 182 à 184

Contraception : 195, 196

Droit à la vie de l'enfant à naître : 182, 183, 196 à 198

Famille : 182 à 184, 195 à 198

Homosexualité : 183, 195, 196

M

Marge nationale d'appréciation : 291 à 296

Monisme et dualisme : 392 à 399, 419, 424, 428 à 431, 436

P

Pouvoir constituant : 64 à 67, 88, 91, 94, 96, 112, 113, 133, 136, 155, 173, 187, 269, 271, 298, 306, 331, 335 à 337, 345, 408, 409, 428, 441

Primauté du droit de l'Union

- absolue/relative : 202, 396 à 398, 436

- de rang : 397, 399

- de validité : 396, 399

Proportionnalité : 108, 218, 239, 242, 244, 273, 295, 307, 309 à 312, 318, 319, 371, 378, 382, 404, 405, 440

Protocoles : 259 à 262, 266 à 273, 290, 347, 440

R

République

Égalité : 166 à 174, 187, 190

Indivisibilité; 169 à 173

Laïcité : 173, 174

Réserves aux traités : 263 à 269, 352

Réserves d'interprétation des traités : 90, 158, 166, 170, 171

S

Subsidiarité : 72, 84, 85, 89, 94, 95, 108, 109, 193, 216, 239, 244 à 246, 260, 267, 278 à 280, 313, 325, 327, 331, 379, 384, 403 à 405, 415, 434, 436, 440

Supraconstitutionnalité : 64, 66, 112, 133, 269

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	3
REMERCIEMENTS.....	5
SOMMAIRE.....	7
LISTE DES ABRÉVIATIONS	9
INTRODUCTION : L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE ENTRE CONFLIT ET APAISEMENT	13
PREMIERE PARTIE : L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UNE NORME DE RÉSISTANCE	31
TITRE 1 : UNE STRATÉGIE DE DÉFENSE VARIABLE	37
<i>Chapitre 1 : Une stratégie relativement coopérative en France</i>	<i>39</i>
SECTION 1 : UNE NORME DE RÉFÉRENCE DE L'EXAMEN DU DROIT DÉRIVÉ DE L'UNION LIMITÉE AUX LOIS DE TRANSPOSITION	41
I. LA SUSPENSION DE PRINCIPE DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS DE TRANSPOSITION.....	44
A. Une jurisprudence bien assise fondée sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives	44
1) La décision fondatrice du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique.....	44
2) Les décisions de confirmation ultérieures et les incertitudes relatives à la sanction	46
a) Les confirmations	47
b) Les incertitudes.....	48
B. Une jurisprudence limitée aux lois « se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives ».....	49
1) La persistance d'un contrôle de l'incompétence négative du législateur en cas de marge de transposition	51
a) Motifs d'inconstitutionnalité externe : les articles 34 et 37 de la Constitution... 51	
b) Motifs d'inconstitutionnalité interne	53
2) La persistance d'un contrôle des dispositions étrangères à la directive.....	54
II. LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE COMME CONDITION SUSPENSIVE DE LA SUSPENSION DU CONTROLE.....	56
A. Des dispositions expresses contraires aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France	57

1) Les dispositions expresses et spécifiques contraires de la Constitution.....	57
2) La décision <i>Droit d'auteur</i> du 27 juillet 2006 et l'apparition de la notion d'identité constitutionnelle de la France.....	58
a) Une nouvelle formulation de la réserve de constitutionnalité.....	59
b) La persistance d'un contrôle de constitutionnalité	61
3) L'apparition d'une hiérarchie des normes constitutionnelles	63
B. Un obstacle surmontable sur intervention du constituant : une garantie de souplesse théoriquement contestable	63
SECTION 2 : UNE PORTÉE ENCORE RESTREINTE.....	69
I. LES APPROCHES ALTERNATIVES PERSISTANTES.....	69
A. Le maintien de l'approche traditionnelle en matière de contrôle du droit originaire : l'indistinction des traités communautaires par rapport aux traités classiques	69
1) Le contrôle du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale	70
2) Le contrôle du respect des droits et libertés constitutionnellement garantis.....	73
B. L'approche différente du Conseil d'État en matière de décrets de transposition : la réserve de constitutionnalité tirée de la protection équivalente des droits fondamentaux.....	74
1) La décision d'Assemblée <i>Société Arcelor Atlantique et Lorraine</i> du 8 février 2007: le choix de la protection équivalente des droits fondamentaux au détriment de l'identité constitutionnelle.....	75
2) Le choix critiquable d'une approche alternative en apparence plus coopérative....	78
a) La notion insatisfaisante de protection équivalente des droits fondamentaux....	78
b) Les objections non dirimantes du Conseil d'État vis-à-vis de l'identité constitutionnelle.....	80
II. VERS UNE PRISE EN COMPTE ACCRUE DE LA SPECIFICITE DU DROIT DE L'UNION EN DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNE : PERSPECTIVES POUR L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE.....	82
A. Le développement des « clauses Europe » dans les constitutions des États membres	82
1) L'internationalisation des constitutions	82
2) L'eupéanisation des constitutions.....	83
a) La diversité des clauses Europe	84
b) La reconnaissance constitutionnelle du statut spécifique du droit de l'Union....	86
B. L'article 88-1, clause d'intégration de la Constitution française dans la limite du respect de l'identité constitutionnelle ?	88
1) L'utilisation actuelle de l'article 88-1 C	88
a) Un énoncé initialement déclaratoire et symbolique.....	88
b) Un énoncé gagnant en normativité	90

2) L'utilisation potentielle de l'article 88-1 C.....	91
a) La finalité : asseoir l'autorité de la Constitution tout en facilitant l'insertion du droit de l'Union en droit interne	92
b) Les moyens : une révision de l'article 88-1 à la lumière de l'article 23 I de la Loi fondamentale allemande et de la notion d'identité constitutionnelle.....	93
i. L'inspiration allemande.....	93
ii. Des difficultés surmontables	96
<i>Chapitre 2 : Une stratégie relativement solitaire en Allemagne</i>	<i>99</i>
SECTION 1 : UNE DIMENSION DÉFENSIVE FORTE	101
I. LES CONTOURS INCERTAINS DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE EN ALLEMAGNE.....	102
A. La confusion entre identité constitutionnelle et souveraineté.....	102
1) L'identité constitutionnelle de l'Allemagne, limite de l'intégration européenne .	102
2) Une insistance sur la souveraineté déjà palpable dans la décision <i>Maastricht</i> du 12 octobre 1993	103
3) L'indistinction conceptuelle entre souveraineté, démocratie et identité constitutionnelle	104
a) L'identité de la Constitution comme garantie des droits fondamentaux.....	105
b) L'identité constitutionnelle comme garantie de la souveraineté.....	105
B. La confusion entre identité constitutionnelle et compétences réservées de l'État membre	108
1) La définition de domaines sensibles, approximation de l'identité et justification de la compétence exclusive de l'Allemagne	108
2) La définition peu motivée des domaines sensibles	110
II. LA PORTÉE SIGNIFICATIVE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE EN ALLEMAGNE.....	111
A. Une notion rigide : la supraconstitutionnalité de l'identité constitutionnelle	112
1) L'intangibilité controversée de l'identité constitutionnelle au titre de l'article 79 III LF	112
2) L'impossible évolution vers un État fédéral européen.....	113
B. Une notion effective : le contrôle juridictionnel du respect de l'identité.....	114
1) L'instauration d'un contrôle du respect de l'identité	114
2) Un mécanisme à rapprocher du contrôle ultravires.....	115
SECTION 2 : UNE DIMENSION COOPÉRATIVE PERCEPTIBLE.....	117
I. LA MANIFESTATION DE LA RELATIVE OUVERTURE DU DROIT ALLEMAND AU DROIT DE L'UNION.....	117
A. L'exigence de bienveillance du droit national à l'égard du droit de l'Union	117

1) L'abandon de l'exigence d'une « relation de coopération » (<i>Kooperationsverhältnis</i>)	118
2) Le principe de l'ouverture au droit européen (<i>Europarechtsfreundlichkeit</i>)	118
B. L'attente d'une bienveillance réciproque.....	120
1) La justification tirée de l'article 4 § 2 TUE : les garanties de l'identité constitutionnelle « main dans la main »	120
2) L'expression mutuelle du principe de coopération loyale	121
II. VERS UN ASSOUPPLISSEMENT DE LA PORTÉE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE ?.....	122
A. L'extension du champ de la jurisprudence <i>Solange 2</i>	122
1) Le cas des lois de transposition.....	122
2) Le cas des mesures d'exécution	124
B. Les conséquences potentielles de la neutralisation du contrôle <i>ultravires</i>	127
1) L'édiction de critères plus stricts dans la décision <i>Honeywell</i>	127
2) Perspectives pour l'identité constitutionnelle : vers une jurisprudence des circonstances exceptionnelles en matière européenne ?.....	129
TITRE 2 : LES CONTOURS DE LA STRATÉGIE.....	131
<i>Chapitre 1 : Modélisation des identités constitutionnelles</i>	141
SECTION 1 : LES SOURCES VISIBLES ET INVISIBLES DES IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES	143
I. LE FRONTISPICE DES CONSTITUTIONS	143
A. Les préambules	143
B. Les premiers articles des constitutions.....	144
II. LA CONSTITUTION INVISIBLE.....	145
SECTION 2 : LES TYPES D'IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES	148
I. LES IDENTITÉS LOINTAINES FONDÉES SUR DES VALEURS ASSISES SUR L'INTÉRÊT GÉNÉRAL OU LE BIEN COMMUN : LES EXEMPLES FRANÇAIS ET IRLANDAIS	148
A. L'identité républicaine de la France	149
1) Les articles 1 et 2 de la Constitution	149
2) La singularité du préambule de 1958.....	150
B. L'identité catholique de l'Irlande.....	153
II. LES IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES RÉCENTES FONDÉES SUR LES DROITS : L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE	155
III. L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE MIXTE DES ÉTATS POSTCOMMUNISTES : LES EXEMPLES POLONAIS ET HONGROIS.....	156
A. La Hongrie	156

B. La Pologne	157
1) L'interdiction du mariage homosexuel	158
2) Le droit de propriété et l'exclusion de l'invocabilité horizontale de la clause d'identité constitutionnelle.....	158
<i>Chapitre 2 : Le paradoxe des identités constitutionnelles entre fixité et mutabilité : les exemples français et irlandais.....</i>	<i>161</i>
SECTION 1: LE POIDS DE L'APPROCHE CONSERVATRICE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE ET EN IRLANDE	163
I. LES VALEURS DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE	166
A. La passion française pour l'égalité	166
1) La conception formelle du principe d'égalité	167
2) Les ramifications du principe d'égalité.....	169
a) L'indivisibilité de la République et ses corollaires personnels et linguistiques	169
b) Le principe de laïcité	173
B. La « conception française de la séparation des pouvoirs »	174
1) La conception française de la séparation des pouvoirs <i>stricto sensu</i>	174
2) La conception française de la séparation des pouvoirs <i>lato sensu</i>	176
a) La distinction entre les articles 34 et 37 de la Constitution	176
b) Le cumul des sanctions administratives et pénales.....	177
C. Le droit d'asile et les principes du droit de l'extradition	179
1) La réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dans la décision <i>Schengen</i>	180
2) L'interdiction de l'extradition pour des motifs politiques ou des infractions politiques	181
II. LA CONCEPTION CATHOLIQUE DE LA FAMILLE EN IRLANDE	182
A. Le droit à la vie de l'enfant à naître avant Maastricht	182
B. L'interdiction des conduites homosexuelles avant 1993	183
SECTION 2 : LA MUTABILITÉ DES IDENTITÉS CONSTITUTIONNELLES	185
I. LA TRANSFORMATION DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE LA FRANCE.....	186
A. La transformation de la conception de la République	186
1) Du principe d'égalité formelle au droit à la non-discrimination.....	187
2) De la relative remise en cause de la dualité de juridictions	190
B. La montée en force des droits sociaux et environnementaux.....	192
1) L'inscription des droits sociaux dans le cadre de l'État-nation	192
2) Les droits environnementaux et la réorientation de l'identité vers demain	193

II. LA TRANSFORMATION DE LA CONCEPTION DE LA FAMILLE EN IRLANDE	195
A. La création prétorienne d'un droit à la contraception à partir d'une interprétation actualisée de la Constitution	195
B. L'extension populaire du droit de la mère à la vie	196
CONCLUSION INTERMÉDIAIRE	199
SECONDE PARTIE : L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UNE NORME DE CONVERGENCE	201
TITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPÉCIFICITÉS CONSTITUTIONNELLES NATIONALES PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE	205
<i>Chapitre 1 : L'émergence progressive de la notion d'identité constitutionnelle des États membres en droit de l'Union européenne</i>	207
SECTION 1 : UN CONCEPT EMBRYONNAIRE DANS LA DÉCENNIE 1990	209
I. LE TRAITÉ DE MAASTRICHT ET LE SOUCI DU SPÉCIFIQUE : L'ARTICLE F.1 TUE	209
A. L'introduction de l'article F.1 : une réponse aux préoccupations exprimées lors de la Conférence intergouvernementale	210
B. La négociation de l'article F.1 : les germes de l'identité « constitutionnelle » nationale	212
II. LE TRAITÉ D'AMSTERDAM ET LE SOUCI DU COMMUN	214
A. De l'article F.1 à l'article 6.3 TUE : la relativisation du spécifique au profit du commun	215
B. La clause d'identité nationale, un simple « but légitime » ?	216
SECTION 2 : UNE NOTION APPARUE AU TOURNANT DU SIÈCLE	221
I. UNE NOTION RESULTANT DES TRAITÉS	222
A. Des articles I.5. TECE et 4 TUE (version Lisbonne) à la notion d'identité constitutionnelle de l'État membre	222
B. Les références inédites de la CJUE à l'identité constitutionnelle de l'État membre	225
1) L'audace des avocats généraux : les affaires <i>Marrosu</i> , <i>Michaniki</i> et <i>Alpe Adria Energia</i>	225
2) La relative prudence de la Cour	229
II. UNE NOTION JURIDIQUE AUTONOME	231
A. Identité constitutionnelle et souveraineté de l'État	232
1) L'égalité entre États membres, une condition de respect des identités constitutionnelles nationales	234

2) La confusion erronée du respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre et de la préservation des compétences étatiques	236
a) La clause d'identité constitutionnelle : un principe de répartition des compétences ?	239
i. Le respect des fonctions essentielles de l'État membre, cristallisation d'un domaine réservé destiné à préserver l'identité formelle de l'État.....	239
ii. Le respect de l'identité constitutionnelle ou préserver l'identité matérielle de l'État	243
b) La clause d'identité constitutionnelle : un principe régissant l'exercice des compétences de l'Union, distinct du principe de subsidiarité.....	244
B. Identité constitutionnelle et obligation de loyauté	247
1) Les obligations réciproques asymétriques attachées au principe strict de coopération loyale	248
2) Les obligations mutuelles attachées au principe large de coopération loyale.....	250
<i>Chapitre 2 : Dits et non-dits du droit de l'Union européenne.....</i>	<i>255</i>
SECTION 1 : UNE PROTECTION DISCRÈTE MAIS EFFICACE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE AU STADE DE LA CRÉATION DU DROIT DE L'UNION....	
I. LA PROTECTION DANS LE DROIT ORIGINAIRE.....	
A. La prise en compte naturelle des identités constitutionnelles nationales par les déclarations unilatérales des États membres.....	259
1) Les déclarations interprétatives : un instrument insuffisamment protecteur.....	260
a) Une pratique répandue	260
b) Une portée principalement politique	261
2) Les réserves aux traités et leurs substituts	263
a) Une licéité incertaine	264
b) Une pratique neutralisée: les décisions atypiques des chefs d'État ou de gouvernement.....	265
B. La prise en compte originale de l'identité constitutionnelle des États membres par les protocoles.....	270
1) La technique du renvoi aux systèmes constitutionnels nationaux.....	270
a) Le renvoi explicite au droit à la vie garanti par la Constitution irlandaise	270
b) Les renvois implicites	272
2) Un usage modéré favorisant la reconnaissance mutuelle des identités constitutionnelles nationales	273
II. LA PROTECTION PAR LE DROIT DÉRIVÉ	
A. Une prise en compte encore très modeste.....	274

1) De la simple reconnaissance à l'obligation négative de respect des particularismes constitutionnels.....	275
2) Les ambiguïtés de l'approche communautaire en matière de droits fondamentaux : entre harmonisation et différenciation.....	276
B. Une prise en compte possible : le potentiel du processus décisionnel et l'association des acteurs nationaux à l'élaboration du droit dérivé de l'Union	278
1) L'extension imparfaite du contrôle parlementaire sur les actes de droit dérivé de l'Union	278
2) Le contrôle du Conseil d'État sur les projets d'actes de droit dérivé: une ressource insuffisamment utilisée	281
SECTION 2 : UNE PROTECTION IMPRESSIONNISTE AU STADE DE L'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION PAR LA COUR DE JUSTICE	285
I. MODES DE PRISE EN COMPTE.....	285
A. Une prise en compte souvent implicite.....	286
1) La reconnaissance : une technique rarement utilisée	286
a) L'arrêt <i>Commission c/ Luxembourg</i> de 1996 et l'affaire de <i>Gibraltar</i> de 2006	286
b) L'arrêt <i>Sayn-Wittgenstein</i> : une consécration en demi-teinte	287
2) L'évitement : une technique fréquemment utilisée.....	289
a) La marge nationale d'appréciation.....	292
i. Marge d'appréciation fondée sur les droits constitutionnellement garantis ..	292
ii. Marge d'appréciation fondée sur les principes et valeurs constitutionnels ..	294
b) L'autonomie constitutionnelle de l'État membre	297
i. L'autonomie constitutionnelle <i>stricto sensu</i> : le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres.....	297
ii. L'autonomie constitutionnelle <i>lato sensu</i>	298
B. Une indifférence encore répandue	301
1) L'explication tirée des contraintes structurelles.....	301
2) L'explication tirée des contraintes contentieuses.....	302
a) La CJUE contrainte par les moyens avancés	303
b) La CJUE contrainte par la formulation de la question posée	305
3) L'arrêt <i>Michaniki</i> : un déni d'identité ?	306
II. LIMITES DE LA PRISE EN COMPTE	309
A. Le contrôle de proportionnalité.....	309
1) L'exclusion des interdictions générales et absolues.....	309
2) Une approche souple en présence d'une spécificité constitutionnelle nationale ?	310
B. L'exigence de « respect du droit de l'Union »	312

1) Le principe d'effectivité, limite à l'autonomie constitutionnelle des États membres	313
2) Vers un traitement analogue de l'identité constitutionnelle de l'État et de la nationalité en droit de l'Union ?	317
TITRE 2 : LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES :	
UN PRINCIPE DU DROIT DE L'UNION	321
<i>Chapitre 1 : Perspectives externes et prospective interne</i>	323
SECTION 1 : L'ÉCLAIRAGE APPORTÉ PAR LES EXPERIENCES FÉDÉRATIVES ÉTRANGÈRES	325
I. LE RESPECT DE « L'AUTONOMIE CONSTITUTIONNELLE » DES ENTITÉS FÉDÉRÉES PAR LA CONSTITUTION FÉDÉRALE	331
A. Une reconnaissance fréquente des constitutions des entités fédérées	331
1) Une reconnaissance variable mais réelle de l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées	332
a) Une reconnaissance principalement implicite	332
b) Une reconnaissance parfois ponctuelle	333
i. La « clause de Brême » et la question de l'instruction religieuse dans les écoles publiques allemandes	334
ii. La question de la concurrence des protections des droits fondamentaux en Allemagne	335
2) La reconnaissance du pouvoir constituant des entités fédérées	336
a) La liberté de se donner une Constitution : entre absolu et relatif	336
b) Le contenu propre des constitutions fédérées	337
B. La reconnaissance sélective de l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées en pratique	338
1) L'application préférée des constitutions fédérées en cas de protection supérieure des droits fondamentaux	340
a) Une possibilité théorique en Suisse	340
b) Une possibilité offerte par la Loi fondamentale en Allemagne	341
c) Une possibilité offerte par la jurisprudence aux États-Unis	343
2) L'application limitée des constitutions fédérées dans les autres hypothèses	345
a) Questions de moralité : la prise en compte des circonstances locales	346
b) Questions religieuses : les résistances bavaroises	347
II. L'EMPRISE DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE SUR LES CONSTITUTIONS DES ENTITÉS FÉDÉRÉES	349
A. La condition d'homogénéité dans les structures fédérales	349
1) Une caractéristique essentielle	350

2) Un contenu variable de nature identitaire	351
B. Le principe de primauté dans les États fédéraux : absolu ou relatif ?.....	353
1) Le concept de primauté et ses linéaments : un principe conçu de manière relativement souple dans les États fédéraux eux-mêmes	353
2) Le cas limite des situations non dépourvues de tout lien avec le droit fédéral	356
SECTION 2 : VERS UN PRINCIPE OPPOSABLE	361
I. UN PRINCIPE STRUCTUREL DU DROIT DE L'UNION	361
A. Un principe justifié ou les instruments de la découverte d'un nouveau principe en droit de l'Union	363
1) L'idée de telos de l'Union : l'approche philosophique des principes	363
2) L'internalisation de contraintes externes et le précédent des droits fondamentaux : l'approche pragmatique des principes	365
B. Un principe opportun : la valeur ajoutée de la découverte d'un principe de respect de l'identité constitutionnelle en droit de l'Union.....	367
1) Facteurs en faveur de la reconnaissance formelle et explicite d'un tel principe ...	368
2) Les risques intrinsèques au droit de l'Union dans l'émergence d'un tel principe	369
II. UN PRINCIPE OPPOSABLE DU DROIT DE L'UNION.....	371
A. Le cadre de l'opposabilité : un principe relatif face à l'identité constitutionnelle de l'Union.....	372
1) La clause d'homogénéité constitutionnelle et le cas hongrois	372
2) La « Constitution économique » de l'Union	375
B. Les modalités de l'opposabilité.....	378
1) Les acteurs de l'identité constitutionnelle.....	379
a) Un instrument principalement à la disposition des États membres	379
b) La nécessité d'un dialogue loyal entre juges nationaux et juge communautaire	380
2) Les effets de l'identité constitutionnelle	383
a) Norme de référence et principe d'interprétation dans le champ d'application du droit de l'Union.....	384
b) Les hésitations entre uniformité et différenciation	385
<i>Chapitre 2 : La garantie d'un certain fédéralisme dans l'Union européenne</i>	<i>389</i>
SECTION 1 : LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE OU L'UNITÉ PERDUE	391
I. À LA RECHERCHE DE L'UNITÉ	391
A. Le monisme vu du droit international.....	392
1) Le développement des théories et pratiques monistes face au dualisme.....	392
2) Le renforcement de l'unité par la primauté du droit international	395

B. Le monisme vu du droit de l'Union européenne.....	397
1) La primauté matérielle absolue du droit de l'Union	397
2) Une répartition verticale des compétences peu effective	400
II. LA RELATIVISATION DE L'UNITÉ.....	403
A. La diversité dans le droit de l'Union	404
1) Identité et différenciation	404
2) Différenciation, primauté et uniformité	406
B. La diversité dans la philosophie politique de l'Union	406
1) Une distanciation vis-à-vis de la souveraineté et du politique.....	408
2) Une polarisation sur l'homme situé	414
SECTION 2 : LE RESPECT DE L'IDENTITÉ <i>CONSTITUTIONNELLE</i> OU L'UNITÉ	
RETROUVÉE	417
I. L'UNITE DE L'UNION OU LE CONSTITUTIONNALISME COMME THÉORIE DU	
FÉDÉRALISME	418
A. La recherche d'une unité d'ensemble : entre identité, loyauté et homogénéité.....	419
1) De l'interdépendance d'ordres juridiques autonomes.....	419
2) De la cohérence d'ensemble du <i>ius commune europaeum</i>	421
B. La garantie d'une unité d'ensemble : le constitutionnalisme cosmopolitique	424
II. L'UNITÉ DU DROIT DE L'UNION OU LA PRIMAUTÉ DU	
CONSTITUTIONNALISME.....	429
A. Les faiblesses du monisme hiérarchique.....	430
1) Le maintien possible de la primauté du droit de l'Union.....	430
2) La primauté du droit de l'Union au sens classique : une fiction évitable	431
B. Les ressources du pluralisme hétérarchique.....	433
1) L'identité constitutionnelle, un principe de reconnaissance s'inscrivant dans une	
hiérarchie matérielle souple.....	433
2) La recherche juridictionnelle d'un optimum entre les principes du	
constitutionnalisme.....	435
CONCLUSION GÉNÉRALE	439
BIBLIOGRAPHIE	443
INDEX	473
TABLE DES MATIÈRES.....	477