UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITÉ DE LORRAINE
FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET GESTION

Thèse

en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit

(doctorat nouveau régime – mention droit public)

RÉFLEXIONS SUR LA NATURE DE L'UNION EUROPÉENNE À PARTIR DU RESPECT DE L'IDENTITÉ NATIONALE DES ÉTATS MEMBRES

présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2013

par

Pierre-Etienne Lehmann

Membres du jury :

M. Jean-Christophe Barbato

Professeur de droit public - Université de Nantes (rapporteur)

Mme Ségolène Barbou des Places

Professeur de droit public - Université Paris I Panthéon-Sorbonne (rapporteur)

M. Patrick Daillier

Professeur émérite de droit public - Université Paris Ouest Nanterre La Défense

M. Jean-Denis Mouton

Professeur de droit public - Université de Lorraine (directeur de thèse)

M. Stéphane Pierré-Caps

Professeur de droit public - Université de Lorraine

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur

Remerciements

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude à M. le Professeur Jean-Denis Mouton, qui a accepté non seulement d'encadrer ce travail, mais également de me confier un thème de recherche lui tenant particulièrement à cœur. La constance de son suivi et la grande qualité de ses conseils ont été des plus déterminants pour mener à bien ce travail.

Je remercie ensuite vivement les Professeurs Patrick Daillier et Stéphane Pierré-Caps pour avoir accepté de participer à mon jury de soutenance, de même que les Professeurs Jean-Christophe Barbato et Ségolène Barbou des Places qui, en plus de siéger dans ce jury, ont accepté d'assumer le rôle de rapporteurs.

Je souhaite également adresser mes remerciements aux documentalistes des bibliothèques universitaires et plus particulièrement du centre de documentation européenne pour leur professionnalisme, leur bienveillance et l'aide notable qu'ils m'ont apportés pendant ces années de lecture.

Je ne peux enfin m'empêcher d'avoir une pensée pour ma famille et mes proches qui ont su s'armer de patience pendant ces dernières années de recherche. Leurs encouragements et leur soutien indéfectible m'ont été des plus précieux.

Liste des abréviations

AFDC	Association française de droit constitutionnel
Aff.	Affaire
AIDC	Association internationale de droit constitutionnel
AJDA	Actualités juridiques – Droit administratif
C.C.	Conseil Constitutionnel
C.C.A.	Cour constitutionnelle autrichienne
C.C.F.A.	Cour constitutionnelle fédérale allemande
C.C.I.	Cour constitutionnelle italienne
C.C.Let.	Cour constitutionnelle lettone
C.C.Lit.	Cour constitutionnelle lituanienne
C.C.T.	Cour constitutionnelle tchèque
C.E.	Conseil d'État français
C.E.Esp.	Conseil d'État espagnol
C.S.C.	Cour suprême chypriote
CDE	Cahiers de droit européen
CDF	Charte des droits fondamentaux
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DPCE	*Diritto pubblico comparato ed europeo*
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
JDE	Journal de droit européen
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France

PUL	Presses universitaires de Lyon
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUPS	Presses universitaires Paris Sorbonne
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
PUSST	Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse
RAE	Revue des affaires européennes
RCADI	Rec. des cours de l'Académie de droit International de la Haye
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil
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
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RMCUE	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
RSC	Revue des sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
T.C.E.	Tribunal constitutionnel espagnol
T.C.P	Tribunal constitutionnel polonais
T.C.Port.	Tribunal constitutionnel portugais
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TECE	Traité établissant une Constitution pour l'Europe
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
UNESCO	*United Nations educational, scientific and cultural organization*

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE 1

PARTIE 1 : UNE PROTECTION AMENAGEE DE L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE : DU PROCEDE SOUVERAIN A L'OUVERTURE DU DIALOGUE 17

TITRE 1 : UNE PROTECTION SOUVERAINE DANS LES FONDEMENTS CONTRACTUELS DE L'UNION 19

Chapitre 1: Une protection souveraine de l'État 25

Chapitre 2 : Une protection souveraine dans l'État 87

CONCLUSION DU TITRE 1 : 151

TITRE 2 : UNE PROTECTION AMENAGEE DANS LE PROCESSUS D'INTEGRATION DE L'UNION 153

Chapitre 1 : Un aménagement rendu nécessaire par la primauté 157

Chapitre 2 : Un aménagement rendu possible par le pluralisme 199

CONCLUSION DU TITRE 2 : 275

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 277

PARTIE 2 : UNE PRISE EN COMPTE FONCTIONNELLE DE L'IDENTITE NATIONALE : LE RESPECT DU PARTICULIER ET LA PROTECTION DU COMMUN 281

TITRE 1 : LE RESPECT DE L'IDENTITE NATIONALE, UN DROIT A LA PLURALITE DANS L'UNITE 285

Chapitre 1 : Le respect d'une dimension constitutionnelle de l'identité nationale 289

Chapitre 2 : Le respect d'une dimension culturelle lato sensu de l'identité nationale 365

CONCLUSION DU TITRE 1 : 439

TITRE 2 : LA PROTECTION DE L'IDENTITE COMMUNE, UN VECTEUR D'UNITE DANS LA PLURALITE 443

Chapitre 1 : L'intégration de la protection des droits fondamentaux et la reconnaissance des interprétations nationales spécifiques 445

Chapitre 2 : L'intégration des valeurs communes comme substrat de l'identité de l'Union 527

CONCLUSION DU TITRE 2 : 585

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 587

CONCLUSION GENERALE : 591

BIBLIOGRAPHIE GENERALE 597

INDEX 635

TABLE DES MATIERES 641

Introduction générale

« *La multitude qui ne se réduit pas à l'unité est confusion ; l'unité qui ne dépend pas de la multitude est tyrannie*.»

Blaise Pascal[1]

1. Paradoxalement, pour ne pas dire dans une certaine schizophrénie, plus les États membres entendent affirmer l'unité européenne, plus ils ressentent la nécessité de garantir leur propre existence, de sorte que « la nécessité d'exprimer l'identité nationale s'est imposée à mesure que l'ambition du projet politique de l'Union s'affirmait »[2]. Ainsi, lorsqu'ils se sont résolus dans le traité de Maastricht, par une formule devenue presque incantatoire dans les traités suivants, « à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »[3], ils n'ont pas manqué d'y inscrire de concert un principe singulier selon lequel « L'Union respecte l'identité nationale des États membres […] »[4]. Ce principe est le pendant d'une exigence qu'ils ont pour nombre d'entre eux formulée au niveau interne, le droit de l'Union ne doit pas avoir pour conséquence de porter atteinte à leur identité constitutionnelle.

Intervenant ainsi en concomitance avec le renforcement des prérogatives de l'Union et de sa progression sur la voie d'une communauté politique toujours plus intégrée, les notions « d'identité constitutionnelle » et « d'identité nationale » font depuis l'objet de références croisées et itératives dans les jurisprudences nationales et de l'Union, à tel point qu'il soit devenu impossible de parvenir à la compréhension de l'une sans passer par l'analyse de l'autre. En ce sens, le respect de l'identité nationale par l'Union est indissociable de la protection de l'identité constitutionnelle par l'État, ces deux notions apparaissant finalement telles les deux facettes d'une même pièce, non sans rappeler la dualité de l'État au sein de

[1] PASCAL B., *Pensées*, Paris, Ledoux, vol. 2, 1836, p. 222.
[2] MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., *L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?, Paris*, RMCUE, Mars 2012, pp. 204-209, p. 205.
[3] Préambule et article A TUE Maastricht ; article 1, TUE Amsterdam ; article 1, TUE Nice ; article 1 TUE Lisbonne.
[4] TUE Maastricht, article F; article 6§3, TUE Amsterdam ; article 6§3, TUE Nice ; article 4§2, TUE Lisbonne.

l'Union, un État souverain dont l'identité est constitutionnelle et un État membre dont l'identité devient nationale.

2. Il est coutume de dire que l'Union européenne est un objet juridique non identifié que le chercheur en droit public ne parvient qu'avec le plus grand mal à définir en considération des catégories juridiques préexistantes.

D'un côté, il est à juste titre régulièrement avancé que l'Union n'est pas un État fédéral au sens du droit constitutionnel, dans la mesure où, si elle regroupe et intègre même de façon extrêmement poussée un certain nombre d'États, elle n'en possède toutefois ni la souveraineté, ni le peuple, de sorte qu'il lui manque les critères nécessaires à la qualification étatique. De l'autre, au constat de certaines de ses caractéristiques, il est également entendu, cette fois-ci au sens du droit international, qu'elle a dépassé le stade de la confédération, voire de l'organisation internationale classique. La plus éminente représentation en est certainement symbolisée par le processus d'intégration, visant à établir une connexion sans précédent entre les ordres juridiques étatiques et de l'Union par l'établissement d'un droit commun, dont il apparaît essentiel de garantir l'unité. Or, le sentiment étatique d'un péril venu de l'Union trouve justement pour origine principale l'existence de ce processus d'intégration qui conduit à renouveler, pour ne pas dire bouleverser, les rapports habituellement menés par les États avec le droit international. En effet, l'Union n'est pas sans générer de fortes incidences sur les normes étatiques, dont la plupart proviennent de la reconnaissance prétorienne d'une primauté absolue de son droit.

Ce principe pourrait paraître anecdotique, puisqu'également présent en droit international. Pourtant, il est fondé sur la spécificité de la construction européenne en tant qu' « ordre juridique propre intégré au système juridique des États », la Cour de justice lui prêtant alors des effets sans équivalent en droit international, afin de garantir unité et effectivité au droit de l'Union[1]. Ainsi, sa sanction par une juridiction indépendante des États et sa connexion avec les principes d'applicabilité directe et d'effet direct en feront l'un des principaux révélateurs de la singularité de la construction européenne, en ce qu'il lui est assorti une réelle contrainte venant, par l'encadrement des compétences normatives étatiques et par l'instrumentalisation des juges nationaux, limiter à tous les niveaux l'exercice auparavant monopolistique de la souveraineté par l'État.

[1] CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ E.N.E.L, Aff. C-6/64.

3. Dans ce contexte général, nul doute que le problème essentiel se posant au sein de la construction européenne soit celui des rapports normatifs entre l'ordre juridique de l'État et celui de l'Union et plus particulièrement encore celui du conflit de normes au sein d'un espace juridique devenu concurrentiel. La première manifestation d'une telle tension fut mise en lumière dans le cadre du domaine législatif[1]. Sa résolution, en faveur du droit de l'Union fut, non sans certains heurts juridictionnels[2], finalement assurée par la soumission des juges nationaux, qui acceptèrent de contrôler la compatibilité de la loi au traité[3].

Néanmoins, la question du conflit de primauté a par la suite trouvé un nouveau terreau pour se manifester, celui du droit constitutionnel des États et apparut alors autrement plus compliquée à résoudre. En effet, selon la Cour, le droit national, nonobstant sa valeur constitutionnelle, ne saurait être rendu opposable à l'applicabilité et l'efficacité du droit né des traités[4]. Or, la résolution d'un conflit normatif entre droit de l'Union et droit constitutionnel national ne peut être tranchée d'une façon aussi simple que de reconnaître purement et simplement la supériorité systématique, même réduite à l'applicabilité, du premier sur le second, car l'accepter serait pour l'État mettre potentiellement en péril ses fondements, voire son existence. Cette insolubilité apparente provient ainsi de l'opposition de deux principes contradictoires, pour lesquels « il est radicalement indécidable de trancher »[5], en ce qu'ils visent tous deux à s'imposer comme règles absolues de résolution des conflits normatifs, d'une part la suprématie constitutionnelle, que les États en tant que fondement de leur ordre juridique n'entendent pas abandonner, et d'autre part la primauté du droit de l'Union, dont le caractère existentiel pour cette dernière est tout aussi affirmé par son juge[6]. En somme, il s'agit là d'une revendication concurrente du « droit de dernier mot »[7], de l'affrontement de deux principes dont la négation ébranlerait l'existence de l'une ou de l'autre des parties au conflit normatif, l'Union, en tant qu'organisation politique originale et intégrée aux velléités supranationales, ou l'État membre, en tant qu'État-Nation doté de la souveraineté et d'une autorité normative incontestable sur son territoire.

---

[1] Voir par exemple : Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité, point 7 ; CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, Aff. C-106/77, point 17.
[2] Voir par exemple, C.E., 1er mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, n°62814 ;
[3] Voir par exemple : C.E., 20 octobre 1989, Nicolo, n°108243 (primauté des traités sur la loi) ; C.E., 24 octobre 1990, Boisdet, n°58657 (primauté des règlements sur la loi) ; C.E., Ass., 28 février 1992, Rothmans International France, n°56776 (primauté des directives sur la loi).
[4] CJCE, 17 décembre 1970, Handelsgesellschaft, Aff. C-11/70.
[5] SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Paris*, Pedone, 2011, p. 40.
[6] Voir notamment sur ce point, PESCATORE P., *L'ordre juridique des communautés européennes. Études des sources du droit communautaire*, Liège, presses universitaires de Liège, 1971, p. 177 et 178.
[7] RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, p. 678.

Dès lors, il fallut des garanties pour que les États membres acceptent de soumettre leur droit constitutionnel à l'application uniforme du droit de l'Union, mais surtout une solution qui, toute aussi originale que la construction européenne, puisse permettre la résolution d'un conflit normatif a priori insoluble. C'est dans ce contexte que les notions d'identité nationale et d'identité constitutionnelle purent éclore, en ce qu'elles permirent le dépassement, à l'un comme à l'autre des deux niveaux, de ce conflit aux allures inextricables. Cette solution se présente comme une position intermédiaire, qui vise en substance à corrélativement aménager d'une part, la suprématie constitutionnelle en la limitant pour ce qui concerne le droit de l'Union « au cœur de la Constitution » et d'autre part, le principe de primauté afin de permettre la prise en compte des aspects les plus fondamentaux des droits nationaux lors de l'interprétation du droit de l'Union. En somme, le recours à la notion d'identité serait une solution effective pour parvenir à « concilier l'inconciliable »[1], l'unité de l'Union d'un coté, la pluralité constitutionnelle des États de l'autre.

4. La notion d'identité renvoie non seulement au « caractère permanent et fondamental de quelqu'un, d'un groupe, qui fait son individualité, sa singularité »[2], mais également et de façon paradoxale au « rapport que présentent entre eux, deux ou plusieurs êtres ou choses, qui ont une similitude parfaite »[3]. La notion fait dans les deux cas référence à la représentation des caractéristiques d'un objet ou d'une personne en comparaison d'autres, afin de les positionner les uns par rapport aux autres. Dans le premier cas il s'agit de les distinguer et dans le second de les rapprocher. L'identité d'un objet est finalement ce qui permet par les sens de le situer et de le reconnaître dans une réalité donnée, en comparant ses caractéristiques avec celles d'autres objets présents au sein de cette même réalité.

La prise en compte de cette double signification du terme d'identité transparaît dans les écrits d'Alex Mucchielli selon lequel « *L'identité est un ensemble de critères, de définitions d'un sujet et un sentiment interne. Ce sentiment d'identité est composé de différents sentiments : sentiment d'unité, de cohérence, d'appartenance, de valeur, d'autonomie et de confiance organisés autour d'une volonté d'existence. Les dimensions de l'identité sont intimement mêlées : individuelle (sentiment d'être unique), groupale (sentiment*

[1] LEVADE A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 109-128.
[2] « Identité », Dictionnaire Larousse en ligne.
[3] *Ibidem*.

d'appartenir à un groupe) et culturelle (sentiment d'avoir une culture d'appartenance) »[1]. De même, Alexandre Viala relève qu'il est d'usage de dégager « *deux significations du mot "identité". On oppose généralement l'identité comme ipséité à l'identité comme équivalence. Sensiblement analogue à la notion de spécificité, la première peut signifier pour une personne d'être soi-même et non une autre. De façon bien différente, la seconde désigne le fait, pour une chose, d'être la même qu'une autre* »[2]. D'une manière assez similaire, Marc Blanquet relève et distingue pour sa part « l'ipséité » et la « mêmeté » afin de caractériser ces deux sens du terme identité[3]. Ce dernier s'appuie sur les travaux de Paul Ricœur expliquant qu'il peut être donné « deux significations majeures de l'identité (…) selon que l'on entend par identique l'équivalent de l'*idem* ou de l'*ipse* latin (…) », il retient finalement « la mêmeté pour synonyme de l'*identité-idem* » et lui oppose « l'ipséité par référence à l'*identité-ipse*. »[4]. Anne Levade fait finalement le pont entre ces deux conceptions *a priori* antinomiques de l'identité, lorsqu'elle la définit comme « ce qui permet de mettre en évidence les similarités tout en révélant l'originalité »[5].

Associée à l'État, l'identité signifie ainsi la caractérisation de ce qui le rapproche et le distingue des autres États et qui permet finalement de le situer. Elle est une perception que l'État a de lui-même ou d'un point de vue externe que l'on peut avoir de ce dernier en relevant ses caractéristiques fondamentales qui, propres à cet État ou partagées avec d'autres, sont dotées d'une certaine permanence. Il convient alors de connecter cette première approche de la notion à son utilisation dans le discours juridique, afin de préciser le sens des termes « identité constitutionnelle » et « identité nationale ». Si ces notions font l'objet d'une relation croisée, la première mentionnée a toutefois précédé la seconde. Elle est une exigence qui, formulée dans la jurisprudence étatique, ne sera qu'ultérieurement transposée en tant que devoir de l'Union dans les traités.

---

[1] MUCHIELLI A., *L'identité*, Paris, PUF, 1999, 127 p.
[2] VIALA A., « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Paris*, Pedone, 2011, p. 9.
[3] BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 54-91.
[4] RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 13, cité dans BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 53.
[5] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, p. 173.

5. L'identité constitutionnelle est une notion générique, employée dans les droits nationaux en ces termes précis ou par l'usage de formules analogues[1]. Elle apparaît dans le discours juridique comme une perception que l'État, par l'intermédiaire de ses acteurs politiques et juridictionnels, a de lui-même. La notion, essentiellement évoquée par les juges constitutionnels, est certes employée en réaction au droit de l'Union, puisqu'elle a pour objet de désigner les traits essentiels que les États entendent conserver vis-à-vis de leur appartenance à celle-ci, mais elle est toutefois identifiée selon des critères exclusivement internes. Est donc à considérer comme composante de l'identité constitutionnelle, ce que le droit positif de l'État, essentiellement par la voie jurisprudentielle, qualifie comme telle. Dotée, comme précédemment observé, d'une certaine permanence et d'une certaine fondamentalité, il parut finalement logique pour les États de rechercher leur identité, c'est à dire leurs caractéristiques juridiques essentielles, dans un texte lui-même pourvu de cette permanence et de cette fondamentalité : la constitution. L'ensemble de ses dispositions ne saurait toutefois être retenu comme rattachable au contenu de l'identité constitutionnelle, puisque la notion ne serait alors plus une limite à la soumission des normes constitutionnelles au droit de l'Union et à sa primauté, mais seulement un équivalent de la notion de suprématie constitutionnelle. En effet, le recours à la notion d'identité a justement pour objectif premier de parvenir à une solution intermédiaire qui permette d'adapter la suprématie constitutionnelle au processus d'intégration. En ce sens, si la constitution apparaît logiquement être le terreau de l'identité constitutionnelle, il faut néanmoins en déterminer les critères d'identification. Or, il n'existe pas un critère unique partagé par l'ensemble des États membres, de telle sorte qu'il puisse être trouvé autant de conceptions de l'identité constitutionnelle, que d'États membres ayant eu recours à la notion ou à des formules analogues. L'identité constitutionnelle est donc une notion hétérogène, dont le contenu matériel ne peut être fidèlement représenté qu'en considération d'analyses fondées au cas par cas sur chaque État.

L'un des objets de cette étude est ainsi de déterminer dans une démarche comparative, les différents critères ayant été utilisés par les États, afin de reconnaître les composantes de l'identité constitutionnelle. Sans trop anticiper sur cette tâche, il revient en général au juge constitutionnel de définir ces critères. D'abord, celui-ci peut s'appuyer sur un critère formel, par exemple une disposition de la constitution interdisant ou renforçant la procédure de révision de certaines dispositions de la constitution, telle que respectivement « l'identité

[1] Voir *infra* (§297 et s.).

constitutionnelle » allemande[1], et les « principes fondamentaux de l'État de droit, social et démocratique » espagnol[2]. En somme, l'Union ne peut alors atteindre ce que l'État lui-même ne peut pas ou que très difficilement modifier. Ensuite, le juge peut également s'appuyer sur un critère matériel laissé à sa seule discrétion, à l'instar des règles ou principes inhérents à « l'identité constitutionnelle de la France » alors exclusivement identifiés selon le sentiment du juge[3]. Enfin, il peut même combiner les deux critères comme pour les « principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel » italien qui résultent certes d'une clause d'éternité, mais qui sont identifiés à la discrétion du juge constitutionnel[4]. Dans les deux derniers cas, le catalogue de principes opposables, car considérés comme relevant de l'identité constitutionnelle, est donc particulièrement évolutif.

Si les critères d'identification apparaissent particulièrement hétérogènes, le contenu même des valeurs et principes couverts l'est tout autant. Est-il alors possible de déceler, toujours dans une démarche comparative, certaines grandes catégories de valeurs et de principes associés par les États membres au contenu de leur identité ? Potentiellement, la notion d'identité constitutionnelle, qui est donc matériellement définie par les juges nationaux, ne peut faire référence qu'aux fondements de l'État, à des principes indisponibles, à ce point essentiels que leur protection serait une question de survie de l'État ou de son ordre juridique. Il sera ainsi observé que les États font d'abord valoir des principes et valeurs spécifiques à leur ordre juridique, catégorie qui répond à la première définition donnée du terme d'identité, en ce qu'elle renvoie à des éléments appréhendés différemment dans chaque État selon une « dimension individuelle », c'est à dire à leurs particularités, leur singularité, bref à leur « ipséité constitutionnelle »[5]. Dans ce cadre, l'identité constitutionnelle renvoie, par sa proximité matérielle, à la définition habituellement retenue de l'État-Nation, une communauté politique et culturelle à l'organisation autonome et spécifique. Mais les États font aussi valoir des valeurs partagées avec les autres États membres. Il est alors question dans le second cas d'une dimension groupale de l'identité, en ce que ces caractéristiques sont similaires, équivalentes au sein des États membres, elles mettent en lumière une « mêmeté constitutionnelle »[6]. Dans ce cadre, l'identité constitutionnelle s'inscrit dans le contexte du

[1] Voir par exemple C.C.F.A., 30 juin 2009, Lisbonne, n° 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09.
[2] Voir T.C.E., 4 janvier 2005, T.E.C.E, n° DTC 1/2004.
[3] Voir par exemple C.C., 27 juillet 2006, droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540 DC., ou encore C.C., 30 novembre 2006, secteur de l'énergie, n° 2006-543 DC ; C.C., 17 décembre 2010, Kamel D., n° 2010-79 QPC.
[4] Voir par exemple : C.C.I., 27 décembre 1973, Frontini, n°183/1973.
[5] BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 75 et s.
[6] Ibid. p. 60 et s.

constitutionnalisme libéral, entendu comme une limitation du pouvoir étatique par la reconnaissance et la garantie de droits fondamentaux notamment politiques aux individus qui les composent.

6. Par l'inscription du principe du respect de l'identité nationale dans le traité, il est reconnu aux États membres un droit opposable à l'Union, celui de pouvoir faire valoir devant la Cour, les principes qu'ils ont notamment inclus dans leur identité constitutionnelle. Le principe du respect fut initialement inséré très succinctement dans l'article F du traité de Maastricht : « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques ». Elle a toutefois depuis l'élan du TECE et l'adoption du traité de Lisbonne connu un développement plus conséquent au sein 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, 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 de chaque État membre* ».

D'abord, il faut préciser qu'en ayant pénétré le champ du droit de l'Union, la notion d'identité nationale se distingue à plusieurs titres de la notion d'identité constitutionnelle[1]. Elle est une notion autonome du droit de l'Union, c'est-à-dire qu'il revient au juge de l'Union d'en délimiter les contours matériels, certes en s'inspirant de ce que les États ont pu reconnaître comme relevant de leur identité constitutionnelle et dont les éléments constitutifs sont d'ailleurs pour partie retranscrits dans la clause du respect de l'identité nationale[2], mais tout en conservant une certaine marge de manœuvre. Le choix de la notion d'identité nationale des États membres, plutôt que constitutionnelle n'est d'ailleurs pas anodin. S'il permet d'abord de ne pas cristalliser la notion autour de la constitution des États et de leur identité constitutionnelle, il autorise en outre que des éléments parfois externes à leur

[1] Voir MARTIN S., « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », *RFDC*, 2012, pp. 13-44.

[2] Voir en ce sens, Conclusions MADURO P., CJCE, 8 octobre 2008, Michaniki, Aff. C-213/07, point 31 selon lequel : « L'identité nationale visée comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre » ; voir également RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles*, Bruylant, 2010, pp. 21-47 ; voir aussi PONTHOREAU M.-C., « Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales », *DPCE*, 2007, pp. 1576-1588.

constitution, tels que le domaine culturel[1], voire plus largement socioculturel, puissent néanmoins être couverts par le champ matériel d'application du principe, comme l'a d'ailleurs plusieurs fois démontré la jurisprudence de la Cour[2].

À ce titre, si le traité fournit quelques exemples et indications, sa rédaction demeure « minimale », mais permettant alors, contrairement aux limites induites par une liste exhaustive, de laisser une marge de manœuvre dans la définition par les États et dans la prise en compte par le juge européen, de ce qui pourra relever de l'identité nationale. Elle demeure à ce titre une « disposition ouverte »[3] dans son contenu matériel, pour lequel il sera alors intéressant, au regard des données jurisprudentielles disponibles et dans une démarche empirique, de dresser une systématique.

Il est en outre nécessaire de préciser que le juge de l'Union n'est pas toujours des plus explicite lorsqu'il utilise le principe du respect de l'identité nationale, dont les manifestations dans la jurisprudence sont parfois très discrètes, même si clairement sous-jacentes[4]. À la discrétion fréquente de la Cour, s'oppose néanmoins le militantisme des avocats généraux, qui n'hésitent, ni à renouveler dans leurs conclusions les références à l'identité nationale, ni à exhorter la Cour de la prendre en compte[5]. Il faudra enfin observer que le principe du respect de l'identité nationale n'est pas le seul outil disponible, au sein de l'ordre juridique de l'Union, pour parvenir à la prise en compte de l'identité constitutionnelle des États, notamment lorsqu'il s'agit de valeurs à ce point communes, qu'elles peuvent être absorbées et bénéficier d'une protection intégrée, l'Union faisant alors siennes les valeurs du constitutionnalisme libéral.

---

[1] Voir sur ce point BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 599 p. et du même auteur, « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles*, Bruylant, 2010, pp. 49-71.

[2] Voir par exemple : CJCE, 28 novembre 1989, Groener, Aff. C-379/87 ; CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93 ; CJCE, 5 mars 2009, UTECA, Aff. C-222/07 ; CJUE, 12 mai 2011, Runevič-Vardyn et Wardyn, Aff. C-391/09.

[3] PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *in VIIe Congrès mondial de l'AIDC,* Athènes, 11-15 juin 2007, p. 4.

[4] Voir CJCE, 14 octobre 2004, Omega, Aff. C-36/02 ; voir en ce sens et à propos de cet arrêt, MOUTON J.-D., « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 145 et s.

[5] Voir, Conclusions KOKOTT J., CJCE, 8 mai 2008, UGT-Rioja, Aff. C-428/06 à C-434/06 ; Conclusions MADURO P., CJCE, Michaniki, précitées ; Conclusions KOKOTT J., CJCE, 4 septembre 2008, UTECA, Aff. C-222/07 ; Conclusions MADURO P., CJCE, 30 septembre 2009, Rottman, Aff. C-135/08 ; Conclusions COLOMER R.-J., CJCE, 25 juin 2009, Umweltanwalt, Aff. C-205/08 ; Conclusions JÄÄSKINEN N., CJCE, 16 décembre 2010, Runevič-Vardyn et Wardyn, Aff. C-391/09 ; Conclusions KOKOTT J., CJCE, 21 juin 2012, Italie c/ Commission, Aff. C-566/10.

7. D'une limite souveraine au processus d'intégration soulevée par les juges nationaux au moyen des réserves de constitutionnalité, le respect de l'identité des États membres est devenu un véritable principe du droit de l'Union. Ce principe lui intime de façon générale le devoir de la respecter et implique la reconnaissance par la Cour d'un objectif légitime pour l'État qui veut s'en prévaloir. Ainsi, ce devoir se réalise essentiellement par la voie jurisprudentielle, la Cour multipliant désormais les références à l'identité nationale.

Le principe s'inscrit par conséquent dans une logique d'articulation des ordres juridiques, afin de permettre la conciliation de prétentions *a priori* inconciliables, celle de l'Union relative à l'unité, la primauté de son droit, et celles des États relatives à la préservation de leur identité constitutionnelle, de leurs fondements politiques. En effet, la notion d'identité est devenue dans son lien avec la figure étatique, une notion charnière inhérente à la rencontre des droits et partagée par les ordres juridiques de l'Union et des États.

8. En droit national d'abord, l'identité constitutionnelle apparaît être dans sa fonction première un outil de fermeture partielle des ordres juridiques nationaux aux prétentions intégratives de l'Union, à commencer par la primauté de son droit. Elle fut essentiellement utilisée par les États en tant que réserve de constitutionnalité, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des actes d'exécution ou de transposition du droit dérivé. Il était alors question pour les juges nationaux d'envoyer un message au juge européen, dans un dialogue qui pourrait être qualifié d'informel, voire de monologue prescriptif. L'idée générale serait la suivante : si un acte du droit de l'Union en vient à violer l'identité constitutionnelle de l'État, alors le juge national se réserve le droit souverain, nonobstant les prescriptions du juge de l'Union, de le contrôler et de le laisser inappliqué dans l'ordre juridique interne.

Cette position fut mise en lumière non seulement dans la célèbre ligne jurisprudentielle allemande Solange[1], mais également par la théorie des contre-limites italiennes[2], de même que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel portant sur le contrôle des lois de transposition des directives[3]. La notion fut aussi utilisée par les juges constitutionnels dans le cadre des contrôles de compatibilité *a priori* ou *a posteriori* des traités successifs avec leur constitution, devenant l'un des critères majeurs permettant

[1] C.C.F.A., 29 mai 1974, Solange I, n° BvL 52/71; C.C.F.A., 22 octobre 1986, Solange II, n° 2 BvR 197/83 ; C.C.F.A., 7 juin 2000, marché de la banane, n° 2 BvL 1/97.
[2] C.C.I., 27 décembre 1973, Frontini, n° 183/1973 ; C.C.I., 8 juin 1984, Granital, n° 170/1984 ; C.C.I., 22 octobre 2007, n° 348/2007, point 3.3 et C.C.I., 22 octobre 2007, n° 349/2007.
[3] Voir par exemple C.C., secteur de l'énergie, décision précitée, point 6 ; C.C., droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, décision précitée, point 19.

d'évaluer si le traité peut être ratifié ou maintenu dans son application[1]. Une approche comparative permettra de vérifier que l'identité est effectivement une limite à la révision des traités et à l'applicabilité du droit dérivé.

9. En droit de l'Union ensuite, l'identité nationale apparaît tel le négatif de l'identité constitutionnelle, puisqu'elle vise inversement, non pas à la fermeture de son ordre juridique, mais au contraire à son ouverture envers un droit externe, celui des États membres. L'idée est alors de limiter la réalisation des conflits de normes en rapport avec l'identité constitutionnelle, tels qu'envisagés par les juges nationaux, mais surtout d'empêcher que ces derniers n'en viennent à contrôler unilatéralement l'applicabilité du droit de l'Union. Il revient essentiellement à la Cour de justice de tirer les conséquences de ce devoir lorsqu'un État l'invoque devant elle, soit dans une posture défensive afin de justifier une restriction portée au droit de l'Union, soit dans une posture offensive en vue d'attaquer directement la validité d'un de ses actes. Dans les deux cas, il sera intéressant d'analyser les méthodes ayant permis à la Cour de la prendre en compte.

Il semble à ce titre, que d'un simple objectif légitime rattaché aux raisons d'intérêt général[2] ou encore à celles d'ordre public[3], le respect de l'identité nationale devienne progressivement un principe d'interprétation du droit de l'Union et des notions parfois fondamentales qui le gouvernent[4], ainsi que désormais un motif autonome de justification de restriction portée au droit de l'Union[5]. La juridicité et la portée fondamentale du principe dans les rapports normatifs entre l'Union et les États doivent dès lors être confirmées par une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour.

10. Finalement, outil de fermeture pour les États, principe d'ouverture pour l'Union, la notion d'identité des États membres ne peut toutefois se réduire à une acception aussi manichéenne.

Si d'un côté elle est un outil de fermeture pour les juges nationaux, elle présente

---

[1] C.C.F.A., 12 octobre 1993, Maastricht, n° 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 ; C.C.F.A., Lisbonne, décision précitée ; C.C., 19 novembre 2004, T.E.C.E, n° 2004-505 DC ; T.C.E., 4 janvier 2005, T.E.C.E, n° DTC 1/2004 ; C.C.Let., 7 avril 2009, Lisbonne, n° 2008-35-01 ; T.C.P., 24 novembre 2010, Lisbonne, n° K 32/09 ; C.C.T., 26 novembre 2008, Lisbonne I, n° Pl. ÚS 19/08 ; C.C.T., 3 novembre 2009, Lisbonne II, n° Pl. ÚS 29/09.

[2] CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93 ; CJCE, 13 décembre 2007, UPECB, Aff. C-250/06 ; CJUE, 2 mars 2010, Rottman, Aff. C-135/08.

[3] Arrêt Omega, précité ; CJUE, 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, Aff. C-208/09.

[4] CJCE, 6 septembre 2006, Portugal c/ Commission Aff. C-88/03; CJCE, 12 septembre 2006, Espagne C/ Royaume-Uni, Aff. C-145/04 ; CJCE, 11 septembre 2008, UGT-Rioja ; Arrêt Sayn-Wittgenstein, précité.

[5] CJCE, 5 mars 2009, UTECA, Aff. C-222/07 ; CJUE, 12 mai 2011, Runevič-Vardyn et Wardyn, Aff. C-391/09 ; CJUE, 16 avril 2013, Las, Aff. C-202/11.

également un effet d'ouverture des ordres juridiques internes aux prétentions du droit de l'Union. En effet, l'identité constitutionnelle est conçue comme une limite à l'ouverture qui, lorsqu'elle n'est pas dépassée, autorise le droit de l'Union à pénétrer l'ordonnancement juridique des États sans commune mesure avec le droit international. L'apparition de la notion d'identité nationale en droit de l'Union et sa prise en compte par la Cour de justice ont-elles permis d'endiguer les menaces souveraines, ou au contraire certains conflits normatifs se sont-ils tout de même produits entre identité constitutionnelle et droit de l'Union ? Dans la première hypothèse, il est nécessaire de déterminer si les rapports entre les deux notions d'identité nationale et constitutionnelle ne révèlent pas l'apparition d'une autre logique que la méthode souveraine, qui commanderait désormais les rapports entre l'État et l'Union. Dans la seconde hypothèse, il convient d'évaluer les répercussions pratiques de la réalisation d'un tel conflit normatif.

Si de l'autre côté, elle apparaît être le gage d'une ouverture de l'ordre juridique européen, elle permet également et surtout à la Cour de justice d'encadrer, de réguler et finalement de poser des limites à l'opposabilité de l'identité des États au droit de l'Union et à sa primauté. De plus, aux fins de prise en compte des composantes de l'identité constitutionnelle déterminées par les États, le principe du respect de l'identité nationale se voit compléter par un phénomène d'absorption des valeurs communes qui ne semble pas non plus être sans influencer la construction européenne. Il faut alors se demander de quelle façon cette combinaison peut conduire à générer une identité de l'Union.

11. L'identité est devenue un thème à la mode, particulièrement inscrit dans l'actualité juridique du droit public. Le nombre de références lui étant consacrées en droit positif, que l'identité soit qualifiée de constitutionnelle dans les jurisprudences internes, ou de nationale dans la jurisprudence et les traités de l'Union, connaît une véritable explosion, non sans répercussion sur les travaux de la doctrine. Ce thème a déjà suscité de multiples recherches doctrinales, parmi lesquelles deux ouvrages collectifs issus de plusieurs journées d'études[1], et même plus récemment encore une thèse[2].

L'intérêt manifeste de la doctrine pour ce champ de recherche persiste depuis quelques

[1] BARBATO J.-C. et 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, Bruxelles*, Bruylant, 2010, 332 p. ; BURGORGUE-LARSEN L. (Dir)*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Paris*, Pedone, 2011, p. 168.

[2] MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, dir. DE WITTE B. et MARCOU G., soutenue à European University Institute, 2012, 487 p.

années déjà[1], mais demeure toujours aussi vif[2]. Il se justifie par la centralité de la notion dans une question plus vaste, celle de la singularité de la construction européenne qui, au regard des relations que l'Union européenne et les États membres entretiennent, ne manque pas d'interpeller depuis sa création. Ainsi, les notions d'identité nationale et d'identité constitutionnelle furent régulièrement connectées par la doctrine à divers phénomènes que sont entre autres la constitutionnalisation du droit de l'Union et l'émergence d'une identité constitutionnelle de l'Union[3], le dialogue entre les juges[4], ou encore la reconnaissance aux États membres de droits fondamentaux inhérents à leur statut[5]. La question du respect de

[1] Parmi les premiers auteurs ayant écrit sur le sujet : KARYDIS G., « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *RTDE*, 1994, pp. 551-561 ; 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 - Études en l'honneur de J.C GAUTRON, Paris, Pedone, 2004, pp. 472-477 ; LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*; MAUS D., « Gouvernance et identité en Europe. La problématique de la Constitution pour l'Europe », *Revue européenne de droit public*, 2004, pp. 305-321.

[2] Parmi les derniers auteurs ayant écrit sur le sujet : MARTIN S., « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », *op.cit.* ; MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.* ; voir également CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?, Paris*, RMCUE, Mars 2012, actes d'un colloque au sein duquel se trouvent notamment les contributions suivantes : MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *op.cit.* ; NABLI B., « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne », pp. 210-215 ; PLATON S., « Le respect de l'identité nationale des États membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », pp. 150-158 ; voir enfin BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*.

[3] Voir par exemple : BENOÎT-RHOMER F., « Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz*,* 2010*,* pp. 63-80 ; BLANQUET M., « De l'identité constitutionnelle des États membres à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne », *La semaine Juridique édition générale*, 2012, pp. 1142-1142 ; PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *in VIIe Congrès mondial de l'AIDC, Athènes*, 11-15 juin 2007.

[4] LENAERTS K., « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », *in* BAILLEUX A., CARTUYVELS Y., DUMONT H. et OST F., *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis 2009*,* pp. 623-646 ; LICHÈRE F., POTVIN-SOLIS L. et RAYNOUARD A., « Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? », *in* LICHÈRE F., POTVIN-SOLIS L. et RAYNOUARD A., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? ,* 2004*,* pp. 242 et s ; LAURANS Y., « La résistances des cours suprêmes à la primauté du droit de l'Union européenne : entre dialogue horizontal et monologues parallèles », *Civitas Europa*, juin 2008, pp. 239-261 ; voir aussi du même auteur, « De la friture sur la ligne ? Les limites du dialogue des juges dans l'affaire « Arcelor » », *Politeia*, automne 2009, pp. 73-100.

[5] Voir sur ce point les travaux de MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *op.cit.* ; et du même auteur « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire », *op.cit.* ; voir aussi BARBATO J.-C. et 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, op.cit.*, ouvrage collectif au sein duquel se trouvent notamment les contributions suivantes : MOUTON J.-D., « Introduction : présentation d'une proposition doctrinale », pp. 1-17 ; RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale » pp. 21-47 ; BARBATO J.-C., « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », pp. 49-71 ; POIRAT F., « Les droits fondamentaux de l'États en droit international public » pp. 237-266 ; BARBOU DES PLACES S., « Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une position doctrinale », pp. 289-326.

l'identité nationale n'est alors pas très éloignée de celle relative au pluralisme[1], au « droit constitutionnel composé »[2], ou encore au fédéralisme[3], ces théories qui viennent renouveler la manière d'appréhender la construction européenne, en ce qu'elles visent à relativiser voire à évincer l'importance de la souveraineté pour rendre compte des rapports originaux qui la sous-tendent.

D'ailleurs, évoquer dans le droit de l'Union un devoir pour cette dernière de respecter l'identité nationale des États membres, n'est-il pas déjà sous-entendre que la souveraineté ne suffit plus à la protéger dans le contexte de l'intégration ? Ainsi, de toute évidence, la notion d'identité nationale n'est pas non plus étrangère aux thèmes de recherche sur l'État et sur sa souveraineté dans l'Union[4]. Sont également concernées des théories du droit constitutionnel, telles que la question de la supraconstitutionnalité qui fut relancée par sa connexion avec la notion d'identité constitutionnelle[5], ou encore celle du phénomène d'européanisation des droits constitutionnels[6], mais aussi et surtout celle de la suprématie constitutionnelle qui, en

---

[1] CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 79-94 ; BURGORGUE-LARSEN L., « L'identité constitutionnelle en question(s) », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Paris*, Pedone, 2011, pp. 155-168 ; LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461 ; RITLENG D., « Le pluralisme juridique vu par le Conseil d'État français, un bon pluralisme ? », *Informations de l'Institut de droit européen 2/08*, 2008, pp. 3-6 ; MADURO P., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *in* Walker Neil, *Sovereignty in Transition, Oxford*, Hart Publishing, 2003, pp. 502-537.

[2] PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, 93 p. ; MACCORMICK N., *Questioning sovereignty law, state, and nation in the european commonwealth*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, 222 p.; WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, pp. 317-359.

[3] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p. ; voir de nouveaux les travaux précités de MOUTON J.-D. ; voir aussi DAUPS T., « De la fédération d'États-Nations et de sa constitution », *LPA*, juillet 2002, pp. 4-23 ; voir enfin, BARBATO J.-C. et PETIT Y., *L'union européenne, fédération plurinationale en devenir ?*, Bruylant, actes à paraître d'un colloque organisé à Nancy le 12 Avril 2013.

[4] JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *Jus Politicum*, décembre 2008 ; CHALTIEL F., *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'état membre*, Paris, LGDJ, 2000, 624 p ; GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *in A Man for All Treaties - Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 195-318 ; LEMAIRE F., « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFDC*, 2012, pp. 821-850 ; SAURUGGER S., « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum*, septembre 2012.

[5] DEROSIER J.-P., « Le noyau constitutionnel identitaire frein à l'intégration européenne, contribution à une étude normativiste comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *in VIIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC, Nancy*, 16, 17 et 18 juin 2011 ; voir du même auteur, « La limite au pouvoir de révision constitutionnelle, du concept à la notion », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel, Athènes*, 11-15 juin 2007 ; voir aussi DUBOUT E., « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une supraconstitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, pp. 451-482.

[6] Voir BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, mélanges au sein

certaines occasions, peut se voir concurrencée par la primauté du droit de l'Union[1]. L'insertion du thème de l'identité dans le champ juridique et plus particulièrement dans le discours des juges témoigne finalement des mutations de l'État souverain dans le processus d'intégration, tout autant qu'il met en exergue la singularité de la construction européenne.

12. Le thème de l'identité des États est donc un sujet complexe, car se situant à la rencontre des droits, au cœur des rapports de système. Il implique ainsi l'analyse de droits d'origines variées et présentant de grandes disparités, tant dans les méthodes de réflexion empruntées, que dans les notions employées et nécessite dans ce cadre une approche comparative. Compte tenu de son apparition récente et de son développement incessant, il fait de plus l'objet d'une forte évolutivité tant dans sa définition matérielle que dans son approche fonctionnelle, ce qui conduit toute tentative de catégorisation aux aléas du changement.

Dans ce contexte, il convient d'aborder un tel sujet par une approche globale, en analysant l'ensemble du droit positif, tant au niveau des États, lorsqu'ils font valoir leur identité constitutionnelle, qu'à celui de l'Union, lorsqu'elle est amenée à prendre en compte leur identité nationale. Il est essentiel de faire la mise au point sur les jurisprudences de l'Union et des États, afin d'obtenir un cliché représentatif du rapport entre les normes et les juges. De ce cliché, il pourra être perçu, sous l'angle du respect de l'identité nationale, certains éléments de réponse tenant à la compréhension de la construction européenne. Il sera alors possible de progressivement aborder chacune de ces perspectives de recherche élaborées par la doctrine qui, associées à ou même parfois générées par la notion d'identité des États, ne sont pas sans renseigner sur la nature de l'Union.

---

duquel se trouvent notamment les contributions suivantes : CHALTIEL F., « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des États membres » pp. 67-77 ; OBERDORFF H., « L'européanisation du droit des États membres de l'Union européenne, réflexions sur une énigme, pp. 711-722 ; voir aussi CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *in Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 309-323 ; GAUDIN H., « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 541-557 ; MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 106-118 ; RIDEAU J., « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, pp. 259-297 ; ZILLER J., *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, l'Harmattan, 2003, 336 p.

[1] DUBOUT E., « De la primauté "imposée" à la primauté "consentie" – Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *in IVe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC, Montpellier*, 9, 10 et 11 juin 2005 ; NEFRAMI E., « L'État membre au service de l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 51-77.

13. Ainsi, le principe du respect de l'identité nationale n'est plus seulement une notion permettant l'identification de ce que les États ont de plus essentiel à protéger et de ce que l'Union ne devrait jamais pouvoir menacer, il est aussi un moyen de définir l'Union elle-même et pourquoi pas d'en qualifier plus précisément la nature en tant que construction juridique singulière. Le principe s'inscrit particulièrement bien dans le contexte de la spécificité de la construction européenne, en ce qu'il en est non seulement l'une de ses résultantes, mais également parce qu'il en devient progressivement l'une de ses sources.

Il convient donc de se demander dans quelle mesure le principe du respect de l'identité nationale, situé au cœur des rapports de système, peut renseigner sur la nature même de l'Union en en révélant toute la singularité.

14. Pour répondre à cette problématique, une lecture située des références à l'identité des États membres est indispensable. Si le recours à la notion d'identité constitutionnelle au sein de l'ordre juridique étatique permet de mettre en lumière un aménagement progressif des méthodes tenant à la protection de ses composantes et par là même à la réactualisation des rapports que les États membres entendent entretenir avec l'Union (**Partie 1**), il apparaît en outre que l'application fonctionnelle du principe du respect de l'identité nationale en droit de l'Union, n'est pas sans renseigner, par sa combinaison avec l'absorption des valeurs communes, sur l'identité de l'Union elle-même, ainsi que sur la nature de son droit (**Partie 2**).

Partie 1 : Une protection aménagée de l'identité constitutionnelle : du procédé souverain à l'ouverture du dialogue

15. L'identité nationale respectée par l'Union est indissociable de la protection de leur identité constitutionnelle par les États. L'exigence d'une préservation de l'identité constitutionnelle est d'ailleurs un préalable à la reconnaissance, au sein des traités, d'un devoir de respecter l'identité nationale. Dans ce cadre, l'on peut considérer que cette exigence des premiers est à l'origine du devoir de la seconde. Dès lors, pour parvenir à une compréhension globale de l'apport du principe du respect de l'identité nationale sur la compréhension de la construction européenne, il paraît indispensable de commencer par étudier les méthodes étatiques de protection de l'identité constitutionnelle, ainsi que les critères employés afin d'en reconnaître les composantes, et finalement d'en esquisser dans les grandes lignes une représentation matérielle.

16. Il sera ici entendu par le terme de protection, l'ensemble des actions de nature politiques ou juridiques, qui furent entreprises, ou qui sont entreprenables, par les États dans l'objet de mettre à l'abri de la construction européenne leur identité constitutionnelle. L'utilisation de la notion d'identité constitutionnelle est essentiellement circonscrite aux rapports que l'État entretient avec l'Union dans le cadre du processus d'intégration, puisqu'elle permet d'identifier ce qu'ils ne pouvaient tolérer d'y perdre. Il n'empêche qu'il est particulièrement intéressant, afin de les comparer, de déterminer d'abord les méthodes habituellement utilisées en dehors d'un tel processus par les États, pour protéger les éléments juridiques qui ont été rapprochés de l'identité constitutionnelle. En cela, il est utile d'aborder également la protection de ces éléments dans le cadre de l'élaboration des traités, puisqu'il s'agit là de rapports tout-à-fait identiques à ceux qu'ils entretiennent avec le droit international plus ordinaire.

Le champ d'analyse est ainsi relativement vaste, puisqu'il conduit non seulement à envisager la maîtrise étatique *ex ante* et *ex post* du consentement à participer au projet européen, mais également l'encadrement constitutionnel de ce consentement. Il conduit en outre à étudier le contrôle, multilatéral comme unilatéral, de la procédure de révision des traités par les États membres, ainsi que de façon connexe leur capacité à adopter en son sein

des dispositions utiles à la préservation directe ou indirecte de leur identité constitutionnelle. Il faudra alors également s'interroger sur les éventuelles limites qui, liées à l'identité constitutionnelle, verrouilleraient certaines évolutions potentielles des traités. Néanmoins, il n'est pas seulement question de la formation des traités et des rapports contractuels de l'État membre avec l'Union, il faut aussi et surtout s'attacher à l'analyse de la protection étatique de l'identité constitutionnelle dans le fonctionnement même de l'Union, c'est-à-dire dans le processus d'intégration. Dans ce cadre, l'interrogation porte en substance sur la détermination des fonctions de la notion dans le discours des juges, c'est-à-dire des buts pour lesquels ils ont pu recourir à celle-ci. Il sera alors essentiellement question d'encadrer la pénétration du droit dérivé sur le territoire national et plus particulièrement sa primauté sur le droit constitutionnel.

17. Il est traditionnellement entendu que l'ordre juridique des États est protégé vis-à-vis du droit international par la souveraineté, en ce compris les composantes de leur identité constitutionnelle. Il faudra alors déterminer si l'apparition de la notion d'identité constitutionnelle dans le discours des juges, en réaction au processus d'intégration, ne traduit pas un aménagement voire un infléchissement, de la méthode souveraine, qui mettrait finalement en exergue l'originalité des relations entretenues par les États avec l'Union. En effet, si un tel aménagement peut être décelé, il serait révélateur d'un véritable changement de paradigme, duquel pourrait alors être déduites les premières réponses tenant à la qualification de l'Union européenne. Dans ce cadre, il faudra d'abord s'interroger sur les méthodes souveraines employées par les États dans les fondements contractuels de l'Union (**Titre I**), pour ensuite déceler un éventuel aménagement de ces méthodes dans le processus d'intégration (**Titre II**).

Titre 1 : Une protection souveraine dans les fondements contractuels de l'Union

18. Il conviendra d'amorcer la réflexion par une définition de la souveraineté afin de démontrer le lien intrinsèque qu'entretiennent traditionnellement souveraineté et identité constitutionnelle, ainsi que de préciser en quoi l'exercice de cette souveraineté constitue la méthode classique de protection de l'identité constitutionnelle dans les rapports contractuels de l'État avec le droit international. Selon Carré de Malberg, la souveraineté « dans sa signification originaire […] désigne le caractère suprême d'une puissance indépendante, et en particulier de la puissance étatique »[1]. L'auteur présente là une première définition formelle, qualitative de la souveraineté, à laquelle il ajoute une seconde acception de nature substantielle, quantitative signifiant alors « l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État »[2]. Ces deux définitions formelle et substantielle, bien qu'en apparence distinctes, entretiennent toutefois un lien étroit entre elles, à tel point qu'elles se confondent l'une avec l'autre, l'expression même de la puissance de l'État ne pouvant se réaliser qu'au moyen de l'exercice et du cumul de ces pouvoirs ou compétences souveraines. Jean Combacau s'interrogeant sur cette notion et partant de la définition formelle du premier auteur, la qualifie ainsi comme une qualité étatique, celle de la puissance, comportant deux aspects selon qu'elle soit évoquée sous le prisme du droit constitutionnel ou sous celui du droit international. Dans le premier cadre, elle exprime l'idée d'une puissance suprême et inégalée de l'État dans ses frontières internes. Elle se caractérise par « le pouvoir de briser la résistance des sujets et rivaux potentiels » et « s'apprécie par comparaison avec tout ce qui est intérieur à la sphère de l'État et inférieur à lui »[3]. Dans le second cadre, elle résulte de l'inexistence d'une autorité qui lui serait supérieure à l'extérieur de ses frontières et par conséquent se conçoit comme une « qualité de la puissance étatique »[4]. Or, « si cette qualité est de ne pas être soumis à un pouvoir supérieur [ni à l'intérieur, ni à l'extérieur] alors elle s'analyse comme une liberté, la liberté qu'a l'État de faire ce qui est en son pouvoir »[5]. Une telle définition recoupe d'ailleurs parfaitement la célèbre formule empruntée à Jellinek, « la compétence de la compétence ». Progressivement amenée par la doctrine classique, elle fut

[1] CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz-Sirey, réédition de 2003, p. 79.
[2] *Ibidem*.
[3] COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993 n°67, p. 50.
[4] *Ibidem*.
[5] *Ibid.*, p.50 et 51.

donc poursuivie par la doctrine moderne à l'image cette fois de Ricardo Gosalbo Bono qui, à la suite d'une analyse exhaustive de la doctrine classique, isole les dénominateurs communs aux diverses définitions proposées de la souveraineté, pour parvenir à une définition de celle-ci et une distinction entre sa conception internationale et constitutionnelle similaires à celles retenues par Jean Combacau[1].

19. Il reste qu'au regard de cette définition de la souveraineté, une question demeure en suspens : cette liberté que dévoile le caractère suprême de la puissance étatique, peut-elle souffrir de limitation ? Cette question mérite d'être posée dans la mesure où sa réponse présente une influence déterminante dans l'identification des moyens de préservation de l'identité constitutionnelle par le biais de la souveraineté. Sans y répondre de façon exhaustive, il convient néanmoins, en conservant la distinction précédemment établie sur les conceptions de la souveraineté, de relever deux sources de limites dont elle pourrait souffrir, l'une internationale, l'autre constitutionnelle.

La première, induit deux limites, dont l'une d'ordre conceptuel, découle logiquement de « l'égalité souveraine des États »[2]. La liberté de l'État souverain s'arrêterait là où commence celle de l'autre[3]. Elle est à la fois une garantie et une limite de la souveraineté de chacun d'entre eux, mais apparaît peu utile à la détermination des moyens de préservation de l'identité constitutionnelle. La seconde plus intéressante, résulte quant à elle de l'exercice même de la souveraineté par l'État, qui une fois engagé dans un accord international se doit de le respecter, jusqu'à éventuellement pouvoir le dénoncer. Ainsi du point de vue

[1] GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *in A Man for All Treaties - Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 234-235 ; voir également sur ce point JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *Jus Politicum*, décembre 2008, voir http://www.juspoliticum.com/La-neutralisation-de-la-question,28.html ; voir aussi ROLAND S., « La souveraineté », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 119-125 ; voir enfin POIRAT F., « Les droits fondamentaux de l'États en droit international public », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 247 et s.

[2] GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *op.cit.*, p.235 ; voir sur la notion d'égalité souveraine, ; voir dans le même sens DAILLIER P., FORTEAU M., QUOC DINH N., PELLET A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 428 et s.

[3] Voir en ce sens, JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *Jus Politicum*, décembre 2008, voir http://www.juspoliticum.com/La-neutralisation-de-la-question,28.html, p.12 : « L'Égalité signifie probablement l'égalité par rapport à deux droits fondamentaux : d'une part, le principe de l'exclusion de tous les autres États, c'est-à-dire la sauvegarde de l'autonomie et de l'indépendance de l'État (l'imperméabilité du territoire, par *in parem non habet iurisdictionem* [immunité]) ; d'autre part, le principe d'égalité des États entre eux au sein de la communauté internationale […]. La souveraineté était destinée simplement à exclure la supériorité juridique d'un État sur un autre, c'est-à-dire que la souveraineté signifie seulement l'égalité par rapport à la jouissance des deux droits susmentionnés du souverain ».

international, l'État souverain s'autolimitant « par des règles qu'il a consenti à tenir pour obligatoires à son égard, n'obéit qu'à lui-même en s'y conformant »[1]. Dans cette capacité d'autolimitation, l'État doit ou plutôt peut veiller à ce que l'exercice de cette liberté de s'engager formalisée en la maîtrise de son consentement, ne le conduise pas, au moyen d'un transfert définitif et conséquent de ses compétences souveraines[2], à anéantir sa propre liberté par la dilution de sa substance. En effet, rien ne l'en empêche, mais se pose alors la question de savoir s'il peut « renoncer à n'importe laquelle de ses compétences et contraindre ses pouvoirs quels qu'ils soient, et persister néanmoins dans sa qualité d'État au sens du droit international, dont la souveraineté est un élément statutaire »[3]. Est d'ailleurs parfois évoquée dans la continuité de cette interrogation la question d'un « seuil » critique du transfert de compétences, c'est-à-dire de la substance de la souveraineté, qui une fois dépassé générerait sa déchéance au sens cette fois formel du terme[4]. La souveraineté traduite en la liberté de l'État sur la scène internationale apparaît donc comme une qualité intrinsèque de l'État et par conséquent comme une composante de son identité, dont le transfert s'accompagnerait d'une « impossibilité logique de persister dans la qualité d'État »[5]. Or, l'identité d'un État ou plus largement d'une nation ne se résume pas à sa qualité souveraine, qui bien que l'une de ses composantes, apparaît également et surtout dans son exercice comme le moyen de préservation de cette identité dans son ensemble. Par conséquent, il appartient également à l'État de veiller à ce que l'exercice de sa souveraineté ne le conduise, par ses engagements, au transfert du contrôle complet ou partiel d'une compétence qui, exercée par une autre instance

[1] COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *op.cit.*, p. 51.

[2] Une tentative de listage de ces différentes compétences se trouve dans certains travaux de la doctrine, voir par exemple, JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *op.cit.*, p. 11 : « On peut toutefois essayer de lister les droits (compétences) du souverain comme suit : 1. le droit d'avoir des relations internationales et de conclure des traités ; 2. le droit d'avoir sa propre devise ; 3. le droit d'avoir sa propre armée et sa police ; 4. la non-intervention des autres États dans les affaires intérieures; 5. la compétence des compétences à l'intérieur de l'État (et sa forme originelle spéciale, le *pouvoir constituant*) ».

[3] COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *op.cit.*, p.57.

[4] Ce seuil est notamment abordé par DAUPS T., « De la fédération d'États-Nations et de sa constitution », *LPA*, juillet 2002, p.15 et 16, selon lequel : « Deux manières permettent d'aborder la question du seuil de souveraineté. La première renvoie au nombre de compétences de l'État au-delà duquel il perd sa souveraineté. La seconde insiste plus sur la qualité de ses compétences transférées : le transfert de compétences régaliennes remettrait en cause l'existence de la souveraineté ». L'auteur répond toutefois que la souveraineté ne se limite pas à « une somme de compétences », mais qu'elle est « avant tout une qualité absolue qui ne peut se perdre qu'en toute conscience ». S'appuyant sur la notion de « compétence de la compétence », il en conclura que pour l'État, confier l'exercice de ses compétences souveraines à une autre instance « n'est pas renoncer à son existence ».

[5] *Ibidem* ; voir dans le même sens, DAILLIER P., FORTEAU M., QUOC DINH N., PELLET A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 422, selon lesquels : « Ce n'est que dans l'État que se rencontre la souveraineté et l'immédiateté internationale générale. La combinaison des deux critères permet donc de distinguer l'entité étatique, au sens du droit international, des autres sujets du droit international et des collectivités autonomes du droit interne ».

désormais externe, serait susceptible de porter atteinte à l'identité constitutionnelle. En effet, une telle autolimitation pourrait exclure sa capacité souveraine à protéger son identité tout en remplissant ses obligations internationales.

La seconde révèle également une autolimitation de l'État souverain, mais cette fois au niveau interne et plus précisément constitutionnel. En effet, cette autolimitation résulte comme il est loisible de le retrouver dans les travaux d'András Jakab « de la stratégie des chaînes »[1]. Selon l'auteur : « [l'] une des idées centrales du constitutionnalisme européen continental est que la bête souveraine est enchaînée par la constitution », la souveraineté étant alors exercée « uniquement d'une façon spécifique (constitutionnelle) »[2]. Or, par le transfert de la souveraineté au peuple, créant « les bases juridiques pour la justification des responsabilités de l'État légitimé par le peuple » la souveraineté s'exerce non seulement « dans les limites de la Constitution », mais également dans « la prise de décision par la majorité démocratique, expression d'unité et de cohésion »[3]. C'est d'ailleurs la même observation que formule Olivier Beaud, lorsqu'il précise que « la Constitution comme expression du pouvoir constituant du peuple vise à limiter la puissance étatique »[4]. L'État ne serait alors qu'un « Souverain représentant » selon la formule empruntée par le même auteur à Hobbes[5]. Certes, l'encadrement constitutionnel vise en premier lieu à contrebalancer sa toute puissance dans ses frontières internes, mais il le contraint tout autant dans sa liberté et son indépendance internationale, puisque l'empêchant, à l'un comme l'autre des deux niveaux, de porter atteinte aux caractéristiques essentielles de la nation qu'il représente et pour ainsi dire à son unité et à sa cohésion. Les limites étatiques qui en résultent se concrétisent par l'usage interne de la souveraineté. En effet, le pouvoir constituant originaire, généralement associé au peuple et par définition doté de la souveraineté, impose à l'appareil étatique qui se la voit ensuite confier un ensemble de procédures et d'obligations parmi lesquelles le contrôle de compatibilité des accords internationaux avec la Constitution, la fixation d'une procédure spécifique de révision constitutionnelle ou encore l'interdiction de réviser certaines de ses dispositions. Or, il est possible de déceler dans la mise en œuvre de ces dernières, la protection d'une matière proprement identitaire. Cet encadrement tempère d'une certaine manière la liberté étatique reconnue au niveau international, dans l'objet notamment de

[1] JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *op.cit.*, p.5.
[2] *Ibidem*.
[3] GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *op.cit.*, p.235.
[4] BEAUD O., « Le Souverain », *Pouvoirs*, 1993 n°67, p. 38.
[5] *Ibid.*, p. 35.

préserver l'identité constitutionnelle au niveau interne.

En somme, l'exercice étatique de la souveraineté ne pourra souffrir que des limitations auxquelles le souverain aura lui-même consenti, que ce soit à l'échelon international ou interne et plus spécifiquement constitutionnel. Dans la mesure où la souveraineté de l'État ne s'y exprime qu'en termes de production et de contrôle normatif, ce serait nier sa propre souveraineté que de ne pas se plier au droit qu'il aura lui-même créé ou approuvé, à l'un comme à l'autre des deux niveaux. Comme le conceptualise Jellinek dans sa théorie de l'autolimitation, la souveraineté rapprochée de la notion d'État de droit ne peut être un pouvoir sans limite, mais seulement « la capacité de se déterminer soi-même exclusivement »[1], c'est à dire une « limitation autonome du pouvoir politique, ne connaissant juridiquement aucun lien émanant de pouvoirs étrangers, mais s'en imposant lui-même par l'établissement d'un ordre juridique qui seul permet d'apprécier l'activité de l'État au point de vue juridique »[2].

20. Les premières des méthodes permettant à l'État de préserver son identité constitutionnelle résident indubitablement dans sa propre capacité souveraine à la protéger, soit en refusant de s'autolimiter au niveau international, soit en se limitant de lui-même ou par la voix de son peuple au niveau constitutionnel. Or, l'adhésion au traité de l'Union ou sa révision ne peuvent selon la lettre du traité résulter que d'un accord de volonté entre États souverains, suivi d'une ratification unilatérale selon des procédures fixées par chaque constitution. Lors des phases conventionnelles, les relations entre les États membres et l'Union semblent donc également se limiter aux relations classiques du droit international. Dans ce cadre, la protection de l'identité constitutionnelle y est-elle assurée au moyen de ces deux méthodes souveraines à la fois distinctes et complémentaires ? Afin d'y répondre, seront successivement abordées la protection de l'identité constitutionnelle par l'exercice étatique de la souveraineté conçue comme souveraineté de l'État au sens du droit international (**Chapitre 1**), puis celle assurée par l'organisation, le contrôle et le verrouillage constitutionnel de cet exercice, c'est-à-dire par l'encadrement de la souveraineté dans l'État au sens du droit constitutionnel (**Chapitre 2**).

[1] JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*, Paris, Panthéon Assas, vol. I, 2005, p. 551.
[2] *Ibidem*.

Chapitre 1: Une protection souveraine de l'État

21. Dans les phases conventionnelles de l'Union, les relations entre les États concernés sont à l'instar du droit international exclusivement gouvernées par des rapports de souveraineté. Ainsi, l'identité constitutionnelle ne pourrait y être protégée que par l'exercice étatique de la souveraineté se réalisant dans le consentement de l'État à participer au projet européen. Ce consentement est initial au moment de l'adhésion, mais pourrait être qualifié de continu dans la mesure où il perdure jusqu'à son possible retrait, dont l'éventualité est désormais prévue depuis le traité de Lisbonne. De plus, ce consentement apparaît réitéré lors des évolutions du projet européen, dont le texte fondateur est enfin largement maîtrisé par les États au moyen d'un accord de volonté précédant leur consentement unilatéral.

Or, à l'aune de la spécificité de l'accord entrepris, l'identité constitutionnelle fait nécessairement partie des paramètres pris en compte par l'État dans la maîtrise de son consentement au traité. En somme, la protection de l'identité constitutionnelle passe ici par la liberté, que constitue la souveraineté internationale de l'État, de se lier par un accord avec d'autres ou encore de s'en délier. La détermination et la préservation de l'identité constitutionnelle sont donc des questions qui relèvent essentiellement de l'État lui-même. Ce questionnement est consubstantiel à la préservation des caractéristiques essentielles de la nation et pour ainsi dire de la nation elle-même. L'identité constitutionnelle transcenderait le droit de l'Union, en ce qu'elle apparaîtrait pour l'État comme un intérêt supérieur à sa participation au projet européen et aux obligations qu'il implique. Elle pourrait parfois le conduire à s'y opposer clairement et unilatéralement. De ces oppositions souveraines, purement internes, résulteraient deux situations distinctes, soit le rejet du droit primaire existant, soit le rejet de son évolution.

22. Ces méthodes souveraines sont-elles envisageables dans les rapports avec le droit primaire de l'Union, peuvent-elles paraître utiles à la protection de l'identité constitutionnelle et enfin permettent-elles de déterminer si la qualité essentielle de l'État, souverain à l'origine, persiste même après l'adhésion ? Il conviendra pour y répondre d'analyser dans le premier cas la protection *ex ante* et *ex post* de l'identité constitutionnelle pouvant agir aussi bien en amont qu'en aval de la soumission au droit primaire. Celle-ci se formalise en la liberté souveraine de l'État et plus largement de la Nation de consentir au droit primaire de l'Union, autant que dans sa capacité fraîchement consacrée de s'en démettre (**Section 1**). Dans le second cas, sera ensuite visée la protection de l'identité exercée à l'égard de l'évolution du droit primaire par

le contrôle étatique de la révision. Ce contrôle d'une double nature se formalise dans l'encadrement multilatéral du contenu matériel de la révision ainsi que dans la maîtrise unilatérale de sa ratification (**Section 2**).

Section 1 : La maîtrise étatique du consentement au projet européen

23. Les États ou encore les Nations qui les sous-tendent peuvent rejeter le droit primaire de l'Union avant comme après sa pénétration dans l'ordre juridique interne. Cette faculté souveraine de ne pouvoir être liés par un droit auquel ils n'auraient pas consenti, ou pour lequel ils auraient retiré leur consentement, garantirait notamment aux États une capacité souveraine de protection *ex ante* et *ex post* de leur identité constitutionnelle, c'est-à-dire avant comme après l'adhésion. Une faculté étatique de protection *ex ante* de l'identité constitutionnelle se réaliserait ainsi dans la liberté que possède l'État souverain de refuser par ses choix politiques d'adhérer à l'Union, dès lors que son droit serait notamment susceptible de porter atteinte à son identité. Une faculté de protection *ex post* se concrétiserait quant à elle par le droit, désormais reconnu à l'État, de se retirer du projet européen, auquel il aurait initialement consenti à participer, mais qui serait entré en contradiction avec cette même identité.

L'État possède-t-il une réelle maîtrise de son consentement au projet européen et cette maîtrise lui garantit-elle la faculté de protéger son identité ? En vue de le déterminer, il apparaît opportun d'envisager successivement la mise en œuvre de la protection unilatérale de l'identité constitutionnelle, d'abord dans le refus d'adhérer ou même de candidater à l'adhésion (§1), puis dans l'exercice du droit de retrait (§2).

Paragraphe 1 : Le refus de consentir à l'adhésion

24. Il est une évidence qu'en vertu de leur souveraineté, les États sont totalement libres d'adhérer ou non à un traité, dès lors qu'ils remplissent les conditions imposées par ce dernier. S'arrêter là pourrait sembler suffire au premier abord. Or, lorsque certains États européens ont refusé d'adhérer à l'Union, plusieurs justifications tenant à la volonté de protéger leur identité furent explicitement mises en exergue dans les discours politiques ou ressortent de leur analyse. Ces exemples seront alors particulièrement enrichissants dans l'analyse de la méthode souveraine de protection de l'identité. En effet, l'exigence du consentement de tout

État pour adhérer à un traité peut éclairer sa volonté de protéger son identité. Ainsi, même si l'on se situe hors du champ d'application du droit de l'Union, c'est bien dans sa confrontation *ex ante* avec le droit ou les intérêts internes que celui-ci fut rejeté.

25. La procédure d'adhésion d'un nouvel État membre à l'Union européenne est fixée par l'article 49 TUE qui prévoit cinq étapes successives. Ces étapes se déroulent du dépôt de candidature, en passant par l'obtention du statut de pays candidat, puis par la mise en œuvre d'une stratégie de préadhésion combinée à une phase de négociation. Elles se prolongent par la signature d'un traité d'adhésion soumis initialement à l'approbation du Conseil européen et à l'accord du Parlement européen. Elles se poursuivent par la signature des États membres et du candidat concerné, pour finalement se conclure par la ratification dudit accord par chaque État signataire. L'objectif est ici de déterminer comment l'État candidat ou potentiellement candidat est en mesure de protéger son identité constitutionnelle par le refus d'adhérer. Deux des étapes de la procédure d'adhésion sont à cet effet particulièrement intéressantes à analyser dans la mesure où de nature unilatérale, elles dépendent uniquement de la volonté de l'État candidat et lui garantissent un contrôle total sur son refus d'adhérer : le dépôt de candidature et la ratification du traité d'adhésion par celui-ci. Il s'agira donc exclusivement de se concentrer pour le moment sur ces deux seules étapes, les autres n'étant pas de nature unilatérale.

L'émission d'une candidature d'adhésion à l'Union européenne ou le refus de ratification du traité d'adhésion passe nécessairement pour la nation qui l'envisage par un calcul d'opportunité économique et politique, mais également par un questionnement d'ordre identitaire. Cette réflexion de l'État semble pouvoir trouver son explication dans une théorie d'inspiration à la fois économique et sociologique[1] : la théorie du choix rationnel. Celle-ci est fondée sur une considération selon laquelle l'État, comme le particulier, vise à maximiser ses intérêts propres sur la base d'un calcul du rapport entre les coûts et bénéfices de toute nature qu'il pourrait tirer de l'action envisagée, en l'espèce l'adhésion à l'Union européenne. À travers ce calcul peuvent donc être intégrés divers coûts de nature certes économique, mais aussi politique en partie associables pour ces derniers aux transferts de compétences souveraines ou encore à la dilution de l'identité constitutionnelle au sein de l'ensemble plus vaste que constitue l'Union.

[1] Voir en ce sens, SCHWOK R., *Suisse - Union européenne : L'adhésion impossible ?* , Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2010, p.24.

26. Il apparaît donc nécessaire de se poser la question suivante : dans quelle mesure certaines considérations substantiellement identitaires ont pu justifier au moins partiellement les divers refus d'adhérer à l'Union et ces refus ont-ils permis aux États récalcitrants de protéger leur identité constitutionnelle ? Deux situations significativement différentes nourriront ces réflexions, et justifient dès à présent de distinguer deux exemples majeurs. Le premier exemple observé sera celui de la Suisse. Elle aura à plusieurs occasions envisagé de rejoindre l'Union et rempli l'ensemble des critères nécessaires en vue d'adhérer. Pourtant elle rejeta par voie référendaire l'adhésion à l'EEE et suite à cet échec n'a jamais formulé officiellement le souhait de s'intégrer véritablement au projet européen. Le second exemple concernera un État membre de l'EEE, la Norvège, qui a rejeté par voie référendaire et à deux reprises le traité d'adhésion à l'Union. Il sera par conséquent possible de vérifier que l'État remplissant les conditions d'adhésion est en mesure de souverainement protéger son identité soit en ne déclenchant pas la procédure d'adhésion (A), soit en rejetant le traité d'adhésion à l'Union (B).

A. Le refus helvétique d'engager la procédure d'adhésion

27. La première des options à disposition de l'État européen, afin de protéger son identité constitutionnelle à l'encontre du droit de l'Union, réside dans sa liberté souveraine de ne pas y adhérer, et plus concrètement encore dans le refus même d'envisager l'adhésion. Cette liberté semblerait au premier abord formulée dès la première phrase de l'article 49 TUE selon lequel « [tout] État européen qui respecte les valeurs visées à l'article 2 et s'engage à les promouvoir peut demander à devenir membre de l'Union »[1]. Le traité disposerait donc d'une éventualité, d'une possibilité de candidater, et certainement pas d'une obligation d'adhérer qui serait celle de l'État remplissant les critères et conditions posées à l'adhésion. Néanmoins, cette formulation fait plus référence aux conditions d'ouverture de l'adhésion, qui lue *a contrario*, signifie que tout État ne les remplissant pas, ne serait pas apte à en faire la demande.

Dans tous les cas, cette liberté étatique est d'autant plus vraie que l'ordre juridique de l'Union ne saurait, comme tout autre ordre juridique, contraindre un État souverain n'y étant pas partie, au respect de certaines obligations, fussent-elles d'y adhérer, ou d'y participer. La Suisse, exemple manifeste de cette irréductibilité, s'inscrit parfaitement dans cette option[2]. Par

[1] Article 49 TUE.

[2] Dans une moindre mesure, l'Islande qui n'a formulé sa demande officielle d'adhésion qu'à partir de juillet 2009, aura jusqu'alors suivi la même voie, néanmoins le peu de matériaux juridiques pour démontrer les

conséquent, devront d'abord être analysées les relations entre la Suisse et la construction européenne (1), puis la motivation partiellement identitaire du refus helvétique de candidater (2).

1. Les relations entre la Suisse et la construction européenne

28. La Suisse a dans un premier temps catégoriquement refusé d'envisager l'adhésion à la CECA. Comme d'autres États européens, elle préféra rejoindre l'AELE, organisation de libre échange créée d'ailleurs en réaction à la vision intégrative qu'adoptait déjà la première Communauté européenne. Elle conclut suite aux demandes d'adhésion à la CEE du Danemark, du Royaume-Uni et de la Norvège, un accord de libre échange avec la Communauté à partir de 1973. Confirmant sa volonté de ne pas elle-même adhérer, elle affirmait néanmoins son souhait de ne pas être complètement mise au ban de l'Europe en acceptant l'abolition des droits de douane sur les produits industriels et sur certains produits agricoles transformés[1]. À partir de 1984 fut envisagée la création de l'EEE, afin d'associer plus amplement les États encore membres de l'AELE à la Communauté. D'abord dans une approche individuelle associant séparément chacun de ces États, elle se poursuivit à partir de 1989 par une approche collective au moyen de la création d'organes de décision communs aux États membres de l'AELE.

L'accord portant création de l'EEE entra en vigueur en 1994, mais à la suite d'âpres négociations, la Suisse refusa par la voie référendaire d'y participer en 1992. Elle préféra finalement poursuivre dans la voie bilatérale, lui garantissant des négociations personnalisées par la conclusion de deux grandes séries d'accords. Le premier paquet de ces accords, entré en vigueur en 2002, portait sur la libre circulation des personnes, les transports aériens, la recherche, les marchés publics, les obstacles techniques au commerce, les transports terrestres et les produits agricoles. Celui-ci intégrait d'ailleurs « une clause guillotine » emportant le refus ou la validation en bloc du paquet « afin d'éviter que les Suisses, s'ils devaient être appelés à se prononcer par voix de référendum, ne prennent que les raisins sucrés du cake bilatéral, confectionné pourtant avec soin pour nourrir les intérêts des deux parties »[2]. Cette

raisons identitaires ayant justifié sa position ne permettent pas d'analyser sa situation au coté de celle de la Suisse, situation qui n'est d'ailleurs plus la même depuis sa candidature.

[1] Accord de libre-échange (ALE), conclu entre la Suisse et la Communauté économique européenne, entré en vigueur le 1er janvier 1973.

[2] CARASSO G., « La communauté européenne face au rejet helvétique de l'espace économique européen et à l'avenir de ses relations avec la Suisse », Relations internationales, 2007/2, p. 130.

première série d'accords fut en outre étendue aux PECO en 2005, puis à la Roumanie et à la Bulgarie en 2009 à la suite des élargissements de 2004 et 2007. Le second paquet, non pourvu de « la clause guillotine », porte sur l'association de la Suisse aux accords Schengen/Dublin, mais aussi sur la fiscalité de l'épargne, la lutte contre la fraude, les produits agricoles transformés, l'environnement, les statistiques, les médias, les pensions et l'éducation. Il est entré en vigueur entre 2004 et 2009 à l'exception de l'accord portant sur la lutte contre la fraude. À défaut d'être devenue membre de l'Union, la Suisse a donc repris une partie de l'acquis communautaire, en étant contrainte de transposer pour l'application de ces accords certaines de ses législations. Elle apparaît d'ailleurs à certains égards plus intégrée que d'autres États membres, à l'exemple de l'Irlande et du Royaume-Uni, qui auront préféré ne pas participer entre autres à l'espace Schengen.

29. La Suisse envisagea néanmoins à plusieurs reprises l'option d'adhérer qui s'offrait à elle. La plus marquante de ces occasions fut la demande d'adhésion formulée en 1992 par le Conseil fédéral helvétique couplée aux négociations relatives à l'EEE et gelée consécutivement au refus populaire de participer à ce dernier. Subséquemment, la Suisse envisagea au niveau interne de candidater à l'adhésion *via* deux initiatives populaires successives en 1997 puis en 2001, toutes deux se soldant également par un refus référendaire.

Alors qu'une adhésion pourrait permettre à la Suisse de participer au processus de décision de l'Union, elle a finalement préféré exclure cette éventualité, quitte à devoir adapter de façon autonome sa législation au droit de l'Union, ou pire encore, de se voir imposer la transposition d'un certain nombre de dispositions afin de reprendre l'acquis partiel résultant des accords bilatéraux et ce sans avoir un quelconque poids dans leur formulation ou adoption au niveau européen. En effet, comme le conclut Cécile Rapoport qui constate néanmoins une participation « diffuse » de l'État tiers à la prise de décision, c'est-à-dire « multiforme » et « diluée » : l'État tiers se distingue toujours de l'État membre par son incapacité à jouer un autre rôle que celui de figurant »[1].

30. Pourquoi autant « de traits d'union sans union »[2] ? Il apparaît nécessaire pour y répondre de déterminer parmi les raisons ayant conduit à cette position, les diverses considérations identitaires y figurant, ainsi que d'observer si cette identité aurait à juste titre été mise à mal par l'adhésion à l'Union.

[1] RAPOPORT C., « La participation des États tiers à la prise de décision communautaire », *in* BLANQUET M., *La prise de décision dans le système de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 297 à 301 et 313.
[2] *Ibid.*, p. 111.

2. La motivation partiellement identitaire du refus de candidater

31. Il est loisible de retrouver, parmi les raisons ayant justifié la non-adhésion de la Suisse, un certain nombre d'avantages économiques qu'elle tire de la voie bilatérale tels que la participation limitée au budget de l'Union, l'absence de soumission aux règles communes de la TVA, la possibilité de soutenir économiquement l'agriculture nationale, la conservation du secret bancaire ou encore le non-remplacement du franc suisse. Tout autant de particularités qui étaient appelées à potentiellement disparaître en cas d'adhésion. En plus des arguments économiques avancés, le refus a également été motivé par des considérations identitaires. Celles-ci furent exposées par le Conseil fédéral helvétique dans le cadre de ses réflexions relatives à l'adhésion. Toutefois, il ne manqua pas de faire largement évoluer sa position, une attitude sereine et optimiste succédant, à partir de 1992, à une vision qui était jusqu'alors pour le moins négative (a.). Ce rapport fit enfin l'objet d'une évaluation doctrinale plutôt rétive face aux nouveaux arguments déployés par le Conseil fédéral (b).

a) L'évolution des positions du Conseil fédéral Suisse

32. Dans un message adressé en 1960 à l'Assemblée fédérale sur la participation de la Suisse à l'Association européenne de libre-échange, le Conseil fédéral arguait que « *la volonté d'indépendance du peuple suisse s'oppose* [...] *à une adhésion à la Communauté. Une nation qui doit son existence non pas à l'unité de langue, de culture ou d'origine, mais à une volonté politique, ne peut pas consentir à un affaiblissement progressif de son indépendance politique* »[1]. Il est vrai que comme le souligne René Schwok, « l'identité helvétique ne se fonde pas sur beaucoup d'éléments objectifs communs. La Suisse est une mosaïque de cultures, de langues et de religions »[2]. Hans Schaffner ajoute que : « *dans une Europe politiquement unifiée, le peuple suisse, avec ses quatre langues, soumis à des forces centrifuges de nature culturelle et linguistique, n'aurait pas de noyau, de centre de gravité comme les Français, les Allemands ou même les Suédois et les Hollandais, dont le pays est lui-même la source de la langue et de la culture* »[3].

Ainsi, c'est la fragilité de son identité qui l'aurait en partie conduite à ce repli

[1] Conseil fédéral suisse, 5 février 1960, message adressé à l'Assemblée fédérale sur la participation de la Suisse à l'Association européenne de libre-échange, p. 21.
[2] SCHWOK R., *Suisse - Union européenne : L'adhésion impossible ?*, *op.cit.*, p. 94-95.
[3] SCHAFFNER H., « *La Suisse et les discussions sur l'intégration européenne, exposé à l'Union suisse du commerce et de l'industrie* », Zurich, 20 septembre 1958, p. 13.

identitaire, dans la volonté de protéger les rares dénominateurs communs façonnant le sentiment d'appartenance à la nation helvétique. D'ailleurs, dans un rapport sur la question d'une adhésion de la Suisse à l'Union, le Conseil fédéral précisait en 1988 quels pouvaient être ces éléments identitaires menacés, lorsqu'il considérait que « *l'adhésion affecterait directement* [la] *structure étatique. Le transfert de droits de souveraineté aux organes supranationaux des Communautés européennes* […] *aurait des répercussions sur le fédéralisme et la démocratie directe, fondements de l'identité helvétique* »[1]. À l'instar de nombreux États membres, le Conseil fédéral semble donc plutôt concevoir son identité selon une dimension constitutionnelle, voire politico-institutionnelle, d'autant plus lorsque l'on considère que ces deux éléments tiennent une place fondamentale au sein de la Constitution helvétique. Quoi qu'il en soit, le fédéralisme et la démocratie directe sont les éléments identitaires principalement retenus par le Conseil pour justifier sa position. À cela peut s'ajouter un autre élément, la notion de neutralité qui « semble désormais correspondre beaucoup plus à une vision identitaire qu'à une exigence juridique ou géopolitique [, la neutralité devenant] un instrument de différenciation par rapport à "l'Autre" dans une perspective dialectique »[2].

33. En 1992, le Conseil fédéral changea néanmoins radicalement de position au sujet de l'adhésion, ses précédentes réticences identitaires se transformant en un constat d'absence d'incompatibilité avec le projet européen. Tout en rappelant avec vigueur l'importance des éléments identitaires précédemment retenus comme rendant impossible l'adhésion[3], il

[1] Conseil fédéral suisse, 24 août 1988, *rapport sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne*, p. 124.
[2] SCHWOK R., *Suisse - Union européenne : L'adhésion impossible ?*, *op.cit.*, p.104.
[3] Conseil fédéral suisse, 18 mai 1992, *rapport sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne*, p. 5 : « La question du rapport entre l'identité nationale et l'appartenance à la CE peut très bien ne pas se poser, ou alors n'être que marginale, chez d'autres nations européennes, construites autour d'une langue, d'une confession commune, ou par l'action d'un pouvoir central puissant. Mais pour nous, il en va autrement. Nous devons nous poser cette question, car notre identité nationale a un fondement différent. La Suisse doit en effet son existence à la volonté de communautés très diverses de se maintenir et de se prêter assistance. Elles ont réussi dans leur entreprise et assuré leur pérennité en construisant leur coexistence sur le respect de quelques principes qui forment un ensemble original, notre culture politique. Nous les reconnaissons dans notre fédéralisme et dans notre démocratie directe. Ce sont ces principes qui fondent notre identité nationale et marquent notre personnalité politique. Du point de vue de leur mise en œuvre concrète, ils constituent autant d'instruments développés et perfectionnés au cours de l'histoire pour garantir le respect de nos diversités et maintenir notre cohésion nationale. » ; « Notre conception du fédéralisme procède, d'une part, d'une volonté de respect des particularités et des autonomies locales et, d'autre part, de la nécessité de l'entraide et de la mise en commun des ressources lorsque des intérêts communs sont en jeu » ; « La démocratie directe assure quant à elle un contrôle serré du citoyen sur l'activité des pouvoirs publics. Dans une société où les minorités sont aussi nombreuses que diverses, elle est un précieux instrument d'intégration politique, en exigeant des autorités le recours à une large consultation et la poursuite d'une politique de concordance, où l'ensemble des intérêts particuliers sont pris en considération lors de la formulation des choix nationaux ».

parvient désormais dans un nouveau rapport sur la question de l'adhésion helvétique à la conclusion que « la Suisse a la capacité de relever le défi de l'intégration européenne en adhérant à la CE »[1]. Plus précisément, il considère que la culture politique suisse « *dans laquelle les Suisses reconnaissent leur appartenance à la communauté nationale, se concilie avec les idéaux de la construction européenne », puisque selon lui « l'adhésion à la CE n'obligera pas la Suisse à renoncer à ce qui est essentiel à son identité nationale : le fédéralisme et la démocratie directe* »[2]. Enfin il estime que « l'instrument de la neutralité pourra être adapté, au fur et à mesure que la sécurité et qu'une défense commune en Europe se concrétiseront sur des bases solides »[3].

Il s'agit là d'un réel revirement justifié par un changement politique majeur, le passage d'une volonté de ne pas adhérer à celle de rejoindre l'Union. Le Conseil s'appuie sur le constat suivant, « l'identité européenne ne s'est pas forgée au dépens des identités locales, régionales ou nationales »[4], mais aussi sur l'idée que « l'appartenance à la CE devrait plutôt renforcer la cohésion nationale »[5]. En effet, en l'absence d'une participation de plein droit de la Suisse à la prise de décisions au sein de la CE, « la densité et la variété croissantes de […] relations économiques avec la CE pourraient avec le temps provoquer l'apparition de forces centrifuges »[6]. Il justifiera également cette position par une étude quantitative des matières qui échapperaient à la démocratie directe et aux cantons à la suite d'une adhésion, en vue de minimiser son impact sur ces éléments identitaires. Il reprendra enfin l'ensemble de ces considérations dans un autre rapport rédigé en 1999 et portant sur le même sujet[7].

b) Une évaluation doctrinale rétive des nouvelles positions du Conseil

34. Cette nouvelle position du Conseil n'eut vraisemblablement pas l'impact souhaité sur la population, compte tenu du référendum négatif sur l'adhésion à l'EEE qui s'ensuivit, cela peut-être en raison d'un revirement tardif qui rompt avec plusieurs décennies marquantes d'euroscepticisme. En outre, une large partie de la doctrine helvétique se montra très rétive face à ce revirement, eu égard au manque d'objectivité patent dont faisait alors montre le

[1] *Ibid.*, p. 22.
[2] *Ibidem*.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibid.*, p. 6.
[5] *Ibidem*.
[6] *Ibidem*.
[7] Conseil fédéral suisse, 3 février 1999, *Suisse - Union européenne: Rapport sur l'intégration 1999*, 417 p.

Conseil fédéral. Ce rapport avait d'ailleurs subi une évaluation interdisciplinaire conséquente[1].

35. S'agissant de la question de la démocratie directe, de nombreux auteurs s'accordent à reconnaître l'existence d'une « polarité qui ne peut être ignorée entre l'appartenance à l'Union européenne et les droits populaires »[2]. Un premier auteur soulève l'idée que le Conseil n'a pas suffisamment insisté « sur la notion de transfert de compétences entre la Suisse et l'Union européenne et sur le renforcement du rôle du gouvernement qu'implique ce transfert » [3]. Il poursuit que « d'un point de vue démocratique, c'est là que réside le véritable problème »[4].

Un second auteur relève les éléments de la démocratie directe suisse potentiellement conflictuels avec l'idée d'une adhésion, mentionnant tour à tour le référendum obligatoire en matière constitutionnelle et conventionnelle, le référendum facultatif en matière de législation et l'initiative populaire. Il considérera d'abord que le référendum obligatoire risquait de rendre la révision des traités européens plus compliquée puisqu'il est « beaucoup plus difficile de convaincre le souverain populaire qu'un parlement du bien-fondé de ce genre de compromis politico-diplomatique »[5]. Cela n'est pas en soi foncièrement problématique pour l'identité démocratique suisse. En revanche, il notera ensuite qu'en matière de référendum facultatif, la nécessaire reprise de l'acquis communautaire risque de conduire à écarter le peuple helvétique de sa faculté habituelle de prendre part au processus législatif. En effet s'agissant des directives, seul l'aspect procédural de la loi de transposition pourrait susciter un référendum facultatif, le contenu matériel étant fixé par le droit de l'Union. La question d'un référendum facultatif ne pourrait même plus se poser tant pour les directives suffisamment précises et inconditionnelles que pour les règlements. Enfin, en ce qui concerne l'initiative populaire, il relève que l'adhésion entraînerait d'une part un amoindrissement des matières susceptibles d'en faire l'objet et d'autre part l'impossibilité de la mettre en œuvre pour une proposition contraire au droit de l'Union, même dans le cadre des compétences résiduelles de

[1] FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, 138 p.
[2] MAHON P. et MUELLER C., « Adhésion de la Suisse à l'Union européenne et démocratie directe », *in* COTTIER T. et KOPSE A., *L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne – Enjeux et conséquences*, Zurich, Schulthess, 1998, pp. 449-485.
[3] DELLEY J.-D., « La démocratie directe au niveau fédéral », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, pp. 124-126.
[4] *Ibidem*.
[5] BLOETZER S., « La démocratie directe et l'adhésion à l'Union européenne : quelques réflexions d'ordre juridique », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, p. 7.

l'État. En définitive, l'adhésion mènerait à la mise en place d'un nouveau contrôle interne de l'initiative populaire, cette dernière se voyant dès lors circonscrite au respect des obligations résultant de la première. Il conclura finalement que « matériellement le droit communautaire restreint donc la démocratie directe [et] la vide de son sens politique premier : la possibilité des citoyens de pouvoir s'opposer à un choix politique formulé dans une loi concrète » [1]. Il justifie cette conclusion par l'inexistence d'une démocratie directe au niveau de l'Union, inexistence désormais à relativiser avec les développements récents tenant à l'initiative citoyenne européenne. Il la démontre encore par l'idée que « le maintien formel de cette dernière au niveau national ne change rien au fait que la démocratie directe [serait] matériellement limitée par l'ampleur de la transposition de compétence politique »[2].

Sur ce point, les conclusions de ces deux auteurs sont à l'image de la décision du peuple suisse, loin d'être aussi sereines que les dernières positions du Conseil fédéral. La démocratie directe suisse apparaît effectivement entrer en conflit avec le choix d'adhérer à l'Union.

36. La question du fédéralisme a suscité moins d'interrogations, puisque contrairement à la démocratie directe, cette structure est partagée avec d'autres États membres de l'Union tels que l'Allemagne, l'Autriche et la Belgique. Le Conseil comme la doctrine s'accordent à penser qu'au sein de l'UE, « il incombe aux États fédéraux eux-mêmes de définir comment les intérêts des entités sub-étatiques peuvent être défendus »[3], ceux-ci s'appuyant sur l'autonomie institutionnelle et procédurale garantie par l'Union aux États membres.

Ils soulignent néanmoins la nécessité en cas d'adhésion de « renforcer la participation des cantons aux décisions du Conseil fédéral »[4]. Cette dernière remarque apparaît d'autant plus vraie qu'un certain nombre de matières seraient *de facto* transférées directement des cantons vers l'Union, le Conseil fédéral devenant alors le levier d'action essentiel sur la politique de l'Union. Le fédéralisme serait toutefois un élément identitaire moins problématique que la démocratie directe, puisque plus adaptable à l'optique d'une adhésion.

---

[1] *Ibid.*, p.8.
[2] *Ibidem*.
[3] SCHWOK R., *Suisse - Union européenne : L'adhésion impossible ?*, *op.cit.*, p.118.
[4] *Ibidem* ; voir également, LEVRAT S., « Quel impact sur le rôle et la place des cantons, en Suisse et en Europe ? », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, pp. 17-23 : « il faut constater qu'une adhésion à l'UE offrirait des possibilités additionnelles aux cantons suisses – en clair contre-pied à un discours véhiculé par nombre de politiciens – de participer au processus décisionnel communautaire. Mais que même sans adhésion, le système institutionnel suisse s'est récemment doté des moyens permettant aux cantons d'être toujours plus étroitement associés à la formulation de la politique extérieure de la Suisse ».

37. Enfin au sujet de la notion de neutralité, la situation s'avère également moins équivoque que celle de la démocratie, néanmoins les avis notamment doctrinaux demeurent partagés. La neutralité suisse fut décidée à partir de 1516 et fut officiellement reconnue par les grandes nations européennes en 1815 lors de la signature du congrès de Vienne. La neutralité de la Suisse implique un ensemble de droits et de devoirs dont notamment l'interdiction de prendre part à un conflit armé ou de prêter assistance aux belligérants d'un tel conflit. De cette interdiction résulte l'inviolabilité de son territoire, mais également son obligation de la garantir au moyen d'une force armée nationale. Ce principe à valeur constitutionnelle s'impose aux institutions suisses dans la mesure où tant le Conseil fédéral que l'Assemblée se doivent de prendre les mesures nécessaires pour la préserver[1], la neutralité étant par voie de conséquence un principe international particulièrement bien ancré dans la politique étrangère helvétique.

Dans une vision plus contemporaine, son importance est somme toute relativisée aussi bien par la doctrine qui s'interroge sur sa pertinence[2], que par le Conseil qui n'excluait pas son abandon[3]. Par ailleurs, nombreux sont ceux qui s'accordent à penser que l'adhésion à l'Union ne porte pas atteinte à la neutralité, puisque selon les mots du Conseil « l'Union européenne n'est pas une alliance de défense militaire [et que] de surcroît, l'adhésion à l'Union européenne ne créerait pas non plus l'obligation juridique d'adhérer à l'avenir à une communauté de défense »[4]. Ceux-ci s'appuient en outre sur la disposition du traité sur l'Union européenne selon laquelle « la politique de l'Union […] n'affecte pas le caractère spécifique de la politique de défense et de sécurité de certains États membres »[5], mais également sur l'exemple des États membres qui ont pu conserver leur neutralité tout en adhérant à l'Union à l'image de la Suède, de la Finlande, de l'Irlande et de l'Autriche. Toutefois, certains auteurs reprochaient au Conseil fédéral d'avoir retenu dans ses réflexions « une vision tronquée de la

[1] Constitution suisse, 1999, art. 173 et 185.
[2] De nombreux auteurs suisses se sont interrogés sur la pertinence du maintien de la neutralité de leur nation dans le monde de l'après guerre froide ; voir par exemple, BRAILLARD P., « Politique extérieure: défense et neutralité », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, p. 38, celui-ci s'interroge d'une part, sur sa dysfonctionnement « car la poursuite d'une politique de neutralité contribue à renforcer l'isolement de la Suisse et, en dernière analyse, à affaiblir sa sécurité alors qu'elle a pour mission de la renforcer », elle ne pourrait répondre adéquatement « aux nouveaux défis auxquels sont confrontés les pays européens en matière de sécurité », et d'autre part sur sa pertinence suite à « l'apparition de limites radicales à la capacité de défense autonome pour un petit pays comme la Suisse. ».
[3] Conseil fédéral suisse, précité, *Suisse - Union européenne: Rapport sur l'intégration 1999*, p. 385 : « Si un dispositif de sécurité solide devait un jour faire ses preuves dans le cadre de l'Union européenne et qu'il offrait aux Suisses la même sécurité que la neutralité, la Suisse pourrait renoncer à la neutralité qui n'aurait plus raison d'être, au profit d'un tel système ».
[4] *Ibidem*.
[5] Article 42 TUE.

neutralité suisse » alors qu'en raison « *de l'importance de cette fonction de cohésion interne, la neutralité est devenue en Suisse un élément central de l'identité nationale, cela d'autant plus qu'elle a un lien étroit avec la politique intérieure, dans la mesure où elle est liée au développement du régime de démocratie directe et du fédéralisme* »[1].

Cette problématique identitaire est pourtant à relativiser. En effet, l'avènement ultérieur du traité de Lisbonne, par l'insertion d'une clause de solidarité à l'article 222 TFUE et d'une clause d'assistance mutuelle à l'article 42 TUE aura relancé la question de sa compatibilité avec la neutralité de certains États membres au premier chef desquels l'Irlande se positionnait. Une déclaration conjointe des États membres, décidée au sein du Conseil européen, tranchera alors clairement la question en garantissant le respect de cette neutralité par l'Union[2]. Cette garantie, bien qu'adressée directement à l'Irlande, n'apparaît pas comme exclusive et pourrait tout à fait se voir appliquée à la Suisse, ce qui limite largement la portée d'un éventuel conflit entre sa neutralité et une éventuelle adhésion.

38. Ainsi, force est de constater qu'un certain nombre de considérations identitaires ont pesé à tort ou à raison sur le choix suisse de ne pas adhérer. Cette position semble d'ailleurs, plus que celle des institutions suisses, résulter de la volonté du peuple helvétique. Néanmoins, il est possible de s'interroger sur la pertinence d'un tel choix, puisque la gestion exclusivement bilatérale de ses relations avec l'Union a des effets potentiellement pervers sur son identité, notamment démocratique, que la Suisse s'efforce pourtant de protéger. En tout état de cause, la protection de l'identité constitutionnelle apparaît comme l'une des raisons du refus d'adhérer et démontre la capacité souveraine de l'État, voire de la nation, à la protéger. Une autre situation doit être observée, celle d'un l'État candidatant à l'adhésion, mais qui, en partie pour des raisons identitaires, refuse de ratifier le traité découlant de cette initiative. Cette situation est mise en lumière par l'exemple norvégien.

---

[1] BRAILLARD P., « Politique extérieure: défense et neutralité », *op.cit.*, p. 39, l'auteur concluait ainsi : « Pour qu'un véritable débat démocratique s'instaure, ne faut-il pas avoir le courage de reconnaître qu'en discutant de l'avenir de la neutralité suisse, on ne parle pas seulement d'un instrument de politique de sécurité mais qu'on touche au cœur même de l'identité nationale? » ; voir également DELLEY J.-D., « La démocratie directe au niveau fédéral », *op.cit.*, p. 4 : « La neutralité a acquis un statut quasi mythique qui rend difficile aujourd'hui toute adaptation de la politique étrangère ».

[2] Conseil européen, Bruxelles, 18 et 19 juin 2009, 11225/2/09 REV 2, p. 18, les États membres y rappelaient que « l'Union n'affecte ni la politique de sécurité et de défense de chaque État membre, y compris de l'Irlande, ni les obligations qui incombent à tout État membre », ils y précisèrent également que « le traité de Lisbonne n'affecte pas la politique traditionnelle de neutralité militaire de l'Irlande. Il appartiendra aux États membres - y compris l'Irlande, agissant dans un esprit de solidarité et sans préjudice de sa politique traditionnelle de neutralité militaire - de déterminer la nature de l'aide ou de l'assistance à fournir à un État membre qui est l'objet d'une attaque terroriste ou est l'objet d'une agression armée sur son territoire ».

B. Le rejet norvégien du traité d'adhésion

39. Si le refus de candidater à l'adhésion apparaît comme un des moyens à disposition d'un État européen afin de souverainement protéger son identité constitutionnelle à l'encontre de l'Union, le refus d'adhérer peut également intervenir après le dépôt initial de candidature et la signature du traité d'adhésion par l'État candidat. Un État peut ainsi refuser d'adhérer pendant la phase de ratification du traité d'adhésion. En effet, le second alinéa de l'article 49 du TUE dispose que « *les conditions de l'admission et les adaptations que cette admission entraîne en ce qui concerne les traités sur lesquels est fondée l'Union, font l'objet d'un accord entre les États membres et l'État demandeur. Ledit accord est soumis à la ratification par tous les États contractants, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives* ». Parmi l'ensemble des « États contractants » figure bien évidemment l'État candidat qui dispose ainsi d'une dernière échappatoire dans l'exercice de sa souveraineté, celle de refuser la ratification.

L'issue positive de cette phase de ratification ne dépend pas uniquement de l'État candidat, puisque chaque État déjà membre peut s'y opposer unilatéralement[1]. Mais par voie de conséquence, son issue négative est quant à elle parfaitement maîtrisée par chacun des États signataires, dont fait partie l'État candidat. Le choix de refuser d'adhérer lors de la phase de ratification est donc également de nature unilatérale. Par ailleurs, le traité laisse à chaque État le soin de définir ses propres règles de ratification. Cela apparaît comme une marque de respect envers sa souveraineté, par laquelle il peut utilement protéger son autonomie institutionnelle et procédurale ou encore son identité démocratique[2], les exigences démocratiques concernant la ratification des accords internationaux variant d'un État à l'autre.

40. Deux techniques de ratification sont alors envisageables, la méthode parlementaire ou la voie référendaire. Néanmoins dans une majorité des cas, l'État candidat empruntera cette seconde option puisque, compte tenu de l'importance que revêt, eu égard à la souveraineté nationale, l'adhésion à une organisation politique telle que l'Union, il lui apparaît nécessaire de donner la plus grande légitimité possible à l'acte d'adhésion. Ainsi régulièrement, il reviendra en dernier lieu au peuple de valider ou non le choix initial de son État d'intégrer le projet européen, le peuple apparaissant alors comme le détenteur et le gardien de la souveraineté nationale. Il peut donc également, en cas de refus et selon les motifs qui le sous-

[1] Voir *infra* (§69 et s.).
[2] Voir *infra* (§135 et s. ; voir aussi §725 et s.).

tendent, devenir le protecteur de l'identité de sa nation en opposition avec son propre État, qui lui, aura préalablement jugé l'adhésion opportune.

Là réside le problème, lorsque le refus d'adhérer procède directement du peuple et non plus d'une institution de l'État, les motifs ayant justifié la décision finale sont bien moins lisibles, puisqu'il faudrait rechercher derrière chaque voix exprimée la raison ayant motivé ce choix. Ainsi, les raisons identitaires pouvant justifier l'issue négative d'un référendum d'adhésion sont particulièrement plus difficiles à mettre en lumière et à justifier que celle résultant, comme c'était initialement le cas pour la Suisse, d'une décision d'un organe étatique. Quoi qu'il en soit, d'un point de vue théorique, il est difficilement contestable de considérer que la ratification du traité d'adhésion puisse être, pour le peuple auquel il est soumis, un moyen unilatéral et souverain de protéger l'identité de sa nation.

41. Seule un État a refusé la ratification du traité d'adhésion, la Norvège, qui aura par deux reprises candidaté à l'adhésion. Ces deux tentatives de rejoindre la construction européenne se solderont néanmoins, suite à la soumission de la ratification du traité d'adhésion au référendum, par un refus populaire répété. Il apparaît donc nécessaire d'approfondir l'analyse des rapports entre la Norvège et l'Union (1), pour ensuite tenter de déceler, parmi ces deux référendums négatifs successifs, si des raisons identitaires ont en partie motivé ces relations (2).

1. Les relations entre la Norvège et la construction européenne

42. La Norvège est, tout comme la Suisse, un État entretenant des liens étroits avec l'Union sans pour autant en être devenue membre. Tout comme elle, elle préféra dans un premier temps rejoindre l'AELE rejetant également les visions intégratives qui sous-tendaient déjà la construction européenne. Elle se ravisa toutefois à partir de 1961 au côté de quelques-uns de ces partenaires d'alors, le Royaume-Uni, le Danemark, mais aussi l'Irlande. Le *veto* gaullien aura raison de ces candidatures jusqu'en 1970, date à laquelle les négociations des traités d'adhésions commencèrent, pour se poursuivre jusqu'à leurs signatures en 1972. Le Royaume-Uni ratifia par la méthode parlementaire[1], de même que l'Irlande et le Danemark qui choisirent la voie référendaire. Seule la Norvège, qui combina un référendum consultatif à

[1] Un référendum, procédé de démocratie direct très rarement utilisé dans cet État, d'ailleurs second de son histoire, fut néanmoins organisé au Royaume-Uni en 1975. Il s'agissait d'un référendum dit de « permanence » portant sur son maintien au sein de l'Union.

la décision finale du Parlement national, dut se résoudre à ne pas entrer dans l'Union, suite au référendum négatif du 25 septembre 1972. Membre restant de l'AELE, elle conclut en 1973, à l'image des autres États dans sa situation, des accords bilatéraux avec la CEE portant notamment sur le libre échange des produits industriels et de certains produits agricoles ou halieutiques transformés.

Elle rejoindra en 1992 avec ces mêmes États l'EEE, ce qui renforça fortement ses relations avec l'Union, puisqu'elle fut dès lors soumise au respect des quatre libertés de circulation, ainsi que des politiques étroitement liées à leur réalisation[1], de même qu'elle dut coopérer dans certains domaines tels que l'environnement, l'éducation, la formation, la culture, le secteur audiovisuel, la politique sociale, *etc*. Elle doit ainsi à l'instar de la Suisse et de façon presque automatique reprendre une large partie de l'acquis communautaire, tout en étant que très faiblement associée à la formation de ce droit.

43. En 1992, la Norvège se posa à nouveau la question de l'adhésion au côté de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède, candidature qu'elle déposa finalement la même année. Contrairement aux autres candidats qui parvinrent à faire ratifier leur adhésion par référendum, le traité d'adhésion qui résultait des négociations entre la Norvège et l'Union fut à nouveau rejeté par le Parlement national à la suite d'un second référendum consultatif organisé le 28 novembre 1994, dont l'issue fut également négative. Les relations entre l'Union et la Norvège n'ont dès lors que peu évolué, hormis de légères adaptations de l'accord portant sur l'EEE face aux différents élargissements successifs et sur son adhésion à la convention Schengen en 1996.

44. Ainsi, la Norvège entretient des relations très étroites avec l'Union. Pourtant, son peuple et son Parlement auront par deux fois rejeté la ratification du traité d'adhésion, situation unique en Europe. Il s'agit dorénavant de déterminer parmi les raisons ayant justifié cette position du Parlement et du peuple norvégien, celles de nature identitaire qui pourraient confirmer le postulat de départ selon lequel une nation peut souverainement protéger son identité par le refus de ratifier le traité d'adhésion à l'Union.

[1] Il s'agit des politiques dites horizontales qui touchent les transports terrestres, la protection du consommateur et la concurrence.

2. La motivation partiellement identitaire du refus de ratifier

45. Il est tout d'abord à préciser que la Norvège ne dispose d'aucune base constitutionnelle relative à l'organisation du référendum. Elle n'a d'ailleurs connu de son histoire que deux référendums tous deux relatifs à la question de l'adhésion. En l'absence de cette base constitutionnelle, c'est le Parlement national qui organisa par la voie législative les deux référendums de 1972 et 1994. Néanmoins ces derniers n'avaient qu'une portée consultative[1]. Le Parlement avait en conséquence la possibilité de s'écarter de leur résultat. Pourtant, alors que l'État envisageait l'adhésion, le Parlement national se ravisera et se ralliera à la volonté populaire en refusant la ratification des traités d'adhésion. Même de portée non obligatoire, le référendum semble fortement lier à son résultat les institutions politiques l'ayant initié. Cela découle de la nature éminemment démocratique du référendum, expression directe de la volonté populaire. En effet, les représentants élus d'un État démocratique tel que la Norvège ne peuvent que difficilement aller à l'encontre d'un tel avis, sans remettre véritablement en cause son identité démocratique, d'autant plus lorsque l'on considère la rareté de son utilisation en Norvège. Le refus ultime du Parlement de s'écarter de la volonté populaire répond en quelque sorte d'un souci d'ordre démocratique, celui de prendre en compte la volonté du peuple de ne pas adhérer et en définitive semble correspondre à une volonté du Parlement de protéger l'identité démocratique nationale.

Ainsi le droit de l'Union, tout comme le droit international ordinaire, en confiant le soin à l'État membre de définir ses propres règles constitutionnelles en matière de ratification des traités d'adhésion, prend acte de sa souveraineté, ce qui permet à l'État candidat de protéger unilatéralement son identité démocratique. Il peut donc éventuellement recourir à la consultation populaire sans que l'Union puisse le contraindre à changer de méthode, de même qu'elle ne saurait lui imposer de ne pas respecter le résultat qui en découle, à savoir l'adhésion ou la non-adhésion.

46. S'agissant des raisons notamment identitaires ayant pu motiver les résultats négatifs des deux référendums, celles-ci sont plus difficilement perceptibles, puisque potentiellement aussi variées que le nombre de votants. Néanmoins, diverses études ont tenté d'apporter

[1] Sur la nature du référendum norvégien : voir, MER J., *La Norvège, entre tradition et ouverture*, Paris, La Documentation française, 1996, p. 122 et 125 ; voir également, Conseil de l'Europe, 2 novembre 2005, *Rapport sur le référendum en Europe - analyse des règles juridiques des États européens*, étude n° 287/2004.

quelques réponses[1]. Quatre grands thèmes sont mis en lumière par celles-ci, dont plusieurs peuvent d'une certaine manière être rattachés à des considérations d'ordre identitaire. Au préalable, des motivations économiques doivent d'abord être relevées.

Elles sont relatives à la perte d'indépendance dans des domaines sensibles de l'économie norvégienne tels que l'agriculture lourdement financée et la pêche qui dépasse largement les quotas fixés par le droit de l'Union. Un autre thème abordé fut l'inégal rapport de force notamment démographique entre un petit pays tel que la Norvège et le mastodonte européen, rapport duquel découlait la crainte que « l'adhésion n'oblige le pays à monnayer un léger droit d'influence sur l'Union européenne contre une perte importante du pouvoir des électeurs et des élus de Norvège »[2]. Ce second thème est également à rapprocher de la volonté de protéger la souveraineté de l'État, tout autant que son identité démocratique en empêchant la dilution de la démocratie nationale au sein de l'Union. Le troisième thème abordé par ces études est celui de l'indépendance nationale. La Norvège ne possède cette qualité que depuis 1905, auparavant sous tutelle danoise puis unie à la Suède. Selon le rapport de Messieurs MINETTI et BONY « *la constitution de l'identité norvégienne est apparue étroitement liée à la lutte menée par ce pays pour dissoudre "l'Union" avec la Suède. Cette récente affirmation de l'identité nationale a un corollaire : la Norvège, si elle fait bien partie du monde nordique, n'entend pas être confondue avec les autres pays voisins, et, en particulier avec la Suède* »[3].

Une autre étude révèle d'ailleurs que cette réalité historique « *a engendré des sentiments nationalistes et isolationnistes très forts dans toutes les couches de la population et ce n'est que récemment que les jeunes générations, dans les villes surtout, se sont éloignées de ce patriotisme extrême pour acquérir une mentalité plus "internationale" et plus "européenne"* »[4]. Ainsi, l'identité constitutionnelle norvégienne est lourdement ancrée à la notion d'indépendance, notion connexe à celle de souveraineté et qui par définition s'oppose fortement à l'idée de l'adhésion à une organisation de nature supranationale telle que l'Union. Cette volonté d'indépendance est d'ailleurs justifiée et économiquement assurée par la richesse pétrolifère de la Norvège, qui lui permet d'une part de financer une politique sociale des plus généreuses et d'autre part de ne pas céder aux intérêts économiques que peut en

[1] Voir MER J., *La Norvège, entre tradition et ouverture*, *op.cit*, p. 125-130 ; MINETTI L. et BONY, M., *Rapport d'information fait au Sénat français à la suite d'une mission effectuée sur la situation économique en Norvège, Suède et Finlande*, 26 octobre 1995, n°44 (1995-1996), p. 19-22 ; CALDERON T. E., HANSON S., MICHEL Q., PAILE S., PIET G. et STANS D., *La construction européenne : entre idées reçues et faux-semblants* Liège, Les éditions de l'université de Liège, 2008, p. 56-65.
[2] MER J., *La Norvège, entre tradition et ouverture*, *op.cit*, p. 126.
[3] MINETTI L. et BONY, M., *Rapport d'information fait au Sénat français à la suite d'une mission effectuée sur la situation économique en Norvège, Suède et Finlande*, *op.cit.*, p. 20.
[4] MER J., *La Norvège, entre tradition et ouverture*, *op.cit*, p. 125.

général susciter l'adhésion à l'Union.

Enfin, le thème de la culture aurait également figuré parmi les raisons du refus de ratifier, une partie de la population redoutant notamment eu égard à l'inégalité du rapport de force démographique que « l'inclusion dans l'Union ne se traduise par une entrée en force des langues et des cultures dominantes et par la perte de l'identité culturelle norvégienne »[1]. Cela tend à prouver qu'un certain nombre de raisons identitaires ont également pu être à l'origine de l'issue négative de ces deux référendums.

47. Aussi, le refus de ratifier le traité d'adhésion, qu'il soit du fait du Parlement national ou de la population, peut être une solution pour une nation qui voudrait protéger son identité constitutionnelle à l'encontre de la construction européenne et confirme la capacité souveraine de l'État à la protéger dans ses rapports contractuels avec l'Union.

48. D'abord, ces deux exemples démontrent qu'une nation européenne bien que remplissant les critères exigés, peut unilatéralement refuser d'adhérer à l'Union pour des motifs partiellement identitaires. Par l'exercice unilatéral d'une souveraineté pleinement maîtrisée, elle peut ainsi refuser de ratifier le traité d'adhésion, voire refuser de l'envisager. Un grand nombre de motifs et d'intérêts peuvent être pris en considération pour justifier un tel choix des institutions de l'État ou de la population concernée, parmi lesquels la protection de l'identité constitutionnelle, qui peut être perçue comme menacée par une intégration au projet européen. Si le refus d'adhérer n'est donc pas dans ces exemples exclusivement fondé sur la volonté de préserver l'identité constitutionnelle, il ne fait nul doute que sa protection peut être assurée par une telle opportunité, tant les traités s'appuient encore et toujours sur cette même unilatéralité pour rendre légitime l'accession d'un État européen au statut d'État membre de l'Union.

Cette méthode apparaît néanmoins d'une efficience plutôt limitée, puisque parmi les États ayant fait ce choix, aucun d'entre eux n'a réellement décidé de rester totalement en marge de l'Union. Or, ces liens fragilisés qu'ils nouent avec elle, les conduisent parfois à subir les externalités juridiques du droit de l'Union, ceux-ci étant soumis à une partie conséquente de l'acquis communautaire, sans pouvoir participer aux tractations étatiques qui sous-tendent sa formation[2]. De même, ces États ne possèdent pas la qualité de requérant

[1] *Ibid.*, p. 126.
[2] Voir sur ce point les conclusions de RAPOPORT C., « La participation des États tiers à la prise de décision communautaire », *op.cit.*, p. 300 et 313, considérant au sujet des États tiers « qu'il n'existe de véritable chance

privilégié devant la Cour de justice et ne peuvent dès lors prétendre aux mêmes droits et exercer les mêmes recours que les États membres[1]. Le refus d'adhérer, bien que possible n'est donc pas nécessairement un mécanisme de protection aussi efficient qu'il aurait pu y paraître en première lecture. Si les États peuvent initialement refuser de consentir à l'adhésion dans le but de protéger leur identité, ce libre choix ne les prive pas, en cas d'adhésion, de pouvoir ultérieurement s'y opposer, attendu qu'ils demeurent capables de s'en retirer par la dénonciation du traité, ce qu'il convient désormais d'observer.

Paragraphe 2 : Le retrait du consentement au projet européen

49. L'État non-membre de l'Union peut faire un usage unilatéral de sa souveraineté, le conduisant à rejeter l'adhésion à l'Union et par conséquent à dénier l'applicabilité à son encontre du droit en découlant. Cette faculté ne semble pas pouvoir être retirée à l'État déjà membre. En effet, si celui-ci a accepté dans un premier temps sa participation pleine et entière au projet européen, il apparaît dorénavant encore libre de retirer son consentement envers un traité qui, une fois appliqué, entrerait en contradiction avec son identité. Il lui reste ainsi une autre alternative, fraîchement consacrée par le traité de Lisbonne, celle de dénoncer le traité en vigueur par l'usage de son droit de retrait. Ainsi, le consentement de l'État, s'il doit être initial, apparaîtrait également comme continu, cette continuité cessant par l'exercice du droit de retrait. Une telle constance dans le consentement de l'État traduirait la persistance de sa qualité souveraine, même une fois l'adhésion réalisée. En effet, celui-ci détenant la faculté de retirer les compétences qu'il aura préalablement transmises à l'Union conserverait la compétence de sa compétence. Il serait même possible, selon András Jakab, « de définir la souveraineté des États membres dans l'UE comme un droit de sécession », signifiant que « les États membres sont toujours souverains, mais que, tant qu'ils joueront au jeu appelé "Union européenne ", ils devront en suivre les règles »[2].

Le droit de retrait des États membres a suscité de nombreux débats doctrinaux, que ce

---

d'être entendus que si leur position est partagée par un ou plusieurs États membres alors susceptibles de la relayer ».

[1] Voir sur ce point Conclusions JÄÄSKINEN N., CJCE, 13 septembre 2012, Suisse / Commission, Aff. C-547/10 P, notamment point 59, selon lesquelles : « le fait d'être partie contractante à l'accord sur le transport aérien ne suffit pas à assimiler la Suisse aux États membres, qui bénéficient de certains privilèges procéduraux. La Suisse, qui a choisi une voie de coopération à la "carte", doit remplir les mêmes critères qu'une personne physique ou morale souhaitant attaquer une décision d'un organe de l'Union ».

[2] JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *Jus Politicum*, décembre 2008, voir http://www.juspoliticum.com/La-neutralisation-de-la-question,28.html, p. 23.

soit au sujet de son éventuel existence avant son insertion dans le droit primaire, à propos de sa formulation lorsqu'il fut envisagé de l'y insérer, ou enfin après son inscription dans le TUE, dès lors qu'il fut devenu pressant d'en déterminer la portée. Lors de ces débats, furent menées plusieurs études portant sur sa valeur explicative au sujet de la qualification de l'Union, et sur l'impact qu'il aurait sur la localisation de la souveraineté au sein de la construction européenne[1]. Certains de ces aspects seront reconsidérés, mais il conviendra surtout de démontrer que cette clause constitue un moyen pour l'État membre de protéger unilatéralement son identité constitutionnelle. C'est bien cette dernière considération qui fera l'objet des analyses suivantes. En effet, si la clause « témoigne du souci de protection de la souveraineté des États, [elle] porte aussi en elle des tensions engendrées par la construction européenne et des difficultés à les résoudre »[2], la volonté étatique de préservation de son identité constitutionnelle étant l'une de ces tensions.

50. Ainsi, l'insertion du droit de retrait dans le traité constitue-t-il l'avènement d'un mécanisme permettant la préservation de la souveraineté des États membres et par là même de leur capacité souveraine à protéger leur identité constitutionnelle ? Il conviendra pour y répondre d'adopter un raisonnement en deux temps. Initialement il sera utile de démontrer que l'incorporation du droit de retrait est plus favorable pour l'État membre que la situation qui résultait de son absence au sein des traités (A). Ensuite, il sera opportun de déterminer si les conditions ainsi que les conséquences de son utilisation sont propices à la protection unilatérale et souveraine de son identité constitutionnelle par l'État membre (B).

A. Un droit incorporé en faveur de l'État membre

51. Afin d'observer que l'inscription du droit de retrait dans le traité s'est réalisée en faveur de l'État membre, il sera nécessaire dans un premier temps d'évaluer la situation antérieure à son incorporation (1), pour ensuite la comparer avec la situation qui résulte désormais de son insertion au sein du droit primaire (2).

[1] Voir par exemple, BLUMANN C., « L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union européenne », *in L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 53-68.
[2] GROSCLAUDE L., « La clause de retrait du traité établissant une Constitution pour l'Europe, réflexions sur un possible marché de dupes », *RTDE*, 2005, p. 539.

1. Des incertitudes résultant de son absence dans le traité

52. Antérieurement à l'insertion dans le traité de Lisbonne du droit de retrait, se posait la question, d'un point de vue pratique comme théorique, de son éventuelle existence en droit de l'Union. En l'absence d'une telle disposition expresse, de même que de tout précédant[1], il semblait commode de se référer à la Convention de Vienne sur le droit des traités[2]. Celle-ci décrit dans ses articles 54 et 56 un régime du retrait en droit international selon lequel, en l'absence d'une clause expresse le prévoyant au sein d'un traité ou à défaut d'un accord de toutes les autres parties concernées, un État partie ne peut s'en retirer. À ce stade, et au regard du droit de l'Union préexistant au traité de Lisbonne, seul un retrait négocié et conditionné à l'aval des États parties pouvait donc être envisageable.

La Convention porte toutefois à cela une double exception tenant à l'esprit, la nature du traité concerné ou à l'intention initiale des parties, considérant que si le droit de retrait peut s'en déduire, alors une dénonciation dont la nature unilatérale n'est toutefois pas spécifiée reste possible. Cette exception laissait donc une étroite porte de sortie à l'État membre concernant sa faculté de se retirer unilatéralement de l'Union, puisque rien ne permettait avec certitude de nier qu'une telle intention puisse être trouvée au sein des États fondateurs ou dans la nature du traité. Sur ce point, la doctrine n'était d'ailleurs pas unanime[3].

53. D'aucuns s'appuyaient d'ailleurs sur un amalgame semble-t-il « erroné »4, associant la question du droit de retrait à la durée prévue comme illimitée des traités5, ou encore au

[1] Une exception pourrait exister dans le cas très particulier du Groenland qui par référendum, aura obtenu le droit de se retirer de l'Union conformément au traité sur le Groenland (traité modifiant les traités instituant les Communautés européennes en ce qui concerne le Groenland, 1er février 1982, N° L 29/1). Toutefois il ne s'agit pas du retrait d'un État membre, mais seulement de l'une de ses provinces, qui plus est autonome et ce peu de temps avant la décision d'y procéder. Le Groenland obtiendra alors le statut de territoire d'outre-mer associé. Ce retrait pourrait d'ailleurs être considéré comme une adaptation du droit européen à l'évolution de la situation interne du Groenland vis-à-vis du Danemark. D'ailleurs, à aucun moment n'est évoqué le terme de retrait, lui étant préféré celui « de fin d'application du traité à l'égard du Groenland ».

[2] Convention de Vienne, adoptée le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Recueil des traités, vol. 1155, p. 33.

[3] Voir sur la base d'exemples empruntés à LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2*,* 2004*,* p. 183 : pour les auteurs qui étaient opposés à la reconnaissance d'un droit de retrait, BOULOUIS J., *Droit institutionnel des communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1990, p.46, ainsi que ISAAC G., *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 1990, p. 28 ; voir pour les auteurs qui étaient favorables à sa reconnaissance, RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1994, 893 p. ; voir également SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, §31.

[4] Voir en ce sens, VILA J.-B., « La sortie d'un État membre dans le traité sur l'Union européenne, d'un mécanisme utopique à un protée juridique », *RTDE*, 2011, p. 275.

[5] Prévue depuis le traité de Rome, cette clause se retrouve à l'article 53 TUE.

mécanisme intégratif que constitue l'effet cliquet et qui emporte la non réversibilité de l'attribution des compétences à l'Union, pour en déduire l'inexistence d'un tel droit au retrait1. D'autres, se fondant sur la souveraineté de l'État membre retranscrite dans les traités par le principe d'attribution des compétences et l'encadrement des compétences de l'Union par les États membres parvenaient à la conclusion inverse en faveur du droit de retrait2.

Enfin, rien ne permettait avec certitude de considérer la convention comme applicable, l'ensemble des États membres n'en étant pas partie, de même que se posait également la question de l'application du droit international dans un domaine aussi particulier que celui du droit de l'Union3. Ainsi, à considérer que la Convention ou du moins que ses solutions étaient néanmoins applicables, seule en résultait la certitude d'un droit au retrait négocié et conditionné, laissant dès lors très indécise l'issue d'un État souhaitant unilatéralement se retirer.

54. Aussi, cette solution n'était guère satisfaisante au regard de la faculté pour l'État membre de faire usage du droit de retrait pour protéger son identité constitutionnelle. Il s'agit désormais de démontrer que l'insertion du droit de retrait dans le traité de Lisbonne, non seulement clarifie la situation, mais apparaît en outre plus favorable à l'État membre que la situation qui aurait pu découler de l'application du droit international.

2. La reconnaissance d'un droit au retrait volontaire et non conditionné

55. L'article 50 TUE, initialement destiné à trouver sa place dans le TECE, consacre dorénavant l'existence et la procédure de l'exercice du droit de retrait par l'État membre. Il

[1] Pour une critique de cette analogie, voir VAHLAS A., « Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne », *RDP*, 2005, p. 1576-1577, selon cet auteur une telle analogie reviendrait à « confondre des questions bien distinctes [qui sont] d'une part la prédétermination ou non d'une durée de fonctionnement [ou encore] les conditions de fonctionnement à l'intérieur du cadre communautaire […] et, d'autre part, le droit pour un État de mettre fin à sa participation ».

[2] C'est par exemple le cas de la Cour constitutionnelle allemande, voir C.C.F.A., 12 octobre 1993, Maastricht, n° 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, point 112 : « [l]'Allemagne est l'un des "maîtres des traités" qui ont proclamé leur engagement vis-à-vis du traité d'Union conclu à durée illimitée avec la volonté d'une adhésion à long terme mais qui pourraient en définitive également révoquer cette appartenance par un acte contraire. » ; voir également, VILA J.-B., « La sortie d'un État membre dans le traité sur l'Union européenne, d'un mécanisme utopique à un protée juridique », *RTDE*, 2011, p. 274 : « le droit de retrait devait malgré tout être considéré comme immanent à la souveraineté des États ; la faculté de se retirer constituant alors le pendant de la possibilité d'adhérer. ».

[3] VAHLAS A., « Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 1576 : « L'Union européenne a aujourd'hui atteint un haut niveau d'intégration, économique mais également politique, qui créé des liens si étroits entre ses membres qu'il est difficile de croire que la reconnaissance, en l'absence de clause expresse, d'un droit de retrait pour des traités internationaux traditionnels impliquerait nécessairement la même conclusion vis-à-vis des traités communautaires ».

convient d'abord de préciser qu'il s'agit d'un retrait volontaire de l'État « conformément à ses règles constitutionnelles », ce qui peut impliquer de sa part une révision constitutionnelle préalable, la Constitution ayant initialement été modifiée en vue d'adhérer à l'Union. Ce dernier doit notifier sa décision au Conseil européen qui adressera ses orientations au Conseil en charge de négocier, pour le compte de l'Union et dans un délai de deux ans maximum, les conditions du retrait et les futures relations qui en découleront avec l'ancien État membre. L'accord est conclu à la majorité qualifiée du Conseil après approbation du Parlement européen.

Le principe est donc celui d'un retrait négocié dont l'ouverture est désormais clairement encadrée, mais non conditionnée. Le traité dispose également d'une seconde voie en cas d'échec des négociations ou de dépassement du délai de deux ans : soit le Conseil européen décide unanimement et en accord avec l'État concerné de proroger ce délai, soit un retrait par conséquent non négocié est prononcé.

56. Cet article apporte la certitude à l'État membre de pouvoir dans tous les cas quitter l'Union, puisque la négociation ne porte pas sur le fait de donner un quelconque aval au retrait de l'État, mais concerne uniquement les termes de son départ. De plus, rien ne peut en définitive empêcher ce retrait, attendu que même l'échec de ces négociations n'a pas pour effet d'interrompre la procédure. Il dispose d'un droit de retrait certain, volontaire et unilatéral qui ne dépend ni de l'accord des autres membres, ni de l'appréciation de la nature du traité et encore moins de l'intention initiale des parties. Il apparaît clairement en faveur de l'État membre et de la préservation de sa nature souveraine. Fondé sur l'usage unilatéral de la souveraineté par l'État, son utilisation facilitée en fait un outil « ultime » de protection face à l'Union européenne, des intérêts étatiques essentiels, parmi lesquels figure la protection de l'identité constitutionnelle.

B. Des conditions et conséquences d'exercice propices à la protection étatique de l'identité constitutionnelle

57. Si l'incorporation du droit de retrait dans les traités semble apparaître en faveur de l'État membre, il convient toutefois d'en analyser plus précisément les conditions et conséquences de son exercice, afin de déterminer si son utilisation permettrait réellement à l'État de protéger unilatéralement son identité constitutionnelle. Pour ce faire, seront d'abord

abordés les débats conventionnels relatifs à sa rédaction, permettant d'observer les différentes natures et conditions envisagées du droit de retrait par les conventionnels, ainsi que l'intérêt pour les États membres du choix finalement retenu (1). Ensuite seront évaluées les conséquences de son utilisation, afin cette fois d'en déterminer l'effectivité au regard d'une protection identitaire par l'État membre (2).

1. L'issue des débats relatifs à la nature et aux conditions du droit de retrait

58. L'exercice du droit de retrait par l'État membre relève d'une procédure quasi unilatérale. Aucune condition, en dehors du délai maximum de deux ans aux fins de négocier ses modalités, n'est imposée à son application. Néanmoins, il est intéressant afin d'en révéler toute sa portée, ainsi que de déterminer sa nature, de se référer aux amendements que certains conventionnels ont souhaité sans succès voir intégrer à la rédaction de cette disposition et dont l'objet était notamment de restreindre l'exercice du retrait[1].

59. Trois sortes de limitations furent alors envisagées. La première visait à limiter le droit de retrait à des situations exceptionnelles, c'est-à-dire uniquement à défaut de ratification de l'approfondissement ou de l'élargissement des traités par l'État membre. En définitive cela aurait transformé le retrait volontaire en une sorte de retrait automatique, c'est-à-dire en une clause d'expulsion. La seconde prévoyait que l'usage du droit de retrait ne pouvait prendre effet qu'à partir du moment où un accord entre l'Union et l'État qui se retire serait effectivement conclu. Cette limitation aurait dès lors eu pour effet de conditionner le droit de retrait. Enfin, la dernière ajoutait en plus de cette seconde limitation « la règle de l'unanimité au sein du Conseil pour l'examen de la demande de retrait ou la conclusion de l'accord, donnant ainsi à tout État membre de facto un droit de *veto* contre le retrait »[2].

60. Si la première de ces conditions avait pour conséquence de dénaturer profondément le droit de retrait, les secondes l'auraient largement conditionné à l'accord des autres membres, remettant également en cause la nature volontariste d'une telle procédure[3]. Aucun de ces

[1] Convention européenne, fiche d'analyse des propositions d'amendements concernant l'appartenance à l'Union : projet d'articles relatifs au titre X de la partie I (article 43 à 46), 14 avril 2003, CONV 672/03, p. 3 et p. 10-12.
[2] *Ibid.*, p. 3.
[3] Il fut notamment précisé par la Convention européenne réunie au sujet du TECE que « bien qu'il soit souhaitable qu'un accord soit conclu entre l'Union et l'État qui se retire sur les modalités du retrait ainsi que sur leurs relations futures, il a été considéré qu'un tel accord ne devrait pas constituer une condition pour le retrait,

amendements ne fut finalement retenu. Aussi les rédacteurs du traité ont vraisemblablement voulu préserver la maîtrise pleine et entière de cet instrument par l'État membre qui souhaite se retirer. Il conforte surtout l'idée que même après l'adhésion l'État demeure souverain. En effet, si son consentement doit être initial, il est aussi continu jusqu'à l'exercice éventuel du retrait.

Selon Jean-Baptiste Vila, l'objectif de l'insertion du droit de retrait était double, d'une part « mettre en exergue le caractère démocratique et souverain du processus d'adhésion », d'autre part réaffirmer la souveraineté étatique afin de contrebalancer la primauté du droit de l'Union « qui devait au final céder face à la volonté souveraine des États »[1]. En somme le droit de retrait confirme que l'Union est une association librement consentie entre États souverains et indépendants, dont l'irréversibilité d'ailleurs mentionnée dans le traité[2], ne peut valoir « qu'aussi longtemps que le vouloir-vivre en commun demeure »[3]. Finalement, le droit de retrait apparaît effectivement au niveau procédural comme un outil pleinement utilisable par l'État membre dans le but de défendre ses intérêts, ce qu'il devient nécessaire d'observer au sujet de ceux d'ordre identitaires.

2. L'efficacité du retrait au regard des conséquences de son utilisation

61. Il convient de déterminer son efficacité au regard des effets que produirait son utilisation par un État membre dans l'objet de protéger son identité constitutionnelle. Pour ce faire, il est utile d'analyser les conséquences juridiques directes qu'emporte le retrait de l'État, afin de déterminer si elles seraient adaptées à la protection de l'identité constitutionnelle.

62. Sur ce point, il suffit de préciser que le retrait emporte l'inapplicabilité des traités ainsi que du droit dérivé et par conséquent, de toute disposition du droit de l'Union qui serait potentiellement contraire ou incompatible avec l'identité constitutionnelle de l'État membre. De plus, la situation qui en résulte est celle d'un retrait définitif et non temporaire dans la mesure où il est prévu par l'article 50, qu'en cas de volonté de l'État concerné d'adhérer à l'Union, celui-ci doit à nouveau suivre l'intégralité de la procédure d'adhésion prévu par

afin de ne pas vider de sa substance le concept de retrait volontaire », Convention européenne, note de la présidence, 2 avril 2003, CONV 648/03, p. 9.

[1] VILA J.-B., « La sortie d'un État membre dans le traité sur l'Union européenne, d'un mécanisme utopique à un protée juridique », *op.cit.*, p. 275.

[2] Article 53 TUE.

[3] VAHLAS A., « Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 67.

l'article 49. Aussi, le retrait apparaît comme complet et efficace pour l'État membre qui souhaiterait supprimer les effets négatifs du traité sur ses propres intérêts y compris identitaires.

63. Par ailleurs, il faudrait évaluer si les conséquences matérielles notamment économiques du retrait ne seraient pas à ce point considérables et déraisonnables qu'elles rendraient particulièrement délicates voire impensables les velléités sécessionnistes d'un État membre. En effet, les interdépendances générées par l'Union entre ses membres n'imposent-elles pas de considérer cette clause comme la reconnaissance purement formelle et symbolique du retrait visant surtout à assurer aux plus eurosceptiques que l'Union ne séquestre pas l'État membre, ou à l'inverse aurait-t-elle une réalité matérielle tangible ?

Cette question se retrouve d'ailleurs également au sein des travaux de Claude Blumann qui s'interroge sur le fait de savoir si les auteurs de la clause eux-mêmes, n'avaient pas pris en considération l'impossibilité matérielle du retrait pour le reconnaître et protéger ainsi du moins en apparence et à moindre frais la souveraineté étatique[1]. Nul doute que des efforts considérables, aussi bien dans la refonte des politiques économiques et monétaires nationales, que dans le réaménagement normatif, devraient être déployés par l'État concerné, sans même parler du coût financier d'une telle opération.

64. En définitive, si l'insertion de la procédure de retrait apparaît dans un premier temps rassurante et pleinement efficace pour l'État membre qui l'envisage, il reste que son utilisation par celui-ci dans l'objet de protéger son identité constitutionnelle devra faire l'objet d'une évaluation sérieuse, tant les effets positifs d'un tel retrait sur la protection de son identité constitutionnelle pourraient paraître limités en comparaison des conséquences négatives qu'il emporterait sur les autres intérêts étatiques.

65. Par l'incorporation du droit de retrait dans le traité de Lisbonne, il apparaît évident que la souveraineté de l'État membre est préservée. En effet, indépendamment des limites relatives à l'exercice de sa souveraineté auxquelles il aura lui-même consenti par son adhésion et par le transfert de compétences souveraines qui en résulte nécessairement[2], ce dernier a

[1] BLUMANN C., « L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union européenne », *op.cit.*, p.64 ; voir également en ce sens RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2010, p. 75, selon lequel si le droit de retrait ne peut être dénié, « c'est l'ampleur des effets concrets de la participation des États membres sur leur tissu économique et social […] qui apparaissait comme le véritable facteur d'irréversibilité des engagements ».

[2] Voir *infra* (§242 et s.).

toujours la capacité d'en faire un usage unilatéral et non conditionné pour dénoncer sa participation à l'Union. S'il y a bien préservation de la souveraineté de l'État membre, ce n'est ici qu'au point de vue formel, c'est-à-dire en termes de compétence de la compétence. L'État membre ne retrouvant pleinement l'usage de sa souveraineté, c'est-à-dire sa substance, qu'une fois le retrait opéré, c'est-à-dire lorsque ses compétences souveraines auparavant transférées lui seront réattribuées et son statut d'État membre révoqué.

La solution peut dans un premier temps paraître pertinente et avantageuse pour la protection des intérêts étatiques notamment identitaires, dès lors qu'aucune autre solution moins radicale ne fut trouvée. Mais il s'avère qu'en pratique, elle peut présenter dans sa réalité matérielle un intérêt limité, tant les répercussions négatives d'un tel retrait s'avéreraient importantes. De plus, l'État membre qui en ferait un tel usage se retrouverait, *ipso facto*, dans la même situation juridique que l'État ayant initialement refusé d'adhérer, nonobstant l'éventuel accord qui pourrait résulter de la procédure de retrait. Certes à nouveau pleinement souverain, il y a de forte chance qu'il conserve néanmoins quelques liens affaiblis avec l'Union qui proviendraient d'un accord bilatéral. Il subirait dès lors les mêmes externalités juridiques que les États ayant refusé l'adhésion, ce qui en définitive pourrait lui apparaître comme défavorable pour la protection de ses intérêts face au droit de l'Union, fussent-ils identitaires et eussent-ils justifiés son retrait.

66. Le consentement de l'État est donc initial lors de l'adhésion, puis réputé continu jusqu'à l'exercice éventuel du droit de retrait. Ainsi, l'État maîtrise pleinement son consentement au projet européen. Or, comme précédemment observé, la maîtrise de ce consentement est l'expression même de la liberté étatique en laquelle consiste la souveraineté. D'abord pleinement souverain, il peut notamment au motif d'un risque d'atteinte à son identité, tout simplement rejeter l'adhésion. Il s'agit là d'un refus de consentir à la limitation de ses compétences souveraines au profit de l'Union. Une fois l'État devenu membre, sa souveraineté bien qu'atteinte dans sa substance par le transfert de compétence demeure intacte au sens formel du terme, puisque celui-ci peut toujours, afin de protéger son identité constitutionnelle ou encore pour tout autre motif, décider de sa propre initiative et sans condition de s'en retirer. Au moyen de la conservation de sa souveraineté formelle, il peut ainsi récupérer l'ensemble des compétences qu'il aurait auparavant transférées et par conséquent annihiler toutes autolimitations auxquelles il aurait consenti lors de l'adhésion. Par la récupération substantielle de l'usage plein et entier de sa souveraineté, il retrouverait pleinement, au moins en théorie, la capacité de protéger à l'égard du droit de l'Union ses

intérêts, dont fait partie son identité constitutionnelle. Lors des phases conventionnelles, la première des méthodes permettant à l'État de protéger son identité à l'égard du droit primaire de l'Union réside clairement dans sa qualité souveraine initiale et persistante.

Si la maîtrise du consentement étatique au droit primaire, avant comme après l'adhésion, apparaît comme un outil de protection de l'identité national, l'État doit également en maîtriser la réitération lors des révisions du droit primaire. En effet, pendant du processus d'adhésion, le processus de révision vise généralement au transfert de nouvelles compétences, qu'avec sa souveraineté seul l'État est à même d'autoriser. Il convient donc désormais de s'attacher à la capacité de protection souveraine de l'identité, mais cette fois à l'égard de l'évolution du droit primaire lors du moment venu de sa révision.

Section 2 : Le contrôle étatique de la révision du projet européen

67. Les révisions des traités, tout autant que l'adhésion initiale de l'État membre à l'Union peuvent avoir des conséquences préjudiciables pour son identité constitutionnelle. En dehors de son droit de retrait, l'État une fois membre maîtrise-t-il toujours son consentement face aux révisions du projet européen et peut-il par conséquent souverainement se prémunir des évolutions conflictuelles de celui-ci avec cette identité, sans pour autant devoir s'en retirer ?

Une telle faculté de protéger son identité constitutionnelle à l'encontre des évolutions ou de l'adaptation du projet européen semble résulter de l'article 48 TUE fixant la procédure de révision du traité actuel. Si la procédure de révision des traités a légèrement évolué au fil de leur succession, ses grandes lignes sont toujours restées les mêmes, mise à part l'apparition de procédures allégées, l'ouverture de l'initiative au Parlement européen et la pérennisation du recours à la convention. Cet article prévoit désormais trois procédures différentes de révision qu'il conviendra donc d'analyser.

Dans ce cadre, devront être envisagées les deux solutions complémentaires qui s'offrent à lui. D'une part, il peut conjointement avec les autres États membres procéder à un usage multilatéral de sa souveraineté, afin de définir les termes du nouvel accord, et plus particulièrement encadrer les compétences transférées à l'Union ou encore faire inscrire au sein du traité des dispositions favorables au respect de son identité (§1). D'autre part, il peut toujours, comme lors de la phase d'adhésion, unilatéralement refuser de ratifier le nouvel accord une fois celui-ci adopté (§2).

Paragraphe 1 : Le contrôle multilatéral de la révision

68. S'il est possible de déduire du droit de retrait de l'État que celui-ci conserve sa souveraineté au sens formel du terme, ce droit s'analysant comme une maîtrise en dernier lieu de la compétence de sa compétence, il en va de même à l'égard de la procédure de révision des traités qui avant même de devoir être unilatéralement ratifiée, doit être multilatéralement et unanimement approuvée. En effet, « les rédacteurs du traité de Lisbonne se sont refusés à "sauter le pas" en éliminant le verrou de l'unanimité », de nombreux États membres s'étant opposés au fait « de perdre leur droit de *veto* en matière de révision, y compris sur les politiques dont le cadre représente souvent des enjeux importants »[1]. Cette unanimité serait alors à nouveau le gage que rien ne sera imposé à l'État, aucun transfert de compétences vers l'Union, pas plus que de nouvelles obligations, sans que celui-ci ait réitéré son accord avec l'ensemble des autres États ou ait à tout le moins pu faire valoir un quelconque droit de *veto*.

La persistance de la souveraineté formelle des États membres et son exercice étatique sont alors tout autant qu'auparavant, la méthode logique de protection de leurs intérêts fussent-ils identitaires, en leur permettant de librement influencer et/ou refuser l'évolution du traité. Néanmoins, avant d'aborder en quoi une telle faculté peut permettre aux États de multilatéralement protéger leur identité (B), il convient de démontrer la prégnance étatique dans cette phase de la procédure de révision (A).

A. La prégnance étatique dans les procédures de révision

69. Justifier la persistance de la souveraineté formelle étatique au moyen des caractéristiques de la procédure de révision du traité implique de démontrer la prégnance étatique dans cette procédure, en analysant d'une part sa nature multilatérale (1), puis d'autre part la pleine maîtrise par les États des institutions en charge de la réaliser (2).

[1] PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 140.

1. Le multilatéralisme à l'œuvre dans la procédure de révision

70. Comme précédemment observé, le TUE prévoit désormais en son article 48 trois procédures de révision, dont l'analyse préalable apparaît essentielle pour démontrer l'existence d'un contrôle multilatéral étatique de la révision[1].

71. La première, qui pourrait être qualifiée de solennelle car la plus difficile à suivre, est la procédure ordinaire. Elle se déroule en deux phases. D'abord de nature communautaire, elle autorise chacune des institutions européennes dont la vocation est politique à intervenir. L'initiative de la révision est attribuée à tout État membre, ainsi qu'à la Commission et désormais au Parlement européen, qui doivent transmettre tout projet de révision au Conseil de l'Union. Ce dernier décidera à la majorité simple de transmettre ces projets au Conseil européen élevé à partir du traité de Lisbonne au rang d'institution européenne[2]. Le Conseil européen après consultation du Parlement et de la Commission décide à la majorité simple d'engager ou non l'examen des modifications proposées.

À partir de cette décision, une seconde phase de nature multilatérale intervient. En effet, si l'issue est favorable, il convoquera une Convention inspirée du modèle fourni par la Convention sur l'avenir de l'Europe, dont le rôle dorénavant sanctuarisé est d'examiner les projets de révision et d'adresser par consensus une recommandation à une Conférence des représentants des gouvernements des États membres (ci-après CIG) qui arrêtera d'un commun accord les modifications à apporter aux traités. Le consensus et le commun accord entre les États apparaissent comme la preuve du multilatéralisme à l'œuvre dans la procédure de révision. Il est à noter qu'en fonction de l'importance de la révision entreprise, le Conseil européen aura sur la base d'une majorité simple la possibilité de ne pas convoquer de Convention et d'établir directement le mandat pour une CIG. Cette seconde phase se finalise par une ultime étape qui, bien que pouvant être considérée comme une continuité de la phase multilatérale, apparaît essentiellement de nature unilatérale : la ratification des modifications à apporter aux traités par chaque État membre conformément à ses propres règles constitutionnelles.

[1] Sur la question de l'évolution de la ou plutôt des procédures de révision des traités, voir GAUDIN H., « La procédure de révision des traités », *in* BLANQUET M.*, La prise de décision dans le système de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2011, p.241 à 245.

[2] Voir au sujet de la qualité institutionnelle du Conseil européen OBERDORFF H., *L'Union européenne*, Grenoble, PUG, 2010, p. 120.

72. Hors la procédure ordinaire, en existe une autre dite simplifiée qui touche exclusivement les politiques et actions internes de l'Union inscrites dans la troisième partie du TFUE. Elle dispense de la convocation d'une Convention et d'une CIG, remettant au Conseil européen le soin de valider, cette fois à l'unanimité, la révision entreprise. L'ultime étape de ratification reste néanmoins identique à la procédure ordinaire.

Enfin, l'article 48 prévoit la possibilité de recourir à la « clause passerelle », permettant au Conseil européen de décider, encore à l'unanimité et après accord du Parlement européen, de remplacer le mode de décision du Conseil à l'unanimité par la majorité qualifiée dans les domaines couverts par le TFUE et le titre V du TUE, ou encore de commuter au sujet d'une matière donnée la procédure législative spéciale du TFUE par la procédure ordinaire. Dans ce cadre un droit de *veto*, que chaque parlement national peut exercer dans les 6 mois de la transmission de l'initiative de révision, se substitue à la procédure de ratification habituelle.

73. Si le traité de Lisbonne introduit deux nouvelles procédures de révisions, au moyen de la « clause passerelle » et de la révision simplifiée, il est impossible d'avoir le recul nécessaire sur leur utilisation, puisque la première n'a tout simplement pas été utilisée, lorsque la seconde vient seulement d'être mise en œuvre pour la révision budgétaire des traités[1]. De plus, elles ne peuvent être utilisées qu'à des fins de révisions mineures et ne pourront constituer une atteinte importante à la souveraineté ou à l'identité constitutionnelle de l'État membre, contrairement à la procédure ordinaire, qui le conduit parfois même à la nécessaire révision constitutionnelle avant ratification du projet de traité[2].

La procédure ordinaire fera ainsi l'objet essentiel des développements suivants. Elle reste sensiblement la même que celle observée dans les traités précédents et apparaît relativement similaire aux règles classiques du droit international, notamment en matière d'adoption et de ratification des modifications à apporter, puisqu'elle s'appuie toujours clairement sur le multilatéralisme au moyen du commun accord, de l'unanimité ou encore du consensus entre États membres. Il faudra d'ailleurs revenir sur ces termes dont la signification semble sensiblement différente.

[1] MES (mécanisme européen de stabilité), issu d'une révision simplifiée sur la base de l'article 48§6, modifiant l'art 136 du traité, 2011/199/UE ; voir sur ce point, FINES F., « La construction européenne au défi de la crise des dettes souveraines », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI*.,* 2012*,* p. 227.

[2] Voir *infra* (§148 et s.), pour une analyse du parallélisme entre révision des traités et révision de la Constitution.

2. La pleine maîtrise étatique des organes en charge de la révision

74. Il s'agit désormais de s'attacher à l'analyse de la procédure ordinaire de révision et plus particulièrement à la phase multilatérale qui la compose. En effet la première phase dite communautaire relève d'une prise de décision à la majorité simple qui ne peut dès lors permettre à tout État de valablement s'opposer à la révision, bien que faisant intervenir de façon privilégiée le Conseil de l'Union et le Conseil européen, seules institutions intergouvernementales de l'Union. Cette faculté de protection souveraine de l'identité, lors de la procédure de révision, est donc exclusivement à rechercher dans sa seconde phase, réalisée au moment de la réunion de la CIG. Elle l'est également, mais dans une moindre mesure, lors de la réunion de la Convention.

75. La réunion d'une Convention en vue de déterminer les modifications à apporter aux traités est une méthode qui a fait ses preuves lors de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux et du TECE, indépendamment d'ailleurs de l'issue qui sera accordée à ce dernier. Sa composition désormais prévue par le traité de Lisbonne est calquée sur celle retenue lors de la Convention sur l'avenir de l'Europe. Y sont ainsi réunis, représentants des parlements nationaux, chefs d'État ou de gouvernement des États membres, ainsi que des représentants du Parlement européen et de la Commission. Sa composition n'est donc pas purement intergouvernementale, notamment au regard de la participation de représentants des institutions européennes. Néanmoins le mode de décision n'est plus fondé sur le vote à la majorité simple, mais sur la notion de consensus, ce qui permet d'éloigner son fonctionnement d'une phase communautaire ou intégrée pour la rapprocher d'une logique multilatérale.

Il convient toutefois de revenir sur ce terme de consensus qui n'apparaît pas d'une clarté évidente. En effet, dans une première approche le terme de consensus se définirait au sens « [d']accord et [de] consentement du plus grand nombre », il serait « une procédure qui consiste à dégager un accord sans procéder à un vote formel, ce qui évite de faire apparaître les objections et les abstentions »[1]. Il n'est donc pas synonyme d'unanimité, elle-même clairement fondée sur le vote des participants et l'absence de dissensions[2]. Selon une

[1] « Consensus », Dictionnaire Larousse en ligne.

[2] Voir sur ce point l'analyse d'un politologue, VODOZ L., « La prise de décision par consensus : pourquoi, comment et à quelles conditions ? », *Environnement et Société*, 1994, p. 57, voir http://www.dsge-arlon.ulg.ac.be/SEED/images/stories/documents/vodozcrv2.pdf, selon lequel : « la notion de consensus devrait être clairement dissociée, conceptuellement, tant de celle d'unanimité (similitude quasiment totale des points de

publication réalisée sur la base des réflexions d'un groupe de travail formé autour de la question de la révision et plus spécifiquement encore au sujet de la pertinence de la réunion d'une convention pour y procéder, le terme de consensus, tel que conçu dans le traité, se situe « quelque part entre la majorité et celle de l'unanimité, et [serait] plus proche de cette dernière »[1]. Elle apparaît ainsi comme une remise en cause du « droit de *veto* absolu d'un État membre qui rend stérile la négociation intergouvernementale classique et qui donne systématiquement l'ascendant au pays qui menace d'utiliser ce droit »[2].

Cette dernière réflexion n'empêche toutefois pas qu'un groupe d'État s'oppose à certaines modifications à apporter au traité, qui bien que non majoritaire, pourrait pourtant suffire à inhiber la reconnaissance d'un large consensus. Il convient néanmoins de relever qu'au sein même des travaux de la convention et en dehors des règles d'adoption de la recommandation qu'elle adressera à la CIG, elle est un terrain propice au dialogue et à l'influence des États sur l'évolution du projet européen. Si la réunion d'une Convention n'est donc pas un théâtre totalement adapté à l'exercice de la souveraineté étatique, c'est dans la CIG qu'elle pourra clairement s'exprimer.

76. Indépendamment de la convocation d'une Convention, en fonction du choix opéré par le Conseil européen, une CIG doit nécessairement être mandatée pour arrêter d'un commun accord les modifications des traités auxquelles il est prévu de procéder.

Le terme de commun accord n'est pas utilisé de façon neutre, d'ailleurs celui d'unanimité lui est préféré lors de la description au sein des traités de la révision simplifiée et de l'usage de la clause passerelle décidé quant à lui par le Conseil européen. Selon les écrits de Jean-Paul Jacqué, certes au sujet du Conseil de l'Union, mais qui semblent pouvoir être transposés à propos de la CIG, « l'unanimité doit être distinguée du commun accord [qui] exige le vote positif de tous les membres du Conseil alors qu'en ce qui concerne l'unanimité, […] les abstentions des membres présents ou représentés ne font pas obstacles à celle-ci »[3].

---

vues) que de celle de compromis (jeu de concessions réciproques permettant de rapprocher des points de vues divergents) ; car si la prise de décision par consensus peut inclure des recherches de compromis, elle s'en différencie dans le sens qu'elle suppose une transformation des points de vues des protagonistes, un changement de perceptions et ou de positions, suite auquel le consensus obtenu est plus qu'une demi-mesure entre deux points de vues divergents ; elle permet la création d'une solution inédite, susceptible de satisfaire les partenaires de la décision de manière plus profonde que suite à une série de concessions ».

[1] RICARD-NIHOUL G., « Réviser les traités européens : le moment Convention Six arguments pour la sauvegarder, six propositions pour la réformer », *Notre Europe*, 2007, voir http://notreeurope.elteg.info/media/Policypaper31-Convention-fr_01.pdf, p. 15.

[2] *Ibidem*.

[3] JACQUÉ J.-P., « Les évolutions de la majorité qualifiée au Conseil », *in* BLANQUET M., *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 63.

Aussi l'exigence d'un commun accord au sens de la CIG semble être plus contraignant encore que celui de l'unanimité.

La CIG, Conférence des représentants des gouvernements des États membres, est par définition un organe intergouvernemental et par conséquent multilatéral, dont la composition est exclusivement réservée aux chefs d'États et de gouvernements, ainsi qu'aux ministres des affaires étrangères. Lieu définitif de la décision multilatérale, elle permet aux États et à eux seuls de finaliser les négociations relatives au remaniement des traités. Quelles que soient les modifications proposées par la Convention ou même par le Conseil européen, rien ne saurait-être imposé aux États sans leur consentement souverain et commun.

77. C'est de cette ultime étape multilatérale, combinée le plus souvent avec la ratification unilatérale, que les commentateurs du traité déduisent la persistance de la souveraineté des États membres au moins au sens formel, ces derniers étant qualifiés pour l'occasion de « maîtres des traités »[1]. Certaines propositions issues de la déclaration de Laeken portaient sur une modification de la règle du commun accord par celle d'une majorité dite surqualifiée, ou encore de supprimer l'une des deux étapes, multilatérale ou unilatérale, imposant la règle du commun accord et de l'unanimité. Toutefois, elles ne trouveront pas leur aboutissement dans le traité de Lisbonne, laissant toujours place à la maîtrise étatique.

78. En somme et comme le relève Anne Levade au sujet de cette procédure de révision ordinaire, au demeurant quasi-inchangée, qu'elle envisage selon les deux méthodes, « diplomatique classique » ou « conventionnelle », les traités « sont le produit de l'accord d'États souverains », qui « par leur nature même de traités internationaux […] préservent, implicitement mais nécessairement, l'identité étatique de leurs signataires »[2]. Ainsi, chaque État abstraction faite des autres peut enrayer et influencer cette procédure multilatérale, notamment en vue de protéger son identité. Il convient désormais d'observer ces traces implicites comme explicites qui, figurant dans les stipulations conventionnelles des traités européens, garantissent une préservation souveraine de leur identité constitutionnelle par les États membres.

---

[1] Voir par exemple, PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, *op.cit.*, p. 142 ; voir également RITLENG D., « Les États membres face aux entraves », *in* AZOULAI L.*, L'entrave dans le droit du marché intérieur,* Paris, Bruylant, 2011, p. 304, qui relève au sujet de la souveraineté des États membres qu'en « leur qualité de "maîtres des traités", ils la conservent formellement, nonobstant les transferts de compétences consentie à l'Union ».

[2] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2*,* 2004*,* p. 181.

B. La protection multilatérale des identités nationales

79. Il s'agit dorénavant de vérifier que cette maîtrise de la teneur matérielle de la révision par les États membres, leur a notamment permis d'empêcher ou au moins de limiter les atteintes potentielles auxquelles les révisions successives auraient pu procéder à l'encontre de leur identité constitutionnelle, d'une part en encadrant les compétences transférées à l'Union et les conditions de leur exercice (1), puis d'autre part en faisant progressivement inscrire au sein des traités une disposition expressément destinée à la préservation matérielle de cette identité (2).

1. L'encadrement des compétences de l'Union

80. L'encadrement multilatéral des compétences de l'Union par les États membres résulte d'une double logique. Il est d'abord fondé sur le principe d'attribution des compétences expressément exposé à plusieurs reprises dans le traité et dont l'une des multiples inscriptions se situe d'ailleurs dans le même article que la disposition relative au respect de l'identité nationale[1]. Il y trouve de plus sa continuité dans la notion de respect des fonctions essentielles de l'État membre (a). Il s'appuie en outre sur l'idée d'une régulation étatique de l'exercice des compétences transférées (b).

a) Attribution des compétences et respect des fonctions essentielles étatiques

81. La souveraineté au sens formel du terme, qualité de l'État analysée en premier lieu comme une composante de l'identité constitutionnelle[2], est préservée par la pleine maîtrise étatique de la procédure de révision des traités. Elle permet aux États membres de refuser « d'accroître », voire selon la formule du traité de « réduire les compétences attribuées à l'Union »[3], ce qui concourt en outre à la protection de la substance de la souveraineté. L'attribution des compétences qui, avant d'être unilatéralement consentie par l'État, se doit d'être multilatéralement déterminée, est une expression même de cette souveraineté formelle étatique, puisque le symbole de la compétence de ses compétences, c'est-à-dire de la liberté

[1] Voir, article 1 et 4§1 TUE ; voir également, article 5 TUE, voir enfin la déclaration n°18 annexée aux traités et relative à la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres.
[2] Voir *supra* (§18 et 19)
[3] Article 48§1 TUE.

étatique de consentir ou non à leur transmission. En effet, elle implique que la compétence générale demeure celle des États membres, et qu'au contraire celle de l'Union ne soit qu'une succession d'exceptions consenties. Cette dernière réflexion trouve d'ailleurs une confirmation quelque peu itérative au sein du traité de Lisbonne selon lequel « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres »[1]. Les États peuvent donc librement maîtriser la conservation des compétences leur apparaissant comme essentielles, à savoir celles qualifiées de souveraines, notamment en ce qu'elles seraient, selon la désormais célèbre formule du Conseil constitutionnel, relative aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »[2]. La conservation de la souveraineté formelle permettrait ainsi aux États de préserver la substance de la souveraineté, entendue comme une somme de compétences dites régaliennes. Il apparaît toutefois ni possible ni véritablement utile d'évaluer dans ce cadre l'ensemble des compétences retenues par les États membres et présentant de telles caractéristiques.

Le traité semble néanmoins, sous l'impulsion des États, en évoquer certaines attachées « au monopole de la contrainte »[3], lorsqu'il prévoit au sein du même alinéa que celui relatif au respect de l'identité nationale, le respect par l'Union des « 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 [qui] reste de la seule responsabilité de chaque État membre »[4]. Cette disposition est ensuite à mettre en lien avec plusieurs autres articles permettant une application contextualisée de ce devoir de respect dans des situations spécifiques, telles que la nécessaire prise en compte des raisons d'ordre public, ou de sécurité publique lors de l'appréciation des entraves aux libertés de circulations[5]. Il est remarquable que la notion de fonction fut ici préférée à celle de compétence, afin de ne guère laisser place au doute quant à la détention de la compétence générale par les États membres. La formulation explicite de compétences exclusives des États lui apparaîtrait dans ce contexte illogique et dangereusement incompatible, un tel type de compétence demeurant l'apanage de l'Union. Par la notion de respect, la disposition n'est pas tant animée par la volonté étatique

[1] Article 5§2 TUE.
[2] C.C., 2 septembre 1992, Maastricht, n° 92-312 DC, points 32, 38 et 44 ; C.C., 31 décembre 1997, Amsterdam, n° 97-394, points 7, 9, 22, 23, 25, 28 et 30 ; C.C., T.E.C.E, décision précitée, points 7 ; C.C., 20 décembre 2007, Lisbonne, n° 2007-560, points 9, 12, 15 et 16 ; C.C., 9 août 2012, TSCG, n° 2012-653, points 10, 16 et 30.
[3] MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 207.
[4] Article 4§2 TUE.
[5] Voir les articles 36, 45, 52, 65, 72, 202, et 276 du TFUE.

d'acter la nature réservée de ces compétences que par celle d'empêcher l'Union d'y porter atteinte dans l'exercice des siennes. En ce sens, elle se comprend mieux comme une logique de régulation des compétences de l'Union[1]. Certains commentateurs du traité y virent très justement le respect du « cœur des fonctions régaliennes » des États membres[2], du « noyau dur des fonctions étatiques »[3], allant jusqu'à l'envisager comme « une condition » de la préservation des États et des « valeurs constitutionnelles garantes des identités constitutionnelles nationales » dont ils sont les dépositaires[4]. Ces compétences, substance de la souveraineté, seraient à ce point essentielles pour l'État que leur négation entraînerait dans son sillage celle de la qualité étatique, c'est-à-dire de la souveraineté au sens formel du terme[5]. Plus encore, elles apparaissent dans la notion de « maintien de l'ordre public » comme un outil privilégié de la protection identitaire. Son interconnexion avec le respect de l'identité nationale sera à plusieurs reprises observée par la Cour de justice, lorsqu'elle fut notamment amenée à apprécier l'opportunité de justifications aux entraves développées par les États membres[6].

82. Au regard de l'intérêt défensif que ces fonctions essentielles présentent pour la protection de l'identité constitutionnelle et de leur proximité ontologique avec la notion de souveraineté, analysée en premier lieu comme un élément nécessaire à l'identification de la qualité étatique, il persiste une question qui se doit d'être posée sur l'éventualité d'une inclusion matérielle de ces fonctions essentielles dans le champ couvert par le respect de l'identité nationale, dont le traité affirme le respect[7]. En effet, si l'on s'attache à une lecture littérale de l'article 4 du traité, le paragraphe 2 semble dans sa formulation distinguer par deux énoncés différents, d'une part le respect de l'identité nationale et d'autre part celui des fonctions essentielles. Toutefois si l'on se fie, dans une interprétation téléologique, aux recommandations du groupe de travail à l'origine de la formule inscrite dans le TECE, « les

[1] Voir dans un sens similaire, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, dir. DE WITTE B. et MARCOU G., soutenue à European University Institute, 2012, p. 236 et s.
[2] Voir PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, *op.cit.*, p. 39.
[3] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 187.
[4] *Ibidem*.
[5] Voir *supra*, (§19) sur la notion du seuil de transfert ; voir également RITLENG D., « Les États membres face aux entraves », *op.cit.*, p. 304, selon lequel « au fur et à mesure de l'accroissement desdits transferts opérés par les révisions successives des traités, le champ de compétence étatique diminue et, un jour peut-être, le seuil, qui fera perdre aux États membres leur état-civil, sera franchi. Suite à l'affaiblissement de leur capacité étatique, ils auront perdu leur qualité étatique ».
[6] Voir *infra* (§412).
[7] Voir *infra* (§87), pour l'analyse de cette disposition.

éléments essentiels de l'identité nationale comprennent, entre autres, les structures fondamentales et fonctions essentielles d'un État membre »[1]. Sur cette base, Anne Levade observera de même « que l'Union reconnaît et respecte deux aspects, structurel et fonctionnel, de l'identité nationale », tout en présentant le pan fonctionnel comme « une vision régalienne minimaliste de l'État »[2]. Assurant le respect de certaines compétences régaliennes, le traité fournit sous l'impulsion des États membres la garantie que le cœur de la substance étatique continue de battre, c'est à dire que le seuil critique du transfert de compétences au delà duquel la souveraineté formelle serait menacée ne soit pas atteint. Ces compétences, demeurant celles des États, sont toujours pleinement exploitables et opposables à l'Union, notamment dans l'objet de préserver au niveau interne leur identité constitutionnelle. Elles en deviennent même une composante matérielle de l'identité nationale dont l'Union doit désormais assurer le respect.

b) Attribution des compétences et régulation étatique

83. Il s'agit désormais de s'attarder plus spécifiquement sur la souveraineté substantielle analysée en premier lieu comme un ensemble de compétences souveraines, dont l'exercice permet notamment à l'État de protéger son identité au niveau constitutionnel, comme au niveau externe. Le transfert de ces compétences souveraines pourrait donc soit empêcher l'État de les exercer en vue d'assurer lui-même la protection de son identité, soit permettre à l'entité qui se les voit attribuer de les exercer d'une façon conflictuelle avec cette même identité. Outre la disposition déjà observée portant sur le respect de quelques-unes des fonctions régaliennes étatiques, ont ainsi été prévus par les États membres d'autres mécanismes de régulation de l'exercice des compétences transférées. Ils s'articulent autour de deux axes distincts : d'une part la différenciation de certains types de compétences, liée à l'adoption de principes destinés à leur régulation ; d'autre part l'organisation de la participation étatique à l'exercice de ces compétences par la fixation d'un cadre institutionnel et procédural favorable à celle-ci.

84. Lorsque les États transfèrent des compétences à l'Union, ils peuvent pondérer le transfert, selon que cette compétence soit attribuée ou non de façon exclusive à l'Union. Il ne

[1] Recommandation du groupe de travail V, rapport final « *compétences complémentaires* », du 4 novembre 2002, CONV 375/1/02 REV 1, p. 12.
[2] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 185 et 187

sera revenu que brièvement sur la distinction désormais bien connue des différents types de compétences de l'Union.

Le traité en présente de trois sortes : les compétences exclusives impliquant le dessaisissement immédiat et sans condition des États membres ; les compétences partagées pour lesquelles une action unilatérale de l'État est toujours envisageable, soit lorsque l'Union ne les a pas encore ou partiellement mise en œuvre, soit lorsqu'elle cesse de les exercer ; et enfin les compétences complémentaires également parfois qualifiées d'appui ou de coordination qui excluent toute logique d'harmonisation[1]. Si les compétences exclusives, de même que celles de complément sont précisément délimitées, il en va différemment des compétences partagées, pour lesquelles le traité ne dresse qu'une liste indicative dont la teneur peut en outre se voir modifiée par l'usage de la clause de flexibilité[2]. Il faut toutefois préciser que les compétences de l'Union sont gouvernées dans leur ensemble par le principe de proportionnalité impliquant une intervention mesurée à l'objectif poursuivi par l'Union, et ce plus particulièrement à propos du type d'acte envisagé, pouvant selon sa nature laisser ou non dans son application une marge d'appréciation aux États membres[3]. De même le principe de subsidiarité, dont le contrôle de nature politique est désormais assuré par les parlements nationaux[4], impose cette fois seulement au sujet des compétences partagées, d'observer le niveau spatial d'intervention le plus pertinent[5]. Son objet serait ainsi d'assurer que l'Union n'a pas vocation « à absorber toutes les compétences des États membres, ni à se substituer à eux, ou à les faire disparaître »[6]. D'ailleurs, ces deux principes ont à plusieurs reprises été analysés, notamment par le juge constitutionnel allemand[7], comme permettant d'assurer une protection de l'identité constitutionnelle en ce qu'ils offriraient une garantie que l'érosion des compétences étatiques et plus particulièrement parlementaires soit pondérée et justifiée[8].

---

[1] Voir article 2 TFUE ; voir également la déclaration n°18 annexée au traité, notamment sur les éléments relatifs aux compétences partagées et à la logique de leur réversibilité sur la base d'une abrogation d'un acte préalablement adopté dans un des domaines relevant de ce type de compétence, un renvoi est d'ailleurs opéré envers l'article 241 TFUE relatif à une telle abrogation, dont l'initiative est de plus accordée comme le gage d'une maîtrise étatique au Conseil.

[2] Article 352 TFUE.

[3] Voir (*infra* 348 et s.) sur la notion de marge d'appréciation.

[4] Voir sur ce point, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 278 et s. ; voir également *infra* (§727 et s.)

[5] Voir sur ce point l'article 5§3 et §4 TUE ; voir également le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité.

[6] CONSTANTINESCO V., « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, p. 158.

[7] Voir *infra* (§135 et s.).

[8] Voir sur ce point, FINES F., « L'association des parlements nationaux au contrôle du principe de subsidiarité », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., *L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 192-196, et spécialement p. 196 sur la défense de leur compétences législatives par les parlements nationaux.

Enfin, dans les trois cas, le transfert ne peut plus être considéré comme définitif. Les États peuvent conjointement, d'une part au moyen de la révision des traités retirer une ou plusieurs compétences à l'Union, et d'autre part avec l'intervention du Conseil faire abroger un acte adopté dans le cadre des compétences partagées, afin de récupérer leur faculté d'action. Un principe de réversibilité des compétences[1], exclusives comme partagées, dont la maîtrise est essentiellement confiée aux États, apparaît ainsi consacré comme corollaire du principe d'attribution et comme outil d'encadrement des compétences de l'Union.

85. L'encadrement étatique des compétences de l'Union ne se limite pas à la maîtrise de leur attribution, mais peut également se réaliser par la régulation de leur exercice auquel sont invités à participer les États membres par le biais du Conseil. En effet, en plus de catégoriser les types de compétences attribuées à l'Union, le traité distingue différents domaines de compétences en fonction de la procédure devant être suivie par les institutions pour y adopter des actes juridiques[2]. Cette distinction correspondait essentiellement à l'ancienne notion de pilier, désormais désuète au sein du traité de Lisbonne. Persiste néanmoins une différentiation selon que les actes adoptés dans un domaine ou l'autre puissent l'être selon une procédure législative dite « ordinaire » ou « spéciale »[3]. Influençant l'équilibre institutionnel selon le domaine concerné, cette distinction présente ainsi une importance de taille dans la capacité des États à protéger leurs intérêts notamment identitaires, puisqu'elle permet de moduler l'intensité de l'intervention du Conseil et donc des États eux-mêmes au sein de la procédure législative.

Nonobstant ces modifications de l'équilibre institutionnel, il appartient toujours aux États, seuls dépositaires des clés de la révision, de le maîtriser et de « revoir le partage du pouvoir public européen et les conditions de son exercice »[4]. La procédure ordinaire, révélant

---

[1] Voir sur ce point GUILLARD C., « La lecture étatique des compétences non exclusives de l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, p. 162.

[2] Voir sur ce point, BLUMANN C., « La fonction législative dans l'Union "modifiée" », *in* BLANQUET M.*, La prise de décision dans le système de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 31-59, et plus particulièrement à partir de la page 48, l'auteur y dégageant les évolutions du champ matériel de la procédure législative dans les divers anciens piliers communautaires.

[3] Article 289 TFUE.

[4] Voir en ce sens, GEORGOPOULOS T., « Doctrine de séparation des pouvoirs et intégration européenne », *in* BLANQUET M.*, La prise de décision dans le système de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 14 , il convient toutefois d'observer que l'auteur plutôt qu'aux États membres fait référence au « pouvoir constituant » européen, qui envisagé comme titulaire du pouvoir de révision des traités ne peut se situer, conformément aux analyses précédemment retenues, qu'entre les mains des États membres.

une participation égale du Conseil et du Parlement[1], ainsi qu'une décision du Conseil adoptée sur une double majorité[2], implique nécessairement et corrélativement, d'une part une relativisation du poids du Conseil dans la procédure législative et, d'autre part une limitation de celui de chaque État membre dont plus particulièrement celui des petits États. En effet, la règle majoritaire empêche le *veto* d'un seul, mais demeure toujours la prise en compte d'une minorité de blocage fixée à quatre États membres indépendamment de leur importance[3]. En revanche les procédures spéciales et par conséquent spécifiées au cas par cas[4], conduisent à une relation inégalitaire entre le Conseil et le Parlement, puisqu'elles ne s'appuient plus sur la logique d'une codécision, mais seulement sur celle de l'approbation ou encore de la simple consultation du Parlement européen. Analysée par Jean-Denis Mouton comme le maintien d'un « régime dérogatoire au régime communautaire de droit commun », ces procédures spéciales seraient la démonstration d'une « vraie résistance étatique »[5]. Elles imposent au sein du Conseil le vote à l'unanimité ou encore à la majorité qualifiée. Dans ce cadre le rôle du Conseil au sein du triangle institutionnel est donc largement renforcé, de même que la faculté de chaque État à protéger ses intérêts, puisque disposant cette fois d'un véritable droit de *veto*[6].

Toutefois le nombre de domaines concernés par ces procédures spéciales a drastiquement diminué depuis le traité de Lisbonne, la volonté de faire progressivement de la majorité la règle ordinaire emportant avec elle la diminution de l'influence du Conseil. Il reste que certaines matières qui seront ultérieurement envisagées comme des composantes de l'identité nationale respectée par l'Union y figurent toujours, telles que la culture[7], la sécurité sociale[8], l'harmonisation fiscale directe comme indirecte[9], ou encore les accords d'adhésion de nouveaux États membres[10]. Indépendamment de cette diminution du recours à la procédure spéciale, les États possèdent donc toujours la faculté même réduite d'influencer les actes de droit dérivé au moyen de leur représentation au Conseil et d'y intégrer des dispositions relatives au respect de leur identité.

---

[1] Voir l'article 294 TFUE.
[2] Article 238 TFUE.
[3] *Ibid.*, §3a.
[4] Article 48 TUE, ainsi que 19, 21, 22, 23, 25, 64, 81, 86, 87, 89, 113, 115, 118, 126, 127, 153, 182, 192, 194, 203, 218, 223, 226, 228, 262, 289, 297, 308, 311, 312, 314, 333, 349 et 352 TFUE.
[5] MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *op.cit.*, p. 205.
[6] Voir sur ce point JACQUÉ J.-P., « Les évolutions de la majorité qualifiée au Conseil », *op.cit.*, p. 76 - 79.
[7] Article167 TFUE
[8] Article 48 TFUE.
[9] Article 113 TUE et 115, cette matière intéresse l'identité nationale dans le cadre de l'organisation territoriale.
[10] Article 49 TUE, un questionnement d'ordre identitaire pouvant conduire au refus par les États membres de l'adhésion d'un nouveau.

86. Si les États transfèrent des compétences à l'Union, ce transfert ne peut pas être analysé comme un dessaisissement total de ceux-ci, mais plutôt comme une mise en commun de leur exercice. N'ayant dès lors pas abandonné leurs compétences souveraines, mais les ayant tout au plus désactivées dans leur usage unilatéral, ils demeurent compétents pour collectivement en mesurer l'exercice et l'adapter à la préservation de leurs intérêts notamment identitaires.

2. L'adoption d'une disposition expressément destinée à la préservation des identités nationales

87. Outre les dispositions des traités relatives à la maîtrise étatique de leur révision, à l'attribution de compétences à l'Union ou encore à l'encadrement étatique de leur usage qui permettent d'une façon dérivée de limiter les atteintes potentielles à l'identité constitutionnelle des États membres, il en est une autre spécifiquement adoptée par ceux-ci afin de la voir préserver vis-à-vis de l'exercice par l'Union de ces compétences. Afin de démontrer que dans leur maîtrise des traités, les États ont collectivement et souverainement pu y intégrer le souci de préserver leur identité à l'égard du projet européen et de son évolution, il ne s'agit pas pour le moment de préjuger de son effectivité, c'est-à-dire sa juridicité réelle[1], mais bien plus de s'attacher à l'analyse de sa formulation, de ses évolutions textuelles, tout autant que d'esquisser son contenu matériel (a), puis de déterminer sa signification ou encore le dessein de son insertion (b).

a) Formulation, évolutions et esquisse matérielle de la clause

88. Selon cette disposition désormais située à l'article 4 du traité de Lisbonne, « l'Union respecte l'identité nationale [des États membres] inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale »[2]. De plus, il est également précisé qu'elle « respecte les fonctions essentielles de l'État »[3], qui furent préalablement analysées comme composante de cette identité[4]. Cette formulation précisée résulte du TECE[5], avant d'être reprise dans le traité de Lisbonne, ainsi

[1] Voir *infra* (Partie 2 Titre 1 dans son ensemble).
[2] Article 4§2 TUE.
[3] *Ibidem*.
[4] Voir *supra* (§80 et s.)
[5] Article 5§1 TECE.

qu'au sein de la charte des droits fondamentaux[1].

La première apparition d'une telle obligation faite à l'Union par son texte fondateur provient du traité de Maastricht selon lequel « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques »[2]. La nature de cette connexion entre l'identité nationale et les principes démocratiques demeurait incertaine, elle semblait renvoyer à l'idée que son respect était conditionné par l'observation étatique des seconds[3]. Initialement reliée de façon directe à la notion de démocratie, elle-même devenue à partir des traités d'Amsterdam et de Nice l'une des valeurs communes sur lesquelles est fondée l'Union[4], le respect de l'identité nationale fut alors dissocié dans sa formulation de cette dernière pour être simplement énoncée comme suit : « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres »[5]. Un tel devoir restait néanmoins évoqué dans le même article du traité que celui portant sur les valeurs communes. À ce propos, il fut, à partir du traité de Maastricht et jusqu'au traité de Nice, également rapproché de celui du respect des droits fondamentaux par l'Union, certes inspiré de la CEDH, mais aussi et surtout « des traditions constitutionnelles communes aux États membres »[6]. Cette dernière connexion bien qu'indirecte, entre « identité nationale », « droit fondamentaux » et « traditions constitutionnelles » laissait d'ailleurs à penser que la protection des droits fondamentaux, même entendue dans une acception commune, pouvait cependant participer au respect de l'identité nationale[7]. Cette interprétation ne semble pouvoir être que confirmée par les références à l'identité constitutionnelle telles que développées par les juges constitutionnels et présentant un rattachement des plus évident entre cette dernière et la protection des droits fondamentaux[8]. Pourtant, jamais la Cour de justice n'a pris en compte un argument étatique tenant au respect des droits fondamentaux au titre de l'identité nationale de cet État, même lorsqu'il faisait valoir une appréciation spécifique de ce droit.

La révision de Lisbonne, dans la poursuite de l'élan opéré par le TECE, apporta

---

[1] Voir le préambule de la CDF.
[2] Article F, TUE Maastricht.
[3] Voir en ce sens, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 213, l'auteur conclut sur ce point 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) ».
[4] Article 6§1 TUE Amsterdam et Nice ; Article 6§1 TUE Amsterdam et Nice ; voir *infra* (§604 et s. ; voir surtout §707 et s.), pour une analyse des valeurs communes.
[5] Article 6§3 TUE Amsterdam et Nice.
[6] Article F, TUE Maastricht et 6§2.
[7] Voir dans le même sens, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 212 et 213.
[8] Voir *infra* (§170 et s. ; 295 et s.).

essentiellement deux modifications à l'égard du respect de l'identité nationale. D'abord, elle l'émancipa cette fois tant dans sa rédaction que dans sa localisation au sein du traité des valeurs de l'Union, pour l'intégrer dans un nouvel article 4 TUE portant de façon générale sur les relations entre l'Union et les États membres. Elle le combine ainsi avec les principes d'attribution, puis d'égalité des États membres devant les traités non sans rappeler celui d'égalité souveraine en droit international[1], et enfin avec le principe de coopération loyale. Le respect de l'identité nationale est donc progressivement mais clairement devenu un « principe fondamental »[2], « régulateur de l'action de l'Union »[3] et directeur des rapports entre cette dernière et les États membres. Ensuite, elle précisa sa teneur en présentant cette identité comme inhérente aux « structures fondamentales politiques et constitutionnelles », prenant en outre le soin de se référer explicitement aux choix relatifs à l'organisation territoriale des États membres.

89. Un effort de délimitation des matières couvertes par cette disposition sera ultérieurement poursuivi dans la présente thèse[4], il convient toutefois de préciser que la formule du respect demeure d'une part relativement vague et d'autre part qu'elle fut préférée à d'autres énoncés plus évocateurs intégrant comme composantes de cette identité certes « l'administration autonome aux niveaux régional et local », mais également les choix fondamentaux des États membres concernant « les langues ; la citoyenneté nationale ; le territoire ; le statut légal des églises et des sociétés religieuses ; la défense nationale et l'organisation des forces armées »[5]. D'autres thèmes avaient même été abordés par les conventionnels tels que le « système de prestations de sécurité sociale », le « système éducatif », ou encore les notions de « préservation [et de] développement culturels »[6]. Si la rédaction finale de l'article 4§2 demeure plutôt sommaire voire « minimale »[7], elle permet au moins, contrairement aux limites induites par une liste exhaustive, de laisser une marge de manœuvre dans la définition au cas par cas de ce qui pourra relever de l'identité nationale en

[1] Voir *infra* (§19).
[2] Voir en ce sens la recommandation du groupe de travail V, rapport final « *compétences complémentaire*s», précité, p. 10.
[3] PLATON S., « Le respect de l'identité nationale des États membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, p. 150 ; l'auteur par un terme semble-t-il emprunté aux principes de fonctionnement d'un État fédéral le qualifie d'ailleurs de « principe de régulation de la superposition », p. 153.
[4] Voir *infra* (partie 2 Titre 1 dans son ensemble, §395 et s.).
[5] *Ibid.*, p. 12.
[6] *Ibid.*, p. 11.
[7] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 186.

demeurant une « disposition ouverte »[1]. Elle permet ainsi de créer une passerelle entre la formule européenne de « l'identité nationale » et celle étatique d'« identité constitutionnelle » en associant au contenu de l'identité nationale des domaines proprement constitutionnels et explicitement visés comme tels[2]. La notion « d'identité nationale » autorise également à la prise en compte d'un champ matériel plus large que le seul domaine constitutionnel en s'ouvrant notamment à une dimension culturelle. Néanmoins cette dernière, par les précisions textuelles apportées au sein du traité de Lisbonne et le champ lexical employé, « cède le pas à l'approche juridique, civique ou institutionnaliste »[3].

Même si le domaine culturel n'a finalement pas été retenu parmi les éléments devant figurer expressément dans la clause du respect de l'identité nationale, une protection équivalente et interconnectée semble néanmoins lui être accordée[4], à l'instar des droits fondamentaux, sous le prisme du respect par l'Union de ses propres valeurs dîtes « communes » et plus spécifiquement encore sous celui de « la richesse de sa diversité culturelle et linguistique », qui présenté en tant qu'objectif de l'Union[5], trouve écho dans ces valeurs au moyen de la notion de « pluralisme »[6]. L'inclusion du respect de la diversité culturelle et linguistique dans les valeurs et objectifs de l'Union porte toutefois sur des domaines pour lesquels l'Union dispose de compétences, qui certes ponctuelles, se différencient toutefois à ce titre des domaines visés par l'article 4§2 pour lesquels l'Union n'en possède aucune[7]. En revanche, elle justifie le maintien d'une procédure législative

---

[1] PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *in VIIe Congrès mondial de l'AIDC,* Athènes, 11-15 juin 2007, p. 4 ; voir du même auteur, « Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales », *DPCE*, 2007, pp. 1576-1588.

[2] Voir dans le même sens, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 223 et 224 ; voir également NABLI B., « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone*,* 2010*,* p. 159 selon lequel : « La formulation est destinée à garantir l'autonomie constitutionnelle de l'État de l'Union, et plus particulièrement sa capacité d'auto-organisation verticale et horizontale. La notion d'identité nationale revêt néanmoins une portée plus large. Elle traduit la volonté de sauvegarder les caractéristiques inhérentes de la qualité étatique : souveraineté et valeurs constitutionnelles nationales ».

[3] *Ibidem*.

[4] Voir BARBATO J.-C., « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D*., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 5 et s., l'auteur y analyse les fondements formels du respect de l'identité culturelle des États. Reconnaissant que « s'ils ne se réfèrent pas explicitement au respect de l'identité culturelle, les textes communautaires contiennent cependant de nombreuses dispositions qui lui sont liés ». Voir également du même auteur, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 599 p. ; voir également *infra* (§499 et s.).

[5] Article 3§3 TUE.

[6] Article 2 TUE.

[7] Voir sur ce point MANIN P., « La place de la diversité dans les traités sur l'Union européenne », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone*,* 2009*,* p. 398.

spéciale fondée sur l'unanimité du Conseil pour l'adoption de certains accords dans les domaines relatifs aux services culturels et audiovisuels[1], « dès lors que ceux-ci risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union »[2].

b) Signification de la clause et dessein de son insertion

90. Jusqu'au traité de Nice, cette disposition était exclue des compétences de la Cour de justice au moyen de l'article 46 TUE, dont l'abrogation envisagée dans le TECE fut décidée à partir du traité de Lisbonne. Cette abrogation ne doit toutefois pas être analysée comme faisant de la définition de l'identité nationale des États membres une compétence juridictionnelle de la Cour de justice, mais bien plus comme la reconnaissance d'un rôle « [d'] interprète en dernier ressort de cette disposition au cas où les institutions politiques outrepasseraient leur marge raisonnable d'appréciation »[3]. Du reste, aucune précision n'est donnée sur la nature étatique ou européenne de ces « institutions politiques ». D'ailleurs, la Cour de justice reste en dernier lieu à même de trancher un conflit potentiel en faveur comme en défaveur de l'État membre. En ce sens, la disposition ne peut donc pas être conçue comme une simple « clause dérogatoire » à l'application du droit de l'Union de laquelle résulterait que « l'action de l'Union ne peut jamais avoir d'incidence sur ces domaines »[4].

La clause du respect de l'identité nationale doit être comprise dans une double acception[5]. D'abord, elle est la transcription que les États membres, tout en les excluant de celles de l'Union, ont décidé de conserver leurs compétences pour encadrer ces domaines d'ordre identitaire. Elle est en ce sens un principe de régulation imposant dans une logique de « *self restraint* »[6] que l'Union, par l'exercice de ses propres compétences, ne porte pas atteinte à ces compétences réservées. Les États acceptent cependant, dans la mesure du possible et conformément au principe de coopération loyale, le devoir de les mettre en œuvre d'une façon compatible avec le droit de l'Union, tout autant que celui de se soumettre au contrôle juridictionnel qui pourrait en découler. Par conséquent, « dès lors que l'organisation

[1] Article 207 TFUE.
[2] PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, *op.cit.*, p. 35-36.
[3] Groupe de travail V, le rapport final « *compétences complémentaires* », précité, p. 11.
[4] *Ibidem*.
[5] Voir sur ce point VAN DER SCHYFF G., « The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States : The Role of National Identity in article 4(2) TEU », *European Law Review*, 2012, p. 1, selon lequel, « Cette fonction de l'identité nationale est abordée d'une part en termes de prérogative pour les États membres d'exprimer leurs individualités constitutionnelles respectives et d'autre part en termes de devoir pour l'Union de respecter cette expression ».
[6] RITLENG D., « Les États membres face aux entraves », *op.cit.*, p. 322 et s.

constitutionnelle de l'État ne met pas en péril ni l'exécution du droit communautaire, ni le respect du principe de coopération loyale, sa détermination revient entièrement à l'État souverain »[1]. Ainsi, comme le conçoit Ségolène Barbou des Places, par l'inscription et le renforcement du principe au sein du traité de Lisbonne, il s'agit peut-être « moins de protéger un État souverain acteur central de la construction européenne, que de concilier harmonieusement l'intérêt communautaire et les identité nationales »[2]. Dans ce cadre, la clause serait alors surtout un « principe d'interprétation »[3], puisque le contrôle juridictionnel exercé par la Cour de justice apparaît essentiel et doit dûment prendre en compte les caractéristiques identitaires nationales évoquées par les États, afin de les concilier avec le respect de leurs obligations[4]. Articulé de la sorte avec le principe de coopération loyale, le principe du respect de l'identité nationale apparaît donc comme la consécration d'un principe relationnel, fondé sur l'obligation réciproque de prise en considération du droit, des compétences, et des exigences existentielles de l'autre par chacun des deux ordres étatique et européen[5].

91. Une question apparaît néanmoins devoir se poser au sujet d'une telle inscription du respect de l'identité nationale dans les traités. Pourquoi l'y inscrire alors même que le principe d'attribution semblait pouvoir suffire à exclure ces domaines de compétences de ceux conférés à l'Union et par là même empêcher que son droit interfère avec l'identité constitutionnelle des États membres ?

La réponse semble résider dans la logique de renforcement des compétences de l'Union et de l'intégration la sous-tendant qui ont pu gouverner l'évolution des traités depuis la révision de Maastricht. En effet et comme le relève d'ailleurs Jean-Denis Mouton, cette inscription du respect identitaire dans les traités met en lumière l'existence d'un

---

[1] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 186.

[2] BARBOU DES PLACES S., « Plaidoyer pour une approche rénovée des méthodes de la construction communautaire », in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier, Paris, Pedone, 2009, p. 257.

[3] PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *in VIIe Congrès mondial de l'AIDC,* Athènes, 11-15 juin 2007, p. 10 ; voir du même auteur PONTHOREAU M.-C., « Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 1584.

[4] Voir *infra*, (Partie 2 Titre 1 dans son ensemble §392 et s.) pour l'analyse de ce contrôle et la confirmation de la valeur interprétative du principe.

[5] Voir dans le même sens, BEULAY M., « L'État membre dans l'Union européenne », in BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., CUJO E., Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier, Paris, Pedone, 2012, p. 138, selon laquelle « l'UE est une création qui progressivement se développe en parallèle de l'évolution de ses membres, toujours plus unis les uns aux autres tout en conservant les éléments qui les définissent en tant qu' États ».

« paradoxe »[1]. Plus ils décident d'approfondir l'intégration européenne, plus les États ressentent le besoin de sanctuariser leur existence et leurs caractéristiques essentielles dans les traités. Cela se vérifie bien sûr lors de l'avènement de l'Union politique décidée à Maastricht, qui marquera d'ailleurs les débuts de la clause du respect de l'identité nationale. Cela se vérifie tout autant dans les percées constitutionnelles du projet européen tentées lors du TECE et finalement timidement amorcées dans le traité de Lisbonne, qui pour leur part renforcèrent sa teneur. En outre, la fragilité du principe d'attribution des compétences vis-à-vis du processus d'intégration[2] et de l'interprétation extensive des compétences de l'Union par la Cour de justice, n'eut pas pour effet d'apaiser ce besoin étatique[3].

La disposition en devient alors « une clause défensive »[4] vis-à-vis de l'exercice des nouvelles compétences progressivement transférées à l'Union et trouverait son origine dans les « préoccupations » des États[5], dans leur « anxiété »[6], dans leurs « craintes irrationnelles »[7], ou encore dans « leur sentiment fondé ou exagéré de menace d'une dissolution des identités nationales »[8]. Comme le note Denis Simon, « face aux craintes de "désintégration/décomposition" de l'identité nationale des États », l'exigence de son respect pourrait apparaître comme « le "syndrome Astérix" du petit village gaulois défendant ses

[1] MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *op.cit.*, p. 205 ; voir également sur ce point NABLI B., « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., *L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, p. 210, « la nécessité d'exprimer l'identité nationale s'est imposée à mesure que l'ambition du projet politique de l'Union s'affirmait ».

[2] Voir *infra* (§248).

[3] Voir notamment sur ce point DELMAS-MARTY M., « Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale des États membres », *in* BOT Y., LEVITS E. et ROSAS A., *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2013, p. 330 et 331, évoquant tour à tour « l'interprétation large de la compétence d'attribution », l'usage de « l'article 308 » confirmant cette interprétation, ou encore l'extension des compétences communautaires par les mécanismes « des compétences implicites » et « d'harmonisation des législations nationales tendant à l'achèvement du marché intérieur (art. 98, §1, TCE, art . 114 TFUE).

[4] *Ibidem*.

[5] Groupe de travail V, le rapport final « *compétences complémentaires* », précité, p. 11.

[6] PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 2. ; voir du même auteur, « Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 1578, évoquant également des « explications d'ordre psychologique ».

[7] SIMON D., « commentaires de l'auteur », *in* CONSTANTINESCO V., JACQUÉ J.-P., KOVAR R. et SIMON D., *traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 81-90.

[8] PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 2 ; voir également ROUSSEAU D., « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Mélanges Philippe Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDI, 1999, p. 39, l'auteur évoquant la menace d'une « désintégration de l'identité nationale » ; voir également, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 211, « 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 régionales ».

traditions constitutionnelles contre le nivellement incarné par les légions romaines »[1]. Elle serait finalement La stratégie défensive s'est ainsi déployée par l'adoption d'un principe de régulation des compétences et d'interprétation du droit de l'Union, la mise en œuvre des premières et l'application du second ne devant pas porter atteinte à ces domaines identitaires réservés aux États. Redoutant, dans un comportement presque schizophrénique de se voir progressivement absorber dans une Union sans cesse plus étroite dont ils sont pourtant le moteur, craignant de perdre leurs caractéristiques et finalement leur nature étatique, les États membres en tant que maîtres des traités ont ainsi jugé utile d'y incorporer une telle clause.

92. La procédure de révision dans sa phase multilatérale est l'expression même de la conservation de leur souveraineté formelle par les États membres. Par l'exercice de leur souveraineté, les États demeurent multilatéralement capables de contrôler la révision des traités et de protéger leur identité constitutionnelle lors des phases conventionnelles, que ce soit par la maîtrise du transfert de compétence à l'Union, ou par la régulation de l'usage qu'elle en fera. D'ailleurs l'adoption d'une disposition expressément destinée à la préservation de l'identité nationale s'inscrit également dans une telle logique de régulation des compétences de l'Union, puisqu'elle impose en dernier lieu que l'Union ne les utilise pas d'une façon qui serait en contradiction totale voire même partielle avec cette identité, sous couvert des interprétations que pourra, les cas échéants, en donner la Cour de justice. D'autres instruments ont pu lors des diverses révisions des traités être multilatéralement adoptés par les États membres notamment dans l'objet de protéger leur identité[2]. Ce sont les protocoles annexés aux traités. Ces derniers procèdent pour quelques-uns à des renvois « explicites » comme « implicites » envers certaines dispositions constitutionnelles nationales[3]. Leur analyse ne sera toutefois que ponctuelle et contextualisée, elle ne trouvera qu'ultérieurement sa réalisation[4].

[1] SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 29.
[2] Voir par exemple, le protocole n° 17, annexé au traité de Maastricht, portant sur la conception irlandaise du droit à la vie de l'enfant à naître ; voir également, le protocole relatif à l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE à la Pologne et au Royaume-Uni.
[3] Voir en ce sens, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, pp. 270-272.
[4] Voir *infra* (§404 ; §432 ; §550 ; §726 ; §728 ; §729 ; §731), ces protocoles seront observés lors de la détermination et l'analyse des différentes composantes de l'identité nationale respectées par l'Union. Ils seront alors étudiés avec celles qu'ils visent spécifiquement à protéger.

Paragraphe 2 : Le contrôle unilatéral de la révision

93. L'État membre de l'Union peut également s'opposer unilatéralement à l'évolution de la construction européenne, notamment lorsque celle-ci, bien qu'il ait participé à sa formulation lors des phases intégrées et multilatérales, interviendrait en conflit avec son identité constitutionnelle. Il a ainsi la faculté d'agir à l'encontre de l'approfondissement du projet européen, par exemple contre le renforcement des compétences de l'Union, en refusant la ratification du traité de modification du droit primaire existant. Il apparaît nécessaire de développer l'analyse de cette procédure de ratification, afin de nourrir la théorie selon laquelle lors de sa mise en œuvre, l'État membre demeurerait capable de protéger unilatéralement et souverainement son identité constitutionnelle par la maîtrise des traités et des compétences de l'Union, au moyen d'ailleurs d'une stricte application du principe d'attribution des compétences, signe révélateur d'une conservation étatique de la compétence de la compétence, tout autant que de l'exclusion d'une compétence générale de l'Union. Il fut ainsi observé que trois procédures différentes sont prévues pour encadrer la révision des traités, chacune prévoyant une méthode unilatérale de validation étatique.

Parmi les étapes des trois procédures de révision précédemment observées, seule l'ultime phase de ratification ou de *veto* sera désormais envisagée. Les autres, intergouvernementales et intégrées, ayant quant à elles fait l'objet des analyses précédentes. Dans ces trois procédures, cette ultime étape permet aux États membres de refuser la révision des traités. En effet dans les deux premières, chacun des États peut de façon unilatérale et selon une procédure de ratification de son choix, référendaire ou parlementaire, s'opposer à toute nouvelle révision qui entrerait en contradiction avec ses intérêts, au sein desquels figure la protection de son identité constitutionnelle. Dans la troisième, intitulée clause passerelle, est présentée une sorte de ratification inversée, puisque la transmission aux parlements nationaux et l'éventuel exercice de leur droit de *veto* interviennent avant la prise de décision au niveau européen. Elle impose la voie parlementaire contrairement aux deux autres procédures, mais permet toujours un contrôle unilatéral de l'État. Dans ce cadre, le constituant français aura, pour exemple, jugé bon d'insérer au sein de la Constitution un nouvel article 88-7, confiant cette compétence à la fois au sénat et à l'assemblée nationale, qui devront, pour disposer de ce « véritable droit d'opposition »[1], adopter une motion en termes identiques. De

[1] CHALTIEL F., « Constitution française, Constitution européenne, vers l'osmose des ordres juridiques, à propos de la révision constitutionnelle du 28 février 2005 », *RMCUE*, 2005, p. 286.

même, l'Allemagne aura dû faire adopter une loi prévoyant à ce sujet le renforcement des pouvoirs des deux chambres de son Parlement[1].

94. Il est ainsi permis de considérer que l'État membre, soit en refusant de ratifier, soit en s'opposant à l'usage de « la clause passerelle » est encore une fois en mesure de protéger son identité constitutionnelle par l'usage classique de sa propre souveraineté. Néanmoins, l'étude de la procédure de révision simplifiée, de même que celle de la clause passerelle resteront somme toute très limitées, dans la mesure où elles ne permettent certainement pas de procéder à des révisions de grandes ampleurs, qui pourraient porter atteinte à l'identité des États ou encore à leur souveraineté. L'essentiel des analyses portera donc à nouveau sur la procédure de ratification résultant de la procédure ordinaire de révision.

Dans la pratique, le choix de la procédure référendaire de ratification semble souvent s'imposer à certains des États, notamment lorsque l'importance de la révision est telle, qu'elle implique une refonte des traités ou encore un large approfondissement des compétences de l'Union[2], ce que seule la procédure ordinaire peut d'ailleurs permettre. Dans les autres cas, les États choisissent de façon quasi-exclusive une méthode parlementaire[3]. Aussi, il sera pertinent de s'attarder sur les exemples tirés des révisions successives des traités, afin de relever les divers refus étatiques de ratifier et les raisons partiellement identitaires qui les auront motivés. Il est également utile d'observer quelles sont les issues et solutions multilatérales ayant découlé de ces refus de ratifier, dans l'objet de déterminer si elles furent favorables à la protection par l'État de ses intérêts nationaux notamment identitaires, sans pour autant l'exclure du projet européen.

95. Il existe dans l'histoire de la construction européenne, et en dehors du traité sur la Communauté européenne de défense, seulement cinq cas de non-ratification d'un projet de traité. Il est d'ailleurs intéressant de relever que ces refus de ratifier se sont tous produits lors de l'emploi par l'État membre concerné de la méthode référendaire. Si le pouvoir exécutif d'un État membre ayant signé le projet de traité semble toujours pouvoir bénéficier du soutien

[1] Loi fédérale allemande, 22 septembre 2009, relative à l'exercice de la responsabilité d'intégration du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne.

[2] Voir par exemple, C.C.F.A., 30 juin 2009, Lisbonne, n°2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, point 228 : « La Loi fondamentale n'habilite pas les organes agissant pour le compte de l'Allemagne à renoncer au droit d'autodétermination du Peuple allemand, manifesté ici par la souveraineté internationale de l'Allemagne, par l'adhésion à un État fédéral. En raison du transfert irrévocable de souveraineté à un nouveau sujet de légitimité qu'un tel pas impliquerait, ce dernier est réservé à un acte de volonté exprimé directement par le Peuple allemand ».

[3] Deux exceptions existent avec l'Irlande qui a ratifié l'ensemble des traités par la voie référendaire et le Danemark qui jusqu'au traité d'Amsterdam compris aura emprunté la même voie.

de son Parlement, ce qui dans le cadre du régime parlementaire reste logique, il n'apparaît pas que le soutien populaire soit aussi facile à acquérir.

Le choix référendaire renforce en cas d'issue positive la légitimité démocratique du nouveau traité. Néanmoins, il est une arme à double tranchant puisque le peuple peut différemment discerner les éventuelles atteintes qui procéderaient de l'application du projet de révision sur les intérêts nationaux dont ceux de nature identitaire. De plus, il faut rappeler la difficulté qui résulte d'un tel outil dans l'appréciation des motifs ayant justifié son issue négative, que ce soit lors de l'observation en premier lieu de l'exemple danois relatif au traité de Maastricht (A), ou encore des exemples irlandais relatifs aux traité de Nice et de Lisbonne, ainsi que français et néerlandais relatifs au TECE (B).

A. L'exemple danois

96. Le premier cas de refus de ratifier la révision des traités résulte du référendum danois en date du 2 juin 1992 portant sur le traité de Maastricht (1). Des solutions d'*opting-out* furent trouvées pour débloquer la situation née de ce refus de ratifier[1] (2).

1. Le refus Danois de ratifier la révision d'Amsterdam

97. En décembre 1992, la Commission publie son rapport de sondage « eurobaromètre » au sein duquel elle tente de relever l'opinion publique dans l'Union européenne[2]. Un certain nombre de questions furent ainsi posées à des échantillons représentatifs de la population de chaque État membre, dont celle du Danemark. Les réponses du peuple danois apportent un éclairage utile sur sa position négative relative au traité de Maastricht, telle qu'elle résulta du référendum. Outre les questions de monnaie unique, de sécurité commune et de gestion commune de l'immigration pour lesquels le peuple danois était particulièrement défavorable[3], trois autres questions apparaissent particulièrement intéressantes dans le cadre de cette étude : la question de la citoyenneté européenne, la question du risque de disparition de l'identité nationale au profit d'une identité européenne et enfin celle du risque de disparition de l'identité culturelle nationale.

[1] Ces solutions trouvent également leur analyse dans les travaux de MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 263 et s.
[2] Commission, Eurobaromètre (EB) n°38, *l'opinion publique dans la Communauté européenne*, décembre 1992.
[3] S'agissant de la monnaie unique, de la politique commune de défense et de la politique commune en matière d'immigration, respectivement 60%, 58%,59% de la population danoise était contre.

98. À la première question, le peuple danois se prononçait à plus de 60% contre le droit de vote et de candidater des ressortissants des autres États membres aux élections municipales danoises, soit une large opposition envers certains des effets de la citoyenneté européenne. Cette première préoccupation peut être rapprochée d'un réflexe identitaire résultant de la crainte d'une disparition de la citoyenneté nationale au profit d'une citoyenneté européenne. De même, 45% des votants danois contre 32 craignaient de perdre leur identité culturelle nationale. Toutefois 65% estimaient également que identité nationale et européenne pouvaient coexister.

2. Des solutions multilatérales fondées sur l'opting-out et l'interprétation

99. De ces différentes préoccupations, certaines furent retenues par le Gouvernement danois qu'il développa d'ailleurs dans un mémorandum adressé aux États membres et qui servit de base à la déclaration d'Édimbourg[1]. Ce compromis permit de parvenir à un accord concernant l'adoption de dispositions à la fois compatibles avec le traité et répondant aux inquiétudes danoises.

100. Il en résulta notamment un *opting-out* au sujet de la monnaie unique et de la politique de défense commune encore appliquée actuellement[2], ainsi qu'une précision des dispositions du traité afférentes à la citoyenneté européenne selon laquelle : « Les dispositions de la deuxième partie du traité instituant la Communauté européenne, qui concerne la citoyenneté de l'Union, accordent aux ressortissants des États membres des droits et des protections supplémentaires, comme prévu dans cette partie. Elles ne se substituent en aucune manière à la citoyenneté nationale. La question de savoir si une personne a la nationalité d'un État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État membre concerné.»[3].

À cela vient s'ajouter une nouvelle dérogation à partir du traité d'Amsterdam dans le cadre de l'accord de Schengen et répondant aux craintes danoises relatives au contrôle de l'immigration. La déclaration d'Édimbourg permit d'apaiser les objections de la population danoise, puisque le 18 mai 1993, la ratification par voie référendaire fut approuvée.

[1] Conseil européen, Édimbourg, 11 et 12 décembre 1992, JO C 348 du 31/12/1992, p. 1.
[2] Voir le protocole n°16 et n°17 annexé au traité de Lisbonne sur les dérogations en matière monétaire ; voir également le protocole n°22 annexé au traité de Maastricht, puis de Lisbonne.
[3] Protocole n° 22 annexé au traité, annexe 1, section A.

101. Néanmoins, il apparaît que les craintes d'une atteinte à l'identité constitutionnelle danoise n'aient pas été parmi les plus décisives pour justifier les résultats du premier référendum. Elles ne le sont pas plus pour expliquer l'impact de la déclaration d'Édimbourg sur le second référendum, puisqu'aucune référence à l'identité nationale ou constitutionnelle n'y apparaît, si ce n'est la question de la citoyenneté résolue par une simple relecture. Ainsi, le refus de ratifier du Danemark, quelles que soient les raisons qui l'ait motivé, fut entendu par le Conseil européen. Loin d'exclure cet État du projet européen, le Conseil l'a adapté partiellement aux revendications nationales, même si ces adaptations eurent pour effet de créer une Union qualifiée « d'Europe à plusieurs vitesses » ou encore « d'Europe à la carte ».

Le Royaume-Uni bénéficia lui-même de dérogations équivalentes dans le domaine monétaire, et en matière de politique sociale à partir de Maastricht, ce qui lui permit d'ailleurs de parvenir avec une large majorité à la ratification parlementaire du traité en 1993. Ultérieurement, il bénéficia également au même titre que l'Irlande d'une exonération au sujet de l'espace Schengen, duquel il s'est partiellement exclu à partir du traité d'Amsterdam[1]. Ces clauses *d'opting-out* sont apparues comme une solution au blocage qui résultait de la situation danoise et qui aurait pu tout autant provenir de la situation anglaise. Leur finalité est aisée à déceler comme le relève Laurence Burgorgue-Larsen, « il s'agit exclusivement de faire primer les intérêts nationaux sur l'intérêt général communautaire, dans des domaines considérés comme relevant des intérêts nationaux vitaux de certains États membres »[2], intérêts au sein desquels peuvent figurer sans hésitation possible la protection de l'identité constitutionnelle.

102. Le cas danois confirme donc que le refus de ratifier la révision des traités peut être un moyen pour l'État membre de souverainement préserver ses intérêts éventuellement identitaires, sans nécessairement se mettre au ban de l'Union européenne.

B. Les exemples irlandais, français et néerlandais

103. Le refus danois de ratifier une révision d'un traité européen pour des raisons partiellement identitaires n'est pas un cas isolé. D'autres États ont également fait la démonstration d'une telle faculté de protéger leur identité au moyen du refus de ratifier cette fois les révisions de Nice, de Lisbonne ou encore du TECE. Les solutions apportées furent

[1] Ces dérogations sont encore d'actualité et se retrouvent également dans les protocoles annexés aux traités ; voir notamment les protocoles n°15, 19, 20.
[2] BURGORGUE-LARSEN L., « Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du *in* et du *out* », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, p. 127.

encore une fois multilatérales, mais non plus fondées sur un *opting-out*, elles s'appuyaient plutôt, soit sur une interprétation de la révision entreprise, favorable à la préservation des éléments de nature identitaires considérés comme menacés par les Nations concernées, soit encore sur l'abandon de la révision elle-même. Seront ainsi abordés les exemples irlandais relatifs aux traités de Nice puis de Lisbonne (1) et ensuite les exemples français ainsi que néerlandais relatifs au TECE (2).

1. Les exemples irlandais relatifs aux traités de Nice et de Lisbonne

104. Une situation similaire est née de deux refus référendaires irlandais au sujet de la ratification du traité de Nice, puis du traité de Lisbonne. L'Irlande était d'ailleurs la seule à employer ce procédé, tous les autres États membres ayant utilisé une méthode parlementaire de ratification.

105. Dans les deux cas, elle organisa un second référendum qui permit par la suite de ratifier les traités concernés, bien qu'aucune dérogation ne fût obtenue à leur application. Les raisons justifiant ces deux refus sont similaires. Outre la question économique et la diminution des aides accordées à l'Irlande, il était essentiellement question dans le débat public et comme le relève deux sondages « eurobaromètre » organisés après ces deux échecs[1], de trois arguments en faveur du non.

Le premier plutôt récurrent portait sur « l'érosion de la souveraineté nationale »[2]. Il était accompagné d'un second argument relatif à « la diminution de son influence dans le processus décisionnel », mais également et surtout de « la perte de la neutralité »[3], cette dernière apparaissant comme le nœud essentiel du problème. Elle est de plus potentiellement assimilable à une composante de l'identité constitutionnelle[4]. Les sondages « eurobaromètre » soulevaient enfin des craintes de la population irlandaise relatives à la perte de l'identité et de la culture nationale.

[1] Commission, Eurobaromètre (EB) n°55, *l'opinion publique dans l'Union européenne*, octobre 2001 ; Commission, flash Eurobaromètre (EB) n°245, *Post-référendum survey in Ireland, analytical Report*, juillet 2008.
[2] Voir CALDERON T. E., HANSON S., MICHEL Q., PAILE S., PIET G. et STANS D., *La construction européenne : entre idées reçues et faux-semblants op.cit.*, p. 48.
[3] *Ibidem*.
[4] Voir *supra* (§32) ; voir également au sujet de la neutralité irlandaise : CONSIDÈRE-CHARON M.-C., *IRLANDE, une singulière intégration européenne*, Paris, Economica, 2002, p. 150-152, l'auteur y aborde « la longue tradition de la neutralité du pays ».

106. Dans le cadre du premier référendum négatif, c'est essentiellement la déclaration de Séville du Conseil européen qui permit de dépasser le blocage irlandais. Prenant lui-même acte d'une déclaration du Gouvernement concerné selon laquelle « les dispositions du traité sur l'Union européenne relatives à la politique étrangère et de sécurité ne portent pas atteinte à sa politique traditionnelle de neutralité militaire et qu'il en restera ainsi après la ratification du traité de Nice »[1]. Le Conseil européen a entériné cette interprétation du traité, sans pourtant lui donner force juridique en l'absence de son insertion dans le traité de Nice[2].

107. L'avènement ultérieur du traité de Lisbonne, par l'insertion d'une clause de solidarité à l'article 222 TFUE et d'une clause d'assistance mutuelle à l'article 42 TUE aura relancé la question de sa compatibilité avec la position neutre de l'Irlande et d'ailleurs en partie conduit au second échec référendaire de ratification irlandais. Une déclaration conjointe des États membres décidée au sein du Conseil européen a clairement tranché la question, en garantissant le respect de cette neutralité par l'Union[3]. Cette seconde déclaration, qui n'a pas plus de force juridique que celle de Séville, a pourtant également ouvert la voie à la ratification du traité de Lisbonne par l'Irlande, lors d'un second référendum organisé le 12 juin 2008.

108. Aussi, c'est à deux reprises la reconnaissance de la validité par le Conseil européen d'une interprétation nationale des dispositions des traités relatives à la politique de sécurité et de défense commune, qui aura permis d'assurer au peuple irlandais la garantie du respect de ses intérêts essentiels, qu'ils soient ou non identitaires.

2. Les exemples français et néerlandais relatifs au TECE

109. Enfin, deux autres refus référendaires de ratification d'un traité européen sont à relever : les tentatives française et néerlandaise de ratification du TECE. Il s'agissait d'ailleurs du premier référendum organisé au Pays-Bas. Sa portée n'était que consultative, néanmoins

[1] Conseil européen, Séville, 21 et 22 juin 1992, JO C 112 E du 9.5.2002, p. 317.
[2] *Ibidem*.
[3] Conseil européen, Bruxelles, précité, les États membres y rappelaient que « l'Union n'affecte ni la politique de sécurité et de défense de chaque État membre, y compris de l'Irlande, ni les obligations qui incombent à tout État membre », ils y précisèrent également que « le traité de Lisbonne n'affecte pas la politique traditionnelle de neutralité militaire de l'Irlande. Il appartiendra aux États membres - y compris l'Irlande, agissant dans un esprit de solidarité et sans préjudice de sa politique traditionnelle de neutralité militaire - de déterminer la nature de l'aide ou de l'assistance à fournir à un État membre qui est l'objet d'une attaque terroriste ou est l'objet d'une agression armée sur son territoire ».

les partis politiques représentés au sein du Parlement avaient annoncé qu'en cas de participation suffisante, ils respecteraient la volonté populaire. Deux sondages « flash eurobaromètre » furent également soumis à chacune des deux populations concernées dans le but de déterminer les motivations du « non » à la ratification.

110. Dans les résultats du premier sondage organisé auprès de la population française[1], la question sociale a, en plus des tensions politiques et économiques internes qui ont drainé à elles seules 44% des votes négatifs, significativement conditionné l'issue négative du référendum. En effet, lorsqu'il fut demandé aux participants d'expliquer leur vote négatif, 31% des interrogés le justifièrent par la crainte d'effets négatifs sur l'emploi, lorsque 19% le motivaient par un projet trop libéral sur le plan économique et 16% par une Union trop peu sociale. Ces éléments tous centrés autour de l'attachement à la question sociale pourraient ainsi être rapprochés d'une volonté populaire de protéger l'identité socioculturelle de la France.

Le second sondage adressé à la population néerlandaise mettait en lumière des justifications totalement différentes et véritablement étrangères à la question identitaire[2], puisque 32% expliquaient leur vote négatif par le manque d'information, 19% par la perte de souveraineté, 13% par le coût de l'Union, contre 14% qui le justifiaient par les tensions internes.

111. Quelles que soient encore une fois les raisons du « non », le défaut de ratification français et néerlandais permit vraisemblablement de faire primer les intérêts nationaux sur la poursuite de la construction européenne. En effet, fut décidée à leur suite une solution pour le moins radicale et originale par le Conseil européen, celle d'interrompre le processus de ratification et d'abandonner le TECE. Cette prise en compte apparente des oppositions populaires apparaît comme une solution garantissant la maîtrise souveraine de l'évolution du projet européen par les États membres et leur population.

Néanmoins la poursuite des négociations et le traité de Lisbonne en découlant, même s'il n'était rien d'autre qu'un TECE duquel on aurait modifié l'emballage en supprimant les termes de « Constitution » et de « procédure législative » par des formulations moins symboliques, ne fut pas soumis à la ratification référendaire des populations qui s'y étaient

[1] Commission, flash Eurobaromètre (EB) n°171, *La Constitution européenne: sondage post-référendum en France*, juin 2005.
[2] Commission, flash Eurobaromètre (EB) n°172, *The European Constitution : post-référendum survey in The Netherlands*, juin 2005.

préalablement opposées. Ce contournement de la volonté populaire par les autorités étatiques concernées, au moyen du choix de la méthode parlementaire de ratification, bien que traduisant un souci d'efficacité, est ainsi loin d'être satisfaisant d'un point de vue démocratique. Toutefois, l'État conservait le choix de ratifier ou non le traité de Lisbonne.

112. Il en résulte donc à nouveau dans la formation du droit primaire européen, une réelle capacité souveraine de l'État à protéger, cette fois de façon unilatérale, ses intérêts vitaux et de ce fait son identité constitutionnelle.

113. L'article 48 TUE intègre désormais dans son cinquième paragraphe une solution en cas de difficulté rencontrée, par un ou plusieurs États membres, dans la procédure de ratification du nouveau traité. Il y est ainsi précisé qu'en pareille situation, « le Conseil européen se saisit de la question ». Cette solution certes minimaliste sanctuarise le recours à cette institution comme moyen de pallier le blocage, et ce de façon similaire à la pratique retenue dans tous les précédents observés. L'action du Conseil européen, après qu'il se soit saisi de la question, n'est pas précisée. Il reste donc totalement libre des moyens à déployer pour débloquer la situation. Celui-ci pourrait selon les situations alterner ou cumuler les différentes solutions qu'il avait appliquées aux cas précédents, c'est-à-dire soit une lecture du traité conforme aux intérêts vitaux de la nation récalcitrante et/ou une différenciation de son adhésion au nouveau traité par la négociation de clauses d'*opting-out* adaptées, soit enfin solution plus radicale, l'abandon du projet de traité.

Toutes ces solutions multilatérales ont permis de dépasser les blocages tout en préservant les intérêts et la capacité souveraine à les protéger des États réfractaires. Cette procédure de ratification est en elle-même la confirmation que « l'Union et les communautés européennes sont le produit d'un accord entre États souverains dont les termes ne sont susceptibles d'évoluer qu'à la condition qu'ils renouvellent leur consentement »[1]. Ainsi, le refus de ratifier et la solution qui en découle apparaissent comme un outil à disposition de l'État pour se prévaloir de ses intérêts vitaux, auxquels l'identité constitutionnelle n'est pas étrangère. Deux autres solutions de nature cette fois unilatérale peuvent être envisagées par l'État membre dans le cas d'un tel blocage. La première est celle de l'exercice du droit de retrait qui fit l'objet de considérations précédentes ; elle ne saurait toutefois lui être imposée. La seconde, qui vise pour sa part à l'anticipation des blocages, est celle des déclarations

[1] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 182.

unilatérales des États membres. Ces dernières bénéficient néanmoins d'une portée juridique bien plus limitée. Plusieurs d'entre elles demeurent annexées au traité de Lisbonne et semblent ainsi faire référence à des éléments que les États, ou le traité lui-même par le biais de la clause du respect de l'identité nationale, ont associés à la teneur matérielle de cette identité[1]. Ces déclarations interviennent ainsi en amont de la ratification, lors des débats relatifs à la révision au sein des CIG et ont justement pour objet d'éviter certains blocages pendant la phase de ratification. Elles insistent sur le sens ou la portée que les États, à la source de leur formulation, entendent donner à diverses dispositions du traité. Néanmoins leur valeur juridique particulièrement réduite, voire inexistante ne permet que de leur attribuer une « portée principalement politique »[2].

114. Il fut observé que la maîtrise étatique du consentement à l'adhésion et la faculté correspondante de s'en retirer était un marqueur de la capacité souveraine de l'État à protéger son identité, tout autant que celui d'une persistance de sa souveraineté formelle. En dehors du droit de retrait, un autre marqueur de cette persistance se retrouve ainsi dans la faculté de l'État, une fois membre, de contrôler les évolutions des traités. Signe révélateur de la liberté étatique, il s'agit là d'une réitération de son consentement sans lequel aucune révision ne peut être envisagée.

D'une double nature, cette réitération s'enclenche d'abord dans une phase de nature multilatérale permettant alors clairement aux États d'influencer la rédaction des traités, de maîtriser le transfert de compétences et de réguler leur exercice par l'Union, afin de se prémunir des atteintes potentielles envers leur identité constitutionnelle que ce soit

[1] Voir par exemple au sujet de l'organisation fédérale : déclaration de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Belgique relative à la subsidiarité, annexée au traité d'Amsterdam. Voir au sujet des attributions des parlements nationaux : déclaration du Royaume de Belgique relative aux Parlements nationaux, annexée au traité de Lisbonne. Voir au sujet des droits fondamentaux : déclaration de la République tchèque sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, annexée au traité de Lisbonne. Voir au sujet de la moralité publique, et du respect de la dignité humaine : Déclaration de la République de Pologne sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, annexée au traité de Lisbonne. En dehors du traité de Lisbonne, d'autres déclarations de ce type avaient été formulées par certains États, telles que la déclaration de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Belgique relative à la subsidiarité, annexée au traité d'Amsterdam et visant à protéger leur organisation fédérale. De même certaines d'entre elles furent associées aux instruments de ratification, tels que la Déclaration du Danemark sur la citoyenneté de l'Union, attachée à l'instrument de ratification du traité sur l'Union européenne ou encore la Déclaration de la République de Malte sur la neutralité, annexée au traité d'adhésion de Malte à l'UE ou enfin celle de l'Irlande, portant sur le même thème et associée à l'instrument irlandais de ratification du traité de Lisbonne. Voir sur l'ensemble de ces déclarations, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, pp. 260-262.

[2] *Ibidem*, l'auteur insiste d'ailleurs sur la valeur purement « interprétative » de certaines de ces déclarations, voire « réitératives », dans la mesure où elles font écho à plusieurs dispositions du traité qui précise déjà « implicitement que l'application du droit de l'Union est assurée sans préjudice du respect des structures constitutionnelles des États membres ».

implicitement ou parfois même expressément, tel qu'il est loisible de le retrouver dans la clause du respect de l'identité nationale. Ensuite unilatérale, elle assure à chaque État membre qu'aucune nouvelle obligation ne puisse être créée, de même qu'aucune nouvelle compétence ne puisse être transférée sans son accord final, dont l'expression se situe alors dans la ratification du projet de révision. Il revient finalement à eux seuls, dans un calcul d'opportunité similaire à celui réalisé lors de l'adhésion, de déterminer si leurs intérêts, notamment identitaires, sont menacés par la révision et justifient de la rejeter. La persistance et l'usage de sa souveraineté par l'État apparaissent donc toujours et encore comme la première des méthodes à sa disposition pour s'assurer de la protection de son identité.

Conclusion du chapitre 1 :

115. Les exemples suisse et norvégien ont démontré que l'adhésion à l'Union peut susciter des craintes identitaires et en définitive justifier que l'État ne donne pas son consentement au projet européen. Or, une fois l'adhésion réalisée, ces craintes peuvent être nuancées par les procédures de retrait et de révision qui garantissent à l'État que rien ne lui sera imposé. Cela représente une garantie qui peut servir à souverainement protéger son identité et plus généralement ses intérêts nationaux, même si, pour des raisons politiques et économiques, l'éventualité d'un retrait paraît peu probable. Une fois l'adhésion opérée, la méthode multilatérale à l'œuvre dans la rédaction des traités paraît apte à limiter les conflits entre identité constitutionnelle et droit de l'Union en confiant à l'État la maîtrise des évolutions futures du projet européen. Pourtant, l'utilisation des moyens unilatéraux de protection de l'identité constitutionnelle persiste lors de sa ratification.

Or, l'ensemble de ces moyens fondés sur l'usage unilatéral de la souveraineté étatique et plus précisément sur sa liberté politique de se lier à un accord tel que le traité de l'Union, ont généré des situations de blocage pour lesquels des solutions multilatérales furent trouvées. Néanmoins, ces solutions que constituent les accords bilatéraux, ou les clauses d'*opting out* n'apparaissent pas toujours comme pleinement satisfaisantes, bien qu'ayant permis le dépassement au moins partiel de ces situations. Elles ne le sont ni bien évidemment à l'égard de la construction européenne, ni d'ailleurs à l'égard des États en ayant fait l'usage. D'abord, elles ont conduit à l'émergence d'une Union à plusieurs vitesses au sein de laquelle une partie des États, bien que soumis partiellement par un accord bilatéral au droit qu'elle adopte, n'en sont tout simplement pas membres, et où même entre les États membres, persistent une

hétérogénéité résultant des clauses d'*opting-out*. L'Union connaît alors respectivement des sortes d'enclaves sur ce que l'on pourrait qualifier de territoire d'application de son droit composé du territoire des États membres, telles que l'enclave helvétique ou norvégienne, tout autant que des participations différenciées des États membres. Elle en serait donc limitée et fragilisée au regard de son manque d'uniformité, qui est pourtant l'une des conditions essentielles de son effectivité. De même la reconnaissance du droit de retrait présente un impact sur la durée prévue comme illimitée des traités, qui se voit dès lors conditionnée par la persistance du consentement souverain étatique. Ensuite, ils présentent un intérêt limité pour les États, à l'image du refus d'adhérer ou de l'exercice du droit de retrait les plaçant dans une situation de non-membre et les conduisant à subir la plupart du temps les externalités juridiques du droit de l'Union. La capacité de l'État à protéger son identité à l'encontre des effets de ce droit, duquel il ne pourrait totalement rester étranger sans toutefois pouvoir l'affecter, s'en trouverait ainsi effective mais relativisée.

116. Finalement et indépendamment des effets pervers découlant de l'utilisation de ces moyens unilatéraux de protection, il faut néanmoins reconnaître qu'en théorie la capacité des États membres à ne pouvoir être liés par un traité qu'au moyen de leur consentement persistant, de même que l'acceptation de dérogations au profit de certains d'entre eux, confirment le respect de leur souveraineté et, partant, leur capacité à veiller que leurs engagements futurs ne portent pas atteinte à leur identité. En effet, l'État est et demeure souverain au moins au sens formel du terme puisqu'il conserve, même après l'adhésion, la compétence de sa compétence. La souveraineté étatique persiste dans la mesure où le consentement de chaque État membre est initial lors de l'adhésion et continu par l'affirmation du droit de retrait. De plus, ce consentement est réitéré lors des évolutions du projet européen, dont le texte fondateur est enfin largement maîtrisé par les États au moyen d'un accord de volonté précédant leur consentement unilatéral, cette maîtrise multilatérale leur ayant permis en dernier lieu l'adoption de la clause du respect de l'identité nationale.

Il n'en demeure pas moins qu'en dehors de ces premiers moyens fondés sur l'exercice étatique de la souveraineté, existe un second type de protection de l'identité constitutionnelle. Non plus fondée sur la liberté étatique de donner son consentement, cette protection résulte au contraire d'autolimitations constitutionnelles du pouvoir étatique l'empêchant de le donner ou de l'honorer.

Chapitre 2 : Une protection souveraine dans l'État

117. La faculté unilatérale des États membres de rejeter le droit primaire de l'Union vient d'être analysée. Il fut ainsi observé que ces derniers peuvent, par leur liberté de choix, s'opposer au traité de révision ou d'adhésion en refusant directement d'y consentir lors de la phase unilatérale de ratification. Ils ont d'ailleurs la possibilité de faire un usage unilatéral de leur droit de retrait. Néanmoins, s'ils apparaissent libres de tels choix, leur liberté n'est pas totale lorsqu'ils décident de répondre favorablement à la ratification du traité.

Il ne s'agit plus alors d'envisager une liberté politique de l'État, mais bien plus une contrainte juridique lui étant imposée par son propre ordre juridique et plus particulièrement par sa constitution, de même que par la ou les juridictions internes en charge de la faire respecter par les institutions étatiques. C'est là « l'objet même d'une constitution »[1] que de limiter le pouvoir étatique. D'ailleurs, sans la constitution « *attributive de la compétence internationale de l'État* […], *aucun traité* [pas plus que le traité européen] *ne pourrait être valablement conclu, puisque cette norme détermine en général non seulement les conditions de validité interne du traité, mais aussi la place et le rang qu'occuperont les normes conventionnelles au sein de la hiérarchie des normes de l'État* »[2]. En somme, il convient ici d'analyser une autolimitation de la souveraineté réalisée au niveau interne par le constituant originaire. En effet, les États membres, certes souverains, sont avant tout des États de droit, qualificatif signifiant la soumission de l'exercice de cette souveraineté aux règles de droit et encore plus spécifiquement à l'acte suprême et fondateur de leur ordre juridique interne, celui-ci organisant leur fonctionnement, de même que sanctuarisant leurs valeurs et autres caractéristiques essentielles. Ainsi, la constitution au sommet de la pyramide normative régit l'ordonnancement juridique interne et les moyens d'assurer la compatibilité entre les différents échelons normatifs, parmi lesquels les rapports de l'ordre juridique interne avec les ordres externes. Source juridique interne de la souveraineté étatique, elle fixe donc les règles de son exercice par les institutions de l'État, notamment dans les rapports avec le droit primaire de l'Union.

Cet encadrement constitutionnel de la capacité étatique à donner son consentement au projet européen ou à son évolution se réalise par la combinaison de plusieurs mécanismes. Il consiste d'abord en l'examen de non-contrariété du traité européen d'adhésion ou de

[1] BEAUD O., « Le Souverain », *op.cit.*, p. 36.
[2] CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *in Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 311.

modification du droit primaire avec la constitution, lors duquel une confrontation directe avec l'identité constitutionnelle est parfois réalisée par les juges constitutionnels. Lorsqu'une décision d'incompatibilité est prononcée, survient ensuite de façon quasi systématique l'exigence d'une révision constitutionnelle. Or cette révision, procédure généralement complexe, est elle-même constitutionnellement encadrée et trouve enfin régulièrement des limites à la fois formelles et matérielles dans le texte suprême, limites également rapprochées à plusieurs reprises par les juges nationaux de l'identité constitutionnelle.

118. En imposant successivement la compatibilité du traité à la constitution si nécessaire par la révision constitutionnelle, puis des limites matérielles à cette révision, l'encadrement constitutionnel de l'exercice étatique de la souveraineté pourrait-il apparaître comme un moyen de protection de l'identité constitutionnelle à l'égard du droit primaire ou de son évolution ? Répondre à cette question implique d'abord l'étude de l'organisation du contrôle de l'engagement étatique et de ses effets potentiels, c'est-à-dire des rapports entre les mécanismes de ratification des traités, de contrôle de leur compatibilité constitutionnelle et de révision constitutionnelle (**Section 1**). Ensuite, il faut analyser le verrouillage de la capacité d'engagement étatique, c'est à dire relever les différentes limites fréquemment imposées au pouvoir de révision constitutionnelle dans les constitutions des États membres. Il s'agira alors de démontrer leur consonance identitaire tout autant que d'évaluer leur portée, puisque certaines d'entre elles pourraient apparaître comme insurmontables dans l'objet de ratifier un traité fut-il de l'Union européenne (**Section 2**).

Section 1 : Le contrôle de l'engagement étatique et ses effets

119. Avant même que les États puissent envisager l'adoption de l'acte de ratification du traité d'adhésion ou de révision, leur Constitution les contraint généralement et selon une conception correspondante à la théorie de la pyramide normative, à s'assurer *a priori* qu'il n'existe pas d'incompatibilité matérielle entre le nouveau traité à ratifier et le texte au sommet de leur ordre juridique. De cette exigence peut résulter, en cas d'incompatibilité et de persistance de la volonté de s'engager, un « veto suspensif »[1], impliquant la révision constitutionnelle préalable à la ratification du traité envisagé et dont l'échec rendrait

[1] WOJTOWICZ K., « Rôle des juridictions constitutionnelles dans la création de l'espace juridique européen intégré », *in* FRACKOWIAK-ADAMSKA A. et GRZESZCZAK R., *L'espace judiciaire européen*, Wroclaw, Université de Wroclaw, 2010, p. 202.

impossible ladite ratification. L'encadrement de l'engagement étatique résulte alors à la fois d'une organisation procédurale et d'un contrôle matériel, imposant successivement à l'État le suivi d'une procédure de contrôle matériel, puis celui d'une procédure plus ou moins complexe de ratification/révision selon les résultats de ce premier contrôle. D'autres n'ont néanmoins mis en place qu'un contrôle *a posteriori* du traité. Dans ce cas la logique reste sensiblement la même, si une incompatibilité était décelée lors de son application, la solution pour y remédier serait alternativement la révision de la Constitution, ou la dénonciation du traité.

120. Ces constitutions encadrent procéduralement et matériellement soit l'engagement étatique lorsque le contrôle est *a priori*, soit la continuité de cet engagement quand il est *a posteriori*. En définitive, cet encadrement purement interne pourrait être conçu « au-delà de la loi de ratification [comme] une acception constitutionnelle » du traité[1]. Or, lors de la réalisation de ce contrôle, les juges constitutionnels nationaux ont à plusieurs reprises envisagé la compatibilité du traité avec l'identité, ce qui implique qu'elle réside au sein de certaines dispositions de leur constitution et bénéficie ainsi du même degré de protection normative. Cette « acception constitutionnelle » serait-elle un outil de contrôle de la pénétration du droit primaire dans l'ordre juridique interne ou de son évolution qui, fondé sur la compatibilité et la hiérarchie des normes confirmerait dans les fondements contractuels de l'Union, la validité de la théorie de la pyramide normative comme outil de protection de l'identité constitutionnelle ? Seule une réponse positive justifiera ensuite de déterminer si les limites matérielles de la révision constitutionnelle peuvent elles-mêmes être valablement conçues comme un verrouillage identitaire de la liberté étatique à consentir au droit primaire ou à son évolution.

121. Il convient donc pour répondre à cette question de commencer par l'analyse de l'organisation du contrôle de compatibilité matérielle du traité avec la constitution et plus particulièrement de son exercice au sujet de l'incompatibilité avec l'identité constitutionnelle (§1). Puis, il faudra envisager ses effets possibles en cas d'incompatibilité avec la constitution, d'une part sur la procédure de ratification de l'accord ou sur la continuité de son application et d'autre part sur l'effectivité de la protection conférée aux dispositions de la constitution en tant que norme au sommet de la pyramide normative (§2).

[1] GAUDIN H., « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, p. 544.

Paragraphe 1 : Le contrôle de compatibilité matérielle du traité avec la constitution

122. L'objet essentiel des analyses suivantes sera celui du contrôle de compatibilité du traité avec la constitution, exercé en général par les juridictions constitutionnelles nationales. En plus d'envisager les fondements constitutionnels de ce contrôle, afin d'en déterminer les caractéristiques essentielles (A), il apparaîtra opportun de déceler, lors de son exercice, les références faites par les juges constitutionnels à l'identité nationale, afin de démontrer que l'insertion de cette notion dans le champ matériel du contrôle lui confère logiquement une valeur constitutionnelle (B).

A. Les fondements du contrôle de compatibilité dans les différentes constitutions

123. Exercé *a priori* ou *a posteriori*, le contrôle de compatibilité de l'accord d'adhésion ou de révision des traités avec les constitutions des États membres peut se déduire du traité, mais est de plus, formellement inscrit dans une grande majorité des cas au sein de leurs constitutions (1). Pour assurer la pertinence et l'effectivité de ce contrôle, s'impose en outre le rôle majeur de la juridiction constitutionnelle nationale, qui apparaissant généralement indépendante des pouvoirs publics, doit surtout être capable d'adopter à leur égard des décisions contraignantes (2).

1. Le recours au contrôle de compatibilité

124. Que ce soit au sujet de la procédure de révision ordinaire aussi bien que simplifiée, l'article 48 TUE prévoit l'entrée en vigueur des modifications apportées au traité après la ratification de celles-ci « par tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles »[1]. Comme précédemment analysée, cette référence aux normes suprêmes nationales peut, dans un premier temps, être simplement comprise comme une soumission de la révision des traités à la procédure de ratification fixée par les constitutions nationales et par conséquent, faire uniquement référence aux méthodes de ratification qu'elles prescrivent. Dans un second temps, elle peut néanmoins être entendue dans un sens bien plus large, qui est celui d'une conformité matérielle entre l'ensemble des dispositions de l'accord de révision du

[1] Article 48 TUE, §4 et 6 *in fine*.

traité et celles de la constitution de chaque État membre[1]. Dans tous les cas, c'est avant tout la constitution qui fonde l'exigence de compatibilité des traités avec elle-même.

En effet, dans une lecture attentive de ces différentes constitutions, il est loisible de retrouver pour un grand nombre d'entre elles, l'existence d'une telle condition de compatibilité portée à la ratification des accords internationaux, dont ceux adoptés dans le cadre de l'Union en vue de réviser le traité ou d'y adhérer. L'objet de la présente étude n'est pas celui d'une analyse exhaustive de l'ensemble des mécanismes nationaux de contrôle de compatibilité, mais plutôt celui de l'examen d'un panel représentatif d'entre eux. Ce panel permettra d'appuyer la théorie selon laquelle en organisant un tel contrôle, la constitution opère un premier encadrement matériel et procédural de la capacité étatique d'adhérer à l'Union ou de valider l'évolution du droit primaire. Cet encadrement permettrait en définitive d'assurer notamment la protection de l'identité, dès lors qu'elle y serait inscrite ce qu'il conviendra de vérifier par la suite[2].

125. Tout d'abord, l'éventualité d'un contrôle abstrait, *a priori*, et direct est par exemple posé dans la Constitution française en son article 54, mais se retrouve également dans beaucoup d'autres constitutions des États membres[3]. Le déclenchement du contrôle mené par voie d'action, puisque confié aux principaux acteurs politiques nationaux, y est toutefois systématiquement conçu comme facultatif dans l'ensemble de ces États, exceptions faites des cas bulgare et tchèque l'imposant avant toute ratification[4].

En dehors de ce contrôle direct, il existe encore la faculté d'exercer un contrôle abstrait, toujours *a priori,* cette fois-ci indirect, c'est-à-dire portant sur la loi de ratification ou de réception du traité adoptée par le parlement national et non encore promulguée. Cette faculté permet d'exercer un contrôle incident du traité qui fait l'objet d'une telle loi. Elle apparaît ouverte dès lors qu'il existe un contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. Elle fut utilisée en France avant l'ouverture à l'opposition parlementaire opérée par la révision de 1992, portant modification de la saisine du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de

[1] Cette même formulation se retrouve également dans l'article 49 TUE relatif à l'adhésion d'un nouvel État, à propos de la ratification de l'accord d'adhésion par lui et les États membres.
[2] Voir *infra* (§132).
[3] Voir : Constitution bulgare, précitée, article 149§1 al.4 ; Constitution croate, 1990, article 129 al.2 ; Constitution espagnole, 1978, article 95 ; Constitution estonienne, 1992, article 123 et 129 ; Constitution lituanienne, 1992, article 105 ; Constitution polonaise, 1997, article 133 ; Constitution portugaise, 1976, article 278§1 et 280 ; Constitution slovaque, 1992, article 102b ; Constitution slovène, 1991, article 160 al.2 ; ou encore dans la Constitution thèque, précitée, article 87§2.
[4] Voir la note précédente pour le numéro des dispositions concernées.

compatibilité des traités[1]. La Cour constitutionnelle allemande, dans une décision en date du 30 juillet 1952, s'est reconnue une telle compétence de contrôle indirect des traités, au motif que la loi fondamentale allemande ne lui confiait pas les moyens d'un contrôle direct. Elle y admet « la recevabilité du recours, contrairement à ce qui est exigé pour les autres lois, avant la publication de la loi de ratification ou d'approbation et même avant la signature du président fédéral »[2].

Certains États ont explicitement rejeté la possibilité d'un contrôle abstrait, qu'il soit d'ailleurs direct ou indirect à l'image du Luxembourg et des Pays-Bas[3]. Enfin, d'autres constitutions, en plus de prévoir ce contrôle abstrait, ont également reconnu l'existence d'un contrôle direct du traité *a posteriori* de sa ratification, comme en Espagne, au Portugal ou encore en Pologne[4].

126. Ensuite, ces contrôles de nature abstraite peuvent être cumulés avec un contrôle concret, *a posteriori*, mené par voie d'exception sur la base d'un litige pendant devant une juridiction interne. Il est par exemple direct au Portugal, en Espagne et en France[5], ou encore une fois indirect en Allemagne de même qu'en Hongrie[6]. Ce contrôle *a posteriori* peut aussi apparaître comme la seule voie de contrôle, tel que cela peut être le cas en Autriche où le

---

[1] Loi constitutionnelle française, 25 juin 1992, n° 92-554, article 2.

[2] MAGNON X., « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les Cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, note 10, p. 121.

[3] Voir Constitution luxembourgeoise, 1868, article 95 ter ; voir aussi Loi luxembourgeoise, portant organisation de la Cour Constitutionnelle, 27 juillet 1997, titre VII chapitre 2 article 2. Dans les deux normes il est précisé que « La Cour Constitutionnelle statue, suivant les modalités déterminées par la présente loi, sur la conformité des lois à la Constitution, à l'exception de celles qui portent approbation de traités. Voir enfin Constitution néerlandaise, 1983, article 120 ; de même que KORTMANN C., « Le juge et le contrôle de constitutionnalité aux Pays-Bas », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-21/le-juge-et-le-controle-de-constitutionnalite-aux-pays-bas.50565.html.

[4] Voir Constitution espagnole, précitée, article 161-1a ; voir également BON P., « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-2/presentation-du-tribunal-constitutionnel-espagnol.52867.html ; Constitution portugaise, précitée, article 281 ; voir également MOREIRA V., « Le Tribunal constitutionnel portugais : le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/le-tribunal-constitutionnel-portugais-le-controle-concret-dans-le-cadre-d-un-systeme-mixte-de-justice-constitutionnelle.52132.html ; voir Constitution polonaise, précitée, article 188-1.

[5] Constitution portugaise, précitée, article 280 ; Constitution espagnole, précitée, article 53-2 ; Constitution française, 1958, article 61-1.

[6] Voir Loi fondamentale allemande, 1949, article 100 ; voir aussi FROMONT M., « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-15/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-federale-d-allemagne.51993.html ; voir enfin Cour constitutionnelle hongroise, 22 janvier 1997, décision/1997.

contrôle reste direct[1], ainsi qu'en Italie où il est de plus exclusivement indirect[2].

De plus, le particulier peut parfois se voir reconnaître la faculté de saisir la juridiction constitutionnelle sans avoir à passer par les tribunaux ordinaires, telle qu'en Allemagne avec le recours individuel ou encore en Espagne avec le recours d'amparo[3]. Néanmoins à l'instar de la QPC française, le contrôle y apparaît limité à certaines dispositions essentielles de la constitution et ne s'attache matériellement qu'à la seule protection des droits fondamentaux.

Enfin, en l'absence d'une juridiction constitutionnelle spécialisée[4], c'est le juge ordinaire qui pratiquera un tel contrôle concret et diffus de compatibilité comme cela se déroule au Danemark, en Finlande, en Grèce, en Suède, ou encore au Royaume-Uni, du moins lorsque cette compétence n'est pas explicitement exclue par la constitution comme aux Pays-Bas[5].

127. Il existe manifestement, dans une grande partie des États membres, un contrôle de compatibilité des traités qui malgré une nature variée, assure un encadrement constitutionnel éventuel de l'adhésion au droit primaire de l'Union ou du consentement à sa révision. Cet encadrement demeure éventuel, puisque la saisine de la juridiction compétente n'y apparaît que rarement obligatoire. Son exercice est toutefois régulièrement rencontré attendu que l'opposition politique parlementaire peut dans la grande majorité des cas le mettre en œuvre, de même que plus rarement et comme cela fut observé, le citoyen lui-même.

2. La force obligatoire de la décision d'incompatibilité

128. Avant d'analyser l'insertion de l'identité dans le champ matériel de ce contrôle ou encore les effets de celui-ci, il apparaît nécessaire de faire un bref détour par la vérification de la pertinence et de l'effectivité d'un tel contrôle. Sur ce point, outre l'indépendance de la juridiction qui normalement doit être assurée afin de garantir une décision impartiale, fondée

[1] Constitution autrichienne, précitée, article 140a.
[2] Constitution italienne, 1947, article 134.
[3] Loi fondamentale allemande, précitée, article 93-1 al. 4a ; Constitution espagnole, précitée, article 53-2.
[4] Voir sur ce point GREWE C. et RIDEAU J., « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : flash-back sur le *coming-out* d'un concept ambigu », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 334.
[5] Constitution néerlandaise, précitée, article 120.

uniquement sur le droit, et non sur les tractations politiques qui accompagnent sa décision[1], il apparaît surtout nécessaire de déterminer la force obligatoire qui en résulte.

129. L'ensemble des constitutions qui consacrent l'existence d'une juridiction constitutionnelle prévoient avec plus ou moins de précision une soumission *erga omnes* à ses décisions, qui apparaissent de plus comme définitives. La Pologne en est un parfait exemple, consacrant spécifiquement un article de sa Constitution aux caractéristiques des décisions de sa juridiction constitutionnelle[2]. Des considérations identiques peuvent se retrouver dans la Constitution portugaise prévoyant la « force obligatoire » de la décision d'incompatibilité[3], ou encore dans la Constitution tchèque selon laquelle « les décisions exécutoires de la Cour constitutionnelle s'imposent à tous les organes et personnes juridiques »[4], de même que dans la Constitution slovène disposant que « l'Assemblée nationale est liée par l'avis de la Cour constitutionnelle »[5] ou enfin dans la Constitution bulgare évoquant les « interprétations impératives » de la juridiction[6]. Cette soumission *erga omnes* se retrouve de façon similaire dans l'ensemble des États membres au sein desquels il est prévu l'existence d'une juridiction constitutionnelle[7].

130. Non seulement les Cours constitutionnelles nationales peuvent donc se prononcer sur la compatibilité d'un traité à la constitution, que ce soit selon les cas en amont ou en aval de la ratification, mais en plus imposer leurs décisions aux autorités nationales compétentes qui désireraient procéder à la ratification ou préserver l'application dudit traité.

131. À la suite de la description des examens de compatibilité des traités à la constitution pratiqués par les juridictions nationales et de l'observation que le résultat de cet examen s'impose aux institutions des États membres qui le prévoient, il convient de déterminer si l'identité fait partie du champ matériel de ce contrôle. Cette insertion permettrait d'en déduire

[1] Cette indépendance est par exemple spécialement formulée pour le juge constitutionnel dans la Constitution espagnole, précitée, article 159§5 ; Constitution lituanienne, précitée, article 104 ; ou pour l'ensemble de l'appareil juridictionnel dans la Loi fondamentale allemande, précitée, article 97 ; ou dans la Constitution polonaise, précitée 173.
[2] Constitution polonaise, précitée, article 190.
[3] Constitution portugaise précitée, article 282§1.
[4] Constitution tchèque, 1992, article 89§2.
[5] Constitution slovène, précitée, article 160§2.
[6] Constitution bulgare, précitée, article 149§1.
[7] Voir pour d'autres exemples, Constitution autrichienne, précitée, article 140a ; Constitution française, précitée, article 62 al.3 ; Constitution espagnole, précitée, article 161§1a ; Constitution italienne, précitée, articles 136 et 137 ; Constitution roumaine, 1991, article 145§2 ; Constitution lituanienne, précitée, article 107.

sa valeur constitutionnelle, ainsi que d'évaluer par la suite l'apport d'une telle constitutionnalisation sur le niveau de sa protection.

B. L'inclusion de l'identité constitutionnelle dans le champ matériel du contrôle de compatibilité

132. Pour affirmer, dans les rapports conventionnels de l'État avec le droit primaire de l'Union, que l'encadrement constitutionnel de l'engagement étatique, réalisé au moyen du contrôle de compatibilité des traités avec la constitution, permet d'assurer une protection de l'identité correspondante à celle du droit constitutionnel, il apparaît nécessaire de commencer par démontrer l'insertion même partielle de cette identité dans la matière constitutionnelle. Les constitutions restant relativement muettes à ce propos, c'est dans les jurisprudences constitutionnelles que se situera la réponse. En somme, l'identité de l'État fait-elle partie du champ matériel du contrôle de compatibilité exercé entre le traité et la constitution ?

133. Il convient d'ores et déjà de limiter le champ d'analyse au seul contrôle de compatibilité des traités, puisqu' il s'agit ici de s'intéresser à la protection constitutionnelle de l'identité étatique dans les fondements contractuels de l'Union et non à l'exigence de son respect dans le processus d'intégration. En seront dès lors exclues les réserves de constitutionnalité émanant de contrôles de constitutionnalité d'actes internes adoptés en application du droit dérivé. En effet, ces décisions sont essentiellement relatives au rapport entre le droit dérivé et le droit constitutionnel dans le processus d'intégration de l'Union. Elles seront à cet effet ultérieurement analysées[1].

Il faudra déterminer si certains juges constitutionnels ont fait référence à l'identité constitutionnelle ou nationale dans les contrôles de compatibilité des traités qu'ils auront menés[2]. Cela aurait pour effet de verser l'identité de l'État ou du moins une partie de celle-ci au champ matériel de ce contrôle et par conséquent de confirmer sa teneur essentiellement constitutionnelle, puisqu'elle en deviendrait comme le reste de la constitution, matériellement opposée ou opposable par le juge national au traité, selon bien sûr que le contrôle soit mené *a priori* ou *a posteriori*. Or, une telle inclusion même partielle de l'identité dans la matière constitutionnelle, conçue dans ce cadre comme une identité constitutionnelle, permettrait ainsi

[1] Voir *infra*, (§292 et s. ; §332 et s.).
[2] Voir sur ce point MARTIN S., « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle » », *RFDC*, 2012, p. 35 et s.

de valider à l'égard du droit primaire la méthode de protection de la matière constitutionnelle, pour assurer celle des éléments identitaires y étant inscrits. Il conviendra par conséquent d'observer ces références, d'abord en s'attachant à la jurisprudence constitutionnelle allemande particulièrement fournie en ce domaine (1), ensuite en s'attardant sur les jurisprudences d'autres États membres ayant aussi, bien que de façon plus discrète, procédé à de telles références envers l'identité constitutionnelle ou nationale (2).

1. Des références particulièrement développées dans la jurisprudence constitutionnelle allemande

134. Le juge allemand est parmi les plus prolixes en termes de références à l'identité nationale et constitutionnelle, utilisant les notions à de nombreuses reprises dans sa jurisprudence. Cela se vérifie également dans le contrôle indirect de compatibilité des traités. Deux décisions de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe sont à cet effet particulièrement pertinentes. Doit d'abord être étudiée la décision résultant du contrôle de compatibilité du traité de Maastricht rendue en 1993[1] (a), puis celle adoptée lors du contrôle relatif au traité de Lisbonne de 2009[2] (b).

a) La décision « Maastricht »

135. Dans la première décision, le juge allemand fut saisi de deux affaires jointes[3], par recours individuels formés par des particuliers à l'encontre de deux lois, l'une concernant la ratification du traité de Maastricht et l'autre permettant la révision constitutionnelle correspondant à l'adoption du traité. Les requérants, devaient justifier d'une atteinte envers l'un de leurs droits fondamentaux pour être fondés à saisir la haute juridiction. Sur ce point, seul l'un des arguments du premier requérant dirigé à l'encontre de loi approuvant le traité fut retenu comme recevable par le juge allemand. Cet argument évoquait une violation indirecte de son droit de vote et de participation aux affaires étatiques au niveau fédéral par la diminution des pouvoirs du Parlement, réalisée au moyen du transfert d'une partie conséquente et prévue pour une durée illimitée de ses compétences vers l'Union. Ce transfert aurait en définitive pour effet de porter atteinte au principe démocratique et de vider de sa

[1] C.C.F.A., Maastricht, décision précitée.
[2] C.C.F.A., Lisbonne, décision précitée.
[3] Sur la base de l'article 93-1 al.4 de la Loi fondamentale.

substance le droit de vote tel qu'en dispose l'article 38 de la Constitution. Bien qu'alambiqué dans sa construction, le recours fut considéré comme partiellement recevable par la Cour allemande, mais qualifié d'infondé à l'issue du contrôle. Néanmoins, ce n'est pas tant la solution retenue qui apparaît ici pertinente, mais bien plutôt les liens créés par le juge, au demeurant encore timides, entre l'élément constitutionnel invoqué, en l'espèce le principe démocratique, et l'identité nationale.

D'abord, le juge s'appuie sur le constat selon lequel le traité, démocratiquement légitimé, n'a pas pour vocation à créer un État européen unique, mais seulement une organisation supranationale, « qui respecte les identités nationales [des] États membres »[1], au sein de laquelle l'Allemagne en tant qu'État souverain n'est pas amenée à disparaître. Il en tire ensuite la conclusion que de façon générale, le principe de démocratie n'empêche pas l'Allemagne de devenir membre d'une pareille organisation. Toutefois, il ajoute que la préservation de la légitimation et de l'influence qui émane du peuple est une condition *sine qua non* de l'adhésion, qui ne serait plus remplie si trop de fonctions et de pouvoirs étaient transférés à l'Union. Le principe de démocratie interconnecté avec celui de souveraineté, apparaît alors pour le juge comme une limite à l'extension de ces pouvoirs. Il s'emploie ainsi à vérifier que les compétences transférées sont spécifiées de façons suffisamment précises, tout en ajoutant que toute compétence exercée par l'Union, bien que non expressément transférée par l'État allemand, serait incompatible avec le principe constitutionnel démocratique, puisque cela reviendrait en violation de l'article 38 de la Loi fondamentale à accorder une compétence générale à l'Union. Sur ce constat d'une nécessaire autorisation préalable au transfert de compétence, d'ailleurs utilisée comme preuve de la persistance de la qualité souveraine étatique, il ajoute ainsi que l'acte qui résulterait d'une telle situation serait alors non assorti de contrainte sur le territoire allemand. Il s'agit ici des prémices d'une menace d'un contrôle *ultra vires* des actes adoptés par l'Union qui sera réitérée et approfondie dans le contrôle de compatibilité du traité de Lisbonne.

136. Plusieurs réflexions permettent ensuite au juge de conclure que le traité de Maastricht respecte cette condition d'autorisation préalable et précise, parmi lesquelles la prise en compte par le traité de « l'indépendance et de la souveraineté des États membres, en ce qu'il impose une obligation à l'Union européenne de respecter l'identité nationale de ses États membres »[2]. Un lien est donc implicitement créé entre la notion d'identité nationale d'une part et celles de

[1] C.C.F.A., Maastricht, décision précitée, point 89.
[2] C.C.F.A., Maastricht, décision précitée, point 108.

souveraineté, puis de démocratie d'autre part, à tel point qu'il puisse être considéré une « indistinction conceptuelle » entre ces notions, les rendant « sensiblement interchangeables » au yeux du juge allemand[1]. Ce lien est essentiellement abordé lorsque le juge s'emploie à vérifier que l'exercice même de ses compétences par l'Union satisfait à la condition démocratique et souveraine. Il constate pour ce faire que cet exercice est gouverné par les principes de coopération loyale, de subsidiarité et de proportionnalité, eux-mêmes rattachés par le juge à la protection de l'identité nationale.

D'abord le principe de coopération loyale imposerait certes des obligations aux États membres notamment en termes d'ouverture de l'ordre juridique étatique au droit de l'Union, mais également des obligations réciproques à l'Union, parmi lesquelles la prise en compte par les institutions européennes des indications étatiques relatives aux conflits sérieux entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel. De cette prise en compte devrait alors résulter la recherche d'une « solution qui respecterait le droit constitutionnel des États membres »[2]. Le principe de coopération apparaît pour le juge allemand comme la consécration d'une obligation réciproque, ou « mutuelle »[3], de prise en considération du droit de l'autre par chacun des deux ordres de l'Union et de l'État.

Ensuite le principe de subsidiarité visant à « protéger l'identité nationale des États membres et à préserver leurs pouvoirs »[4] empêcherait l'érosion des compétences étatiques et la réduction concomitante des pouvoirs du parlement. De même, le principe de proportionnalité interdisant l'excès, permettrait par la limitation « de l'intensité des mesures communautaires […] de protéger l'identité nationale des États membres, ainsi que les responsabilités et les pouvoirs de leurs parlements contre la réglementation européenne excessive »[5].

C'est finalement dans la conclusion de ces réflexions que le lien entre le principe démocratique et l'identité nationale apparaîtra le plus étroit, le juge s'attachant à la lettre même de l'article F du traité pour préciser que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, […] dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes de la démocratie »[6]. Le principe démocratique inscrit dans l'article 38 de la Loi fondamentale est indiscutablement considéré comme un élément qui selon le juge allemand, relève de l'identité

[1] Voir en ce sens, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 102 et s.
[2] C.C.F.A., Maastricht, décision précitée,, point 142.
[3] MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 121.
[4] C.C.F.A., Maastricht, décision précitée,, point 160.
[5] *Ibid.*, point 161.
[6] *Ibidem*, point 163.

nationale allemande. L'identité nationale de l'Allemagne est au moins partiellement inscrite dans sa matière constitutionnelle.

b) La décision « Lisbonne »

137. Dans la seconde décision, le rattachement de l'identité nationale à la matière constitutionnelle est bien plus explicite. Afin de déterminer la compatibilité avec la Constitution du traité de Lisbonne, le juge était saisi, par recours individuels[1] et recours en règlement des litiges entre organes de la Fédération[2], de six affaires jointes. Un grand nombre d'arguments tendant à faire reconnaître la non-conformité constitutionnelle des lois relatives au traité de Lisbonne[3], et d'autre part de la loi portant sur la révision constitutionnelle afférente au traité, furent ainsi soulevés devant le juge. Sanctionnant d'une irrecevabilité partielle certains de ces recours, il en considérera toutefois certains comme partiellement fondés au constat d'une carence inconstitutionnelle de la loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Parlement. Indépendamment de la solution retenue, seule une fois encore l'analyse des liens créés par le juge entre l'identité nationale et la matière constitutionnelle sont ici pertinents.

Il est toutefois intéressant de noter que les arguments recevables des requérants sont identiques à ceux développés dans la décision Maastricht, puisqu'ils visent tous à soutenir l'incompatibilité de la ratification du traité avec l'article 38 de la Loi fondamentale, c'est-à-dire avec le droit de vote, le principe démocratique et la souveraineté étatique. Or, le juge ne tarde pas à consacrer un lien étroit entre ces éléments, et l'identité nationale désormais qualifiée de constitutionnelle. D'une façon extrêmement précise, il verse au champ matériel du contrôle de compatibilité celui de l'atteinte à l'identité, précisant que « l'examen d'une éventuelle atteinte au droit de vote englobe en l'espèce aussi celui d'atteintes aux principes qui, d'après l'article 79 alinéa 3 GG, sont inhérents à l'identité constitutionnelle allemande »[4] et qu'il « revient à la Cour constitutionnelle fédérale de vérifier, le cas échéant, si ces principes sont respectés »[5]. Le juge allemand rattache donc l'identité constitutionnelle de l'Allemagne aux dispositions visées par cet article, qui a pour rappel l'objet d'interdire la

[1] Recours formés sur la base de l'article 93-1 al.4.
[2] Recours formés sur la base de l'article 93-1 al.1.
[3] Sont concernées : la loi d'approbation du traité, les lois d'accompagnement du traité, et la loi relative à l'extension et au renforcement des droits du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne.
[4] C.C.F.A., Lisbonne, décision précitée, point 208.
[5] *Ibid.*, point 235.

révision de certaines autres dispositions auxquelles il renvoie expressément, et qui en définitive est présenté comme une garantie constitutionnelle inaliénable de la qualité souveraine de l'État allemand.

Auparavant assimilé à une condition *sine qua non* de l'adhésion, le respect du principe d'autodétermination démocratique et celui de la souveraineté de l'État sont maintenant identifiés certes comme une limite à l'adhésion, mais aussi et surtout à l'intégration[1]. En somme pour la Cour constitutionnelle allemande, « l'obligation de droit européen de respecter le pouvoir constituant des États membres en tant que maîtres des traités correspond à l'identité constitutionnelle non transférable et soustraite à l'intégration (article 79 alinéa 3 GG) »[2].

138. La jurisprudence constitutionnelle allemande en matière de contrôle indirect des traités est particulièrement évocatrice du rattachement de l'identité nationale à la matière constitutionnelle, en tant qu'identité constitutionnelle. Dès lors, l'ensemble des mécanismes de protection valables pour le droit constitutionnel en général sont tout aussi pertinents pour la préservation des éléments de l'identité constitutionnelle inscrits dans la clause d'éternité. D'ailleurs au regard de l'objet même de cette clause, la protection leur étant accordée semble apparaître encore plus développée que pour le reste de la matière constitutionnelle. Il conviendra donc d'en analyser ultérieurement la teneur et l'efficacité[3]. Il reste que la notion d'identité nationale, lors de l'exercice du contrôle de compatibilité de la révision des traités ou de l'adhésion à l'Union, a été abordée à l'instar du juge allemand, par les juridictions constitutionnelles d'autres États membres dont les décisions doivent désormais faire l'objet des considérations suivantes.

2. Des références plus discrètes dans les jurisprudences constitutionnelles d'autres États membres

139. Plusieurs décisions, adoptées par les juridictions constitutionnelles d'autres États membres et relatives au contrôle de compatibilité avec la constitution, soit d'une révision du traité européen, soit encore de l'adhésion à l'Union, ont également procédé à l'utilisation de la notion d'identité nationale. Si le rattachement à la matière constitutionnelle et l'identification

[1] Voir *infra* (§297 et s.).
[2] C.C.F.A., Lisbonne, décision précitée, point 235.
[3] Voir *infra* (§169).

des dispositions concernées n'y est pas toujours aussi explicite qu'en Allemagne, il n'empêche qu'elle confirme, au moins pour ces États, l'incorporation du contrôle de l'atteinte à l'identité dans le champ matériel du contrôle de compatibilité des traités. Seront ainsi concernées d'une part, les décisions espagnoles et française relatives au TECE (a), puis d'autre part, les décisions polonaise, tchèques et lettone portant sur le traité de Lisbonne (b).

a) Les décisions « TECE » espagnoles et française

140. S'agissant d'abord des contrôles afférant à la compatibilité du TECE, le premier envisagé sera l'office du juge constitutionnel espagnol[1]. Saisi par voie d'action sur la base de l'article 95-2 de la Constitution, il dut déterminer sa compatibilité, à la suite d'un avis préalable du Conseil d'État[2]. N'étaient concernées que les dispositions du traité relatives à l'inscription de la primauté, ainsi qu'au champ d'application et à la portée de la Charte des droits fondamentaux. C'est essentiellement au sujet de la primauté que le juge abordera le lien entre l'identité nationale et la matière constitutionnelle. Sans s'attarder sur le fond même de cet examen, portant essentiellement sur l'articulation entre ce principe et la suprématie constitutionnelle dans le fonctionnement même de l'Union, c'est-à-dire lors du processus d'intégration[3], il convient toutefois de s'attacher à l'examen de la création jurisprudentielle de ce lien

Le juge relève d'abord l'existence de limites au transfert de compétence vers l'Union, de même qu'au processus d'intégration subséquent, dans la mesure où ceux-ci doivent être « compatibles avec les principes fondamentaux de l'État social et démocratique de droit établi par la Constitution nationale »[4]. Ces limites avaient déjà été abordées par la juridiction espagnole lors du contrôle de compatibilité du traité de Maastricht, sans qu'un lien soit toutefois créé avec l'identité nationale[5]. Il s'agit bien là d'une création jurisprudentielle, puisque le juge lui-même reconnaît que cette prescription n'est pas expressément énoncée par la Constitution, mais qu'elle en découle implicitement.

Par la suite, il précise la signification de ces limites comme imposant « le respect de la souveraineté de l'État, [des] structures constitutionnelles de base, du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans [la] Constitution où les droits fondamentaux

[1] T.C.E., 4 janvier 2005, T.E.C.E, n° DTC 1/2004.
[2] C.E.Esp., 21 octobre 2004, T.E.C.E., n° 2544/2004.
[3] Voir *infra* (§297 et s.) .
[4] T.C.E., T.E.C.E, décision précitée, point 2.
[5] Voir sur ce point, T.C.E., 24 juillet 1992, Maastricht, n° DTC 1/1992, point 3.a.

acquièrent une normativité propre »[1]. Or il ne tarde pas à lier ces éléments à l'identité nationale par leur rapprochement avec d'une part les valeurs sur lesquelles sont fondées l'Union et telles qu'inspirées par les traditions constitutionnelles des États membres, mais aussi et surtout avec la disposition du traité relative au respect de cette identité, principe gouvernant lui-même, selon le juge, la primauté du droit de l'Union. Il conclut ainsi que « ces dispositions viennent entre autres confirmer la garantie de l'existence des États membres, de leurs structures de base, de leurs valeurs et des droits fondamentaux »[2].

Ces limites exposées par le juge sont donc implicitement fondées sur l'identité nationale de l'Espagne et plus précisément encore sur son identité constitutionnelle. Dès lors, une partie de cette identité nationale relève nécessairement de la matière constitutionnelle et bénéficie à ce titre d'une protection au moins équivalente à celle-ci.

141. De façon assez similaire et sur la base d'un recours de même nature, le juge constitutionnel français fut également confronté à la compatibilité constitutionnelle du TECE[3]. La teneur des arguments soulevés devant lui étaient d'ailleurs sensiblement la même qu'en Espagne, puisqu'essentiellement relative à l'inscription de la primauté dans les traités, ainsi qu'à l'intégration en son sein de la charte des droits fondamentaux.

C'est également au sujet de la primauté que la référence à l'identité nationale sera abordée par la juridiction française. Habituellement, dans ses autres décisions relatives au contrôle de compatibilité des traités de Maastricht, d'Amsterdam, de Lisbonne et même plus récemment du TSCG[4], le Conseil se limite à contrôler que le transfert de compétence ne remette pas en cause les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »[5]. De même, il vérifie encore si les dispositions du traité n'atteignent pas les libertés et droits fondamentaux garantis et qu'elles ne soient pas directement contraires à une disposition constitutionnelle, un seul de ces constats imposant, sous réserve de la marge d'appréciation que s'octroie le juge constitutionnel, la révision constitutionnelle[6]. Il aborde également cette thématique dans la décision relative au TECE. Or le Conseil constitutionnel, bien qu'encore plus expéditif que le juge espagnol, considérera ici cette disposition sur la primauté du droit

[1] T.C.E., T.E.C.E, décision précitée, point 2.
[2] *Ibid.*, point 3.
[3] C.C., 19 novembre 2004, T.E.C.E, n° 2004-505.
[4] Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, 2 mars 2012.
[5] C.C., 2 septembre 1992, Maastricht, n° 92-312 DC, points 32, 38 et 44 ; C.C., 31 décembre 1997, Amsterdam, n° 97-394, points 7, 9, 22, 23, 25, 28 et 30 ; C.C., T.E.C.E, décision précitée, points 7 ; C.C., 20 décembre 2007, Lisbonne, n° 2007-560, points 9, 12, 15 et 16 ; C.C., 9 août 2012, TSCG, n° 2012-653, points 10, 16 et 30.
[6] Voir sur ce point MANIN P., « Le Conseil constitutionnel français et le droit de l'Union européenne : prudence et pragmatisme », *in Réalisations et défis de l'Union européenne - Droit-Politique-Économie. Mélanges en hommage au Professeur Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 348-351.

de l'Union comme compatible avec la constitution et donc avec ces conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale, notamment au regard du lien que la disposition entretient avec une autre clause du traité, celle relative au respect de l'identité nationale[1]. D'ailleurs cette vision semble confirmée par l'insertion en son sein du respect des fonctions essentielles des États membres à laquelle aura justement procédé le TECE[2].

Si le respect de l'identité nationale participe à la compatibilité du principe de primauté avec la constitution et permet de ne pas remettre en cause la souveraineté nationale, alors implicitement cela revient à considérer d'une part, que cette identité réside au moins en partie dans la constitution et d'autre part, que la souveraineté en fait partie. Sinon, en quoi le respect de cette identité pourrait empêcher de considérer comme incompatible le principe de primauté avec celle-ci ? Il y aurait apparemment un enracinement constitutionnel de l'identité nationale française dans laquelle la souveraineté nationale serait comprise. Néanmoins la décision du Conseil reste sur ce point plus que laconique et ne permet d'ailleurs pas véritablement, ni de le confirmer avec certitude, ni d'identifier quels éléments de la matière constitutionnelle seraient de nature identitaire.

Il faut reconnaître que d'autres décisions du Conseil, analysées ultérieurement car portant sur le contrôle des lois de transposition des directives européennes, ont précisé ce rapprochement, mais sans déterminer d'avantage les dispositions constitutionnelles qui pourraient être visées[3].

b) Les décisions « Lisbonne » polonaise, lettone et tchèques

142. S'agissant ensuite du contrôle de compatibilité polonais, mais aussi tchèque et letton du traité de Lisbonne, des liens furent tout autant créés entre identité nationale, matière constitutionnelle et champ matériel du contrôle de compatibilité.

143. D'abord en Pologne, le Tribunal constitutionnel dut exercer un contrôle *a posteriori* du traité de Lisbonne sur saisine par voie d'action de deux groupes de requérants[4], l'un composé de députés, l'autre de sénateurs[5]. Pour quelques raisons procédurales peu utiles à la présente analyse, il ne rendra qu'un examen partiel du traité fondé sur le seul recours des

[1] Voir C.C., T.E.C.E, décision précitée, points 12 et 13.
[2] Voir *supra* (§81).
[3] Voir *infra* (§318).
[4] Ce recours est fondé sur les articles 188-1 et 191-1 al.1.
[5] T.C.P., 24 novembre 2010, Lisbonne, n° K 32/09.

sénateurs et limité aux arguments soulevés par ceux-ci.

Dans un constat préliminaire, le juge rappellera que lors de l'exercice d'un tel contrôle, le traité bénéficie d'une présomption de validité qui ne pourrait céder que face à l'impossibilité d'adopter une interprétation de celui-ci conforme à la Constitution, notamment du point de vue « des valeurs et des principes constitutionnels, ainsi que des conséquences de l'arrêt sur la souveraineté de l'État et sur son identité constitutionnelle »[1], dont il appartient dès lors au juge constitutionnel d'assurer la protection. Cette première référence à l'identité permet déjà de créer un lien entre elle et la matière constitutionnelle et de la verser au champ matériel du contrôle exercé par le juge. Il était essentiellement question de la compatibilité du transfert de compétence vers l'Union et de l'atteinte subséquente à la qualité souveraine de l'État polonais. Cette même question avait d'ailleurs déjà été soulevée lors du contrôle de compatibilité de l'adhésion de la Pologne à l'Union, sans que le juge ne s'appuie toutefois à cette époque sur la notion d'identité nationale[2]. Se référant à cette première décision, le Tribunal commença par rappeler que même après l'adhésion, la suprématie constitutionnelle, en relation étroite avec le principe de souveraineté et présentée comme sa garantie, persiste. Il ajouta que dans ce contexte il lui appartient pour déterminer la compatibilité des normes contestées du traité, d'une part de préciser l'état de la souveraineté polonaise dans le contexte de l'intégration européenne et d'autre part de vérifier que le transfert de compétence ne porte pas atteinte à cette souveraineté[3]. C'est dans cette démarche que le juge opposa le transfert de compétence vers l'Union à la suprématie constitutionnelle.

De cette opposition naquirent de multiples références aux notions entrecroisées de souveraineté, d'indépendance, d'identité constitutionnelle et d'identité nationale[4]. D'abord il se consacre à l'analyse de la notion de compétence de la compétence pour souligner sa préservation en évacuant, à l'instar du juge allemand, la question d'une incompatible compétence générale de l'Union. Cette position s'appuie sur le constat d'un maintien inchangé du principe d'attribution de compétence, lui-même fondé au même titre que l'adhésion sur le consentement souverain étatique. Il rattache ensuite cette qualité souveraine à l'identité internationale de l'État qui se doit d'être préservée dans le processus d'intégration. Ainsi, la persistance de cette souveraineté justifie l'existence de « compétences inaliénables

[1] *Ibid.*, point 1.1.
[2] T.C.P., 11 mai 2005, appartenance de la Pologne à l'Union européenne, n° K 18/04.
[3] T.C.P., Lisbonne, décision précitée, point 1.3.
[4] La décision se réfère même à l'intégralité de ces notions dès le titre de son paragraphe 2.1 : « La souveraineté, l'indépendance, l'identité constitutionnelle, l'identité nationale par rapport à l'intégration européenne ».

des organes de l'État, ce qui constitue l'identité constitutionnelle de l'État »[1]. Le transfert de compétence à l'Union ne saurait donc porter atteinte à ces compétences inaliénables, c'est-à-dire à cette identité que le juge polonais définit comme les principes fondamentaux de la constitution au sein desquelles il regroupe de façon non exhaustive « les droits de l'individu » et « en particulier la protection de la dignité humaine », mais également « l'indépendance de l'État, le principe d'une gouvernance démocratique, le principe de l'État de droit, le principe de la justice sociale, le principe de subsidiarité », de même enfin, que le pouvoir de révision constitutionnelle[2]. Selon la juridiction constitutionnelle, l'article 90 de la Constitution relatif au rapport avec le droit international serait « la garantie constitutionnelle de la préservation de l'identité de la République de Pologne »[3]. Enfin, un lien est opéré entre cette identité constitutionnelle fraîchement consacrée et l'identité nationale tel qu'en dispose l'article 4 du traité prévoyant son respect. Le juge y voit en effet une notion équivalente, au moyen de laquelle il complète en outre la liste d'éléments qu'il aura identifiés comme relevant de l'identité polonaise. Y sont ainsi versées l'histoire, la culture et les traditions[4].

L'identité nationale telle qu'évoquée dans les traités se confond ainsi avec la vision que le juge polonais dessine de son identité constitutionnelle. L'identité nationale polonaise s'inscrit au moins partiellement dans la matière constitutionnelle et fait *de jure* partie du champ matériel du contrôle exercé par le juge, bien qu'en l'espèce ce dernier retienne la compatibilité du traité de Lisbonne avec la Constitution.

144. Ensuite, la Lettonie également confrontée à la question de la compatibilité constitutionnelle du traité de Lisbonne, au moyen d'un recours fondé sur l'article 85 de la Constitution, dut quant à elle déterminer notamment si la ratification de ce traité impliquait une révision constitutionnelle préalable sur la base d'un referendum[5], dans la mesure où il porterait atteinte à l'essence de la souveraineté étatique, en ce qu'elle serait réduite à néant par l'édification progressive d'un État européen de type fédéral.

La juridiction lettone afin de répondre à cet argument procédera également au rattachement de l'identité nationale à la matière constitutionnelle, relevant d'ailleurs que « les identités nationales des États membres, visées par les traités, ont d'importantes conséquences

[1] *Ibidem*.
[2] *Ibidem*.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibidem*.
[5] Il s'agir la d'une procédure spécifique de révision, destinée à renforcer la protection accordée à certaines dispositions constitutionnelles qualifiées d'essentielles. Il sera ultérieurement revenu sur ce mécanisme, voir *infra* (§187).

juridiques »[1]. S'appuyant notamment sur l'article du traité relatif au respect de l'identité nationale, elle conclura que l'Union n'a pas pour vocation à devenir un État en remplacement des entités étatiques existantes, puisque cette disposition « garantit notamment que, dorénavant, les États, les structures fondamentales de leur constitution, ainsi que leurs valeurs, principes et droits fondamentaux ne peuvent être perdus par le renforcement d'une organisation supranationale »[2].

En plus de la création d'un lien étroit entre l'identité nationale et la Constitution, le juge letton a ainsi balayé de manière générale les éléments issus de la matière constitutionnelle et pouvant relever de cette identité. Il ne fait nul doute que l'identité nationale reliée à la Constitution fait partie du contrôle de compatibilité exercé par le juge Letton en tant qu'identité constitutionnelle.

145. Enfin en République tchèque, la Cour constitutionnelle fut à deux reprises saisie par voie d'action pour contrôler *a priori* la compatibilité du traité de Lisbonne avec la Constitution[3]. L'essentielle de la présente réflexion ne portera néanmoins que sur la première décision, dans la mesure où la seconde sans véritablement y ajouter de nouvelles analyses au sujet de l'identité nationale, ne reprendra que les considérations évoquées dans la première.

La juridiction devait comme ses homologues déterminer si les transfert de compétences vers l'Union portaient atteinte, d'une part à la l'article 1 alinéa 1 de la Constitution c'est-à-dire à la qualité souveraine de l'État, à son organisation unitaire et démocratique, ainsi qu'aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis et d'autre part à l'article 10 alinéa 1 selon lequel, dans une lecture croisée avec le premier, seuls certains pouvoirs peuvent être transférés à une organisation internationale. Après un examen relativement similaires aux autres juridictions constitutionnelles, qui lui permit de constater la persistance de la souveraineté de l'État dans une Union fondée sur celle-ci, le juge s'attacha à l'analyse de cette limite que forme l'article 1 de la Constitution au transfert de compétence[4].

Le juge qualifia d'ailleurs les principes visés par cet article comme « l'âme de la Constitution », en renvoi aux caractères essentielles de l'État, dont l'article 9 alinéa 2 prévoit une interdiction de révision[5]. Précisant qu'il lui revient de vérifier que ce « noyau dur constitutionnel » n'est pas atteint par le transfert de compétence, la Cour conclut qu'elle se

[1] C.C.Let., 7 avril 2009, Lisbonne, n° 2008-35-01, point 16-2.
[2] *Ibidem*.
[3] C.C.T., 26 novembre 2008, Lisbonne I, n° Pl. ÚS 19/08 et C.C.T., 3 novembre 2009, Lisbonne II, n° Pl. ÚS 29/09.
[4] C.C.T., Lisbonne I, décision précitée, point 109.
[5] *Ibid.*, point 110.

réservait dans des situations au demeurant exceptionnelles la possibilité d'exercer un contrôle des actes de l'Union qui pourraient en particulier impliquer « l'abandon de l'identité, des valeurs et, […] le dépassement du champ d'application de compétences conférées »[1]. Le lien entre ce noyau dur et l'identité nationale ou constitutionnelle n'est donc pas explicitement formulé, mais résulte indirectement de cette dernière formule.

Dans la décision Lisbonne II, il fut demandé notamment à la Cour de préciser la teneur de ce noyau, ce que la Cour se refusa de faire au motif que cela reviendrait à empiéter sur le domaine politique. Elle conclura sur ce point que seule une approche au cas par cas permettrait d'en décider[2]. Il est manifeste, bien que le lien ne soit pas véritablement explicite, que le juge tchèque considère l'identité de son État comme au moins partiellement inscrite dans la Constitution et qu'il lui revient d'en assurer la protection notamment à l'égard du droit primaire de l'Union. L'identité nationale fait donc partie du champ matériel du contrôle tchèque de compatibilité des traités avec la Constitution en tant qu'identité de nature constitutionnelle.

146. Dans ce groupe d'État et d'une façon similaire à l'Allemagne, les juges constitutionnels ont identifié l'existence d'une identité généralement qualifiée de constitutionnelle et qui correspond au moins partiellement à la notion d'identité nationale telle qu'elle est abordée par les traités depuis la révision de Maastricht. Cette connexion entre l'identité nationale et la matière constitutionnelle, en plus de permettre une identification plus précise de ses composantes, permet de lui garantir une protection à tout le moins équivalente à celle dont bénéficie le droit constitutionnel.

147. Le contrôle de compatibilité est régulièrement rencontré dans les constitutions des États membres. Lors de l'exercice de ce contrôle, les juges nationaux ont clairement envisagé l'atteinte à l'identité, qui versée au sein du champ matériel de ce contrôle lui donne corrélativement une valeur constitutionnelle. L'objet même de ce contrôle est en considération de ses conséquences, la protection de la matière constitutionnelle. Il paraît ainsi tout à fait adapté à la protection des éléments identitaires qui pourraient y être inclus. C'est à l'aune des effets de la décision d'incompatibilité, qu'il sera possible de déterminer et mesurer l'effectivité de cette protection.

[1] *Ibid.*, point 120.
[2] C.C.T., Lisbonne II, décision précitée, point 111.

Paragraphe 2 : Les effets de la décision d'incompatibilité du traité

148. La décision d'incompatibilité, en raison de ses caractéristiques, se voit conférer une force contraignante à l'égard des institutions étatiques. Elle présente en ce sens des effets alternatifs d'ordre procédural sur la poursuite de l'engagement, soit la non-ratification ou la dénonciation de l'acte concerné selon que le contrôle soit *a priori* ou *a posteriori*, soit la ratification ou la continuité de l'application permise par une révision de la constitution (A). En outre, ce contrôle est l'une des pierres angulaires de la théorie de la pyramide normative. À ce titre, il présente également une incidence sur la perception et la protection de la constitution en son sein. Preuve de la suprématie constitutionnelle, il peut également devenir la source de son affaiblissement, en générant un parallélisme des révisions à la fois opérées sur les traités et les constitutions (B).

A. Des conséquences sur la procédure de ratification ou sur la continuité de l'accord

149. Si l'identité nationale fait partie du champ matériel du contrôle de compatibilité exercé entre le traité et la constitution, alors cette identité doit nécessairement être inscrite dans certaines dispositions constitutionnelles. Dans ce cas, elle doit bénéficier d'une protection analogue à ces normes. La constitutionnalisation de l'identité permet-elle de la protéger ? Il faudra d'abord envisager l'issue possible de ce contrôle en cas d'incompatibilité du traité, c'est-à-dire l'alternative entre la non-ratification ou la dénonciation du traité d'une part et la révision préalable ou postérieure de la constitution d'autre part (1), puis de déterminer en quoi le recours nécessaire à la procédure de révision constitutionnelle complexifie sans nul doute possible la ratification ou la continuité de l'application de l'accord international (2).

1. L'exigence d'une révision constitutionnelle

150. Dans la situation où la juridiction ne prononce pas d'incompatibilité, l'État apparaît libre de ratifier ou non le traité, de même qu'il reste en mesure de continuer à l'appliquer dans le cas d'un contrôle *a posteriori*. Dès lors que la décision d'incompatibilité est prononcée, elle s'impose aux organes de l'État, et les lie à ses conséquences qui la plupart du temps sont fixées par la constitution. Parmi ces conséquences, l'une sera particulièrement pertinente à analyser, la révision constitutionnelle. En effet, de façon logique, deux alternatives sont

envisageables et majoritairement retenues au sein des constitutions : l'impossibilité de ratifier ou de continuer à appliquer le traité d'une part ; la révision de la constitution d'autre part.

151. Cette formulation est particulièrement explicite dans la Constitution espagnole selon laquelle « [la] conclusion d'un traité international qui contient des dispositions contraires à la Constitution exige la révision préalable de la Constitution »[1], ou encore dans la Constitution française qui dispose qu'en cas d'incompatibilité d'un engagement international avec la Constitution, « l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution »[2]. Elle est tout aussi limpide dans la Constitution italienne au moyen de laquelle n'est praticable qu'un contrôle *a posteriori* du traité, elle prévoit la fin des effets juridiques du traité en vigueur, ainsi que la faculté pour les autorités concernées de prendre « des mesures dans les formes constitutionnelles »[3].

152. Elle se déduit de façon plus implicite dans d'autres constitutions. Par exemple, la Constitution tchèque, sans être aussi explicite, combine l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle avant la ratification et la force obligatoire de ses décisions, ce qui laisse présumer de la même issue en cas d'incompatibilité prononcée et de persistance de la volonté de ratifier l'accord. Dans une autre logique, la Loi fondamentale allemande procède dans son article 23, relatif à la participation de l'Allemagne à l'Union européenne, à un renvoi vers son article 79 portant sur la révision de la Constitution. Ce renvoi fonde l'applicabilité de la procédure de révision telle qu'elle est encadrée par la Constitution « *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* ». Cette formulation n'établit pas un lien direct avec le contrôle de compatibilité des traités exercé par la Cour constitutionnelle, pas plus qu'elle n'évoque explicitement les termes d'incompatibilité ou d'inconstitutionnalité du traité modifié. Néanmoins, elle fonde implicitement le principe d'une révision de la constitution préalable à toute modification de la loi fondamentale ou à toute insertion en son

[1] Constitution espagnole, précitée article 95 ; un aménagement est toutefois prévu au moyen de l'article 93 de la Constitution selon lequel : « La loi organique peut autoriser la conclusion de traités qui attribuent à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences provenant de la Constitution », alors même que cette attribution puisse avoir pour effet de modifier la Constitution. Cet aménagement trouve toutefois des limites posées par le Conseil d'État espagnol régulièrement consulté en matière de traités internationaux, ce qui sera ultérieurement envisagé, voir *infra* (§157).

[2] Constitution française, précitée, article 54.

[3] Constitution italienne, précitée, article 136 ; voir également la Constitution autrichienne qui prévoit également dans son article 140a§1 la fin de l'application de l'acte, mais elle ne va pas jusqu'à suggérer une éventuelle révision de la Constitution sans pour autant l'écarter.

sein de nouvelles dispositions, puisqu'elle exclut qu'une autre procédure que celle prévue par elle-même puisse être suivie. Cette disposition implique que seule une loi constitutionnelle soit en mesure de permettre la révision de la Constitution. Un traité ayant pour effet potentiel de la modifier, ne pourrait dès lors être appliqué et donc ratifié qu'après l'adoption d'une telle loi, ce traité ne pouvant être entendu en lui-même comme une révision tacite de la constitution.

153. Sans que la constitution n'en dispose réellement, une telle alternative peut également se retrouver dans la jurisprudence constitutionnelle. C'est par exemple le cas en Pologne où le Tribunal constitutionnel précisa lors du contrôle de compatibilité avec la Constitution de l'appartenance à l'Union, que si une incompatibilité était décelée, « seul le législateur constitutionnel polonais souverain serait en droit de prendre une décision sur le mode de sa résolution, y compris de considérer la finalité d'une révision de la Constitution même », puisque les dispositions constitutionnelles « ne perdraient pas leur force obligatoire ni ne seraient révisées par le seul fait qu'une non-conformité inamovible avec certaines dispositions communautaires était née »[1]. En somme, soit la ratification est abandonnée au terme de la résolution du conflit de compatibilité, soit il est procédé à une révision constitutionnelle selon les formes prescrites par la Constitution polonaise.

154. Enfin, d'autres constitutions prévoient des aménagements particuliers et spécifiques aux traités contenant des dispositions incompatibles, telles que la Constitution portugaise qui organise les deux types de contrôle. Elle dispose ainsi au sujet du contrôle *a priori* que le traité ne pourra être ratifié « *sans que l'organe qui l'a approuvé l'expurge de la norme jugée inconstitutionnelle ou, s'il y a lieu, le confirme à la majorité des deux-tiers des députés présents, dès lors que celle-ci est supérieure à la majorité absolue des députés effectivement en fonction* », seconde option qui complique sérieusement la ratification du traité, mais qui reste toujours légèrement moins complexe que la révision de la Constitution, notamment en terme d'initiative[2]. À propos du contrôle *a posteriori*, elle précise que « *l'inconstitutionnalité organique ou formelle des traités internationaux régulièrement ratifiés n'empêche pas l'application de leurs normes dans l'ordre juridique portugais,* […]*, sauf dans les cas où cette inconstitutionnalité résulte de la violation d'une disposition fondamentale* »[3]. Une exception à l'exigence de compatibilité, constitutionnellement formulée, permettrait donc au

[1] T.C.P., appartenance de la Pologne à l'Union européenne, décision précitée, point 1.
[2] Constitution portugaise, précitée, article 279§2.
[3] *Ibid.*, article 277§2.

traité d'échapper partiellement à l'effet impératif des décisions de la juridiction constitutionnelle, ce qui évite encore une fois de recourir à la révision de la Constitution. Il reste que certaines dispositions de la Constitution, les plus « fondamentales » ne sont pas concernées par cette exception[1].

155. Il s'agit désormais de s'interroger sur l'obstacle procédural que constitue, à l'encontre de l'évolution du droit primaire de l'Union, le recours nécessaire à la procédure de révision.

2. Une complexification de la ratification ou de la continuité d'application du traité

156. La nécessaire compatibilité des traités avec la constitution est une condition formelle de leur ratification qui implique que la norme fondamentale étatique soit une limite matérielle à l'évolution du droit de l'Union. En effet, l'ensemble des dispositions constitutionnelles et plus particulièrement encore des dispositions fondamentales entrent dans le contrôle de compatibilité notamment exercé par les juges constitutionnels et peuvent conduire à l'incompatibilité de l'accord de révision ou d'adhésion. Cette première limite matérielle que forme la constitution apparaît néanmoins comme surmontable, dans la mesure où ses dispositions peuvent être modifiées voire supprimées afin de faire disparaître l'incompatibilité initialement ou ultérieurement constatée. Or, la modification ou la suppression d'une disposition constitutionnelle doit impérativement passer par les formes constitutionnelles au moyen du recours à la procédure de révision, elle-même parfois matériellement encadrée. La procédure de ratification doit alors être conjuguée avec une procédure bien plus complexe de révision constitutionnelle. Parce que la constitution est la norme fondamentale de l'ordre juridique national, elle ne tire sa validité d'aucune autre norme qui lui serait supérieure. En général, elle prévoit d'une part la procédure qui peut conduire à sa propre modification et d'autre part apparaît plus difficile à modifier que tout autre acte normatif interne. L'adoption d'une loi constitutionnelle relève ainsi d'une procédure bien plus complexe que celle prévue pour la loi ordinaire ou organique, généralement suffisante pour procéder à la ratification parlementaire des traités.

[1] Voir *infra* (§158) pour la suite de l'analyse de cette exception.

157. En effet, une grande partie des États membres permettent la ratification de l'ensemble des traités par la loi ordinaire adoptée à la majorité simple des parlementaires présents[1]. Des cas particuliers persistent toutefois. D'abord l'Espagne opère une distinction au sujet des traités prévoyant un transfert de compétence provenant de la Constitution, parmi lesquels le traité européen et impose pour leur ratification l'adoption d'une loi organique à la majorité absolue des membres du parlement[2]. Elle permet un aménagement de l'exigence de compatibilité entre le traité et la Constitution, puisqu'elle autorise l'adoption, par une simple loi organique, d'un traité qui modifiant la Constitution, aurait du impliquer un recours à la révision constitutionnelle. Cet aménagement reste toutefois limité à certaines matières constitutionnelles, les plus fondamentales étant exclues[3]. Ensuite, le Luxembourg établit la même distinction que l'Espagne entre les traités supposant le transfert « d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire » et les autres, en subordonnant alors la ratification des premiers à l'adoption d'une loi selon les mêmes conditions que celles définies pour les lois constitutionnelles[4]. Elle apparaît donc systématiquement aussi difficile à mettre en œuvre que la révision constitutionnelle. Enfin la Slovaquie distingue des autres traités, ceux d'adhésion à des organisations telles que l'Union et le retrait de celles-ci qui ne peuvent également être ratifiés que par une loi constitutionnelle[5].

Aussi, là où initialement et dans la majorité des cas, seule l'adoption par le parlement national d'une loi à la majorité simple ou absolue était nécessaire pour rendre le traité applicable, une seconde procédure s'impose en remplacement ou en addition, dès lors qu'une incompatibilité avec la constitution serait constatée. Dans le premier cas et dans certaines limites, la loi de ratification est donc simplement plus complexe à adopter tel qu'en Espagne, voire aussi complexe que l'adoption d'une loi constitutionnelle comme au Luxembourg ou en Slovaquie. Dans le second, la nécessité de réviser la constitution en cas d'incompatibilité s'impose comme une garantie procédurale de la limite matérielle que représente la

[1] Voir par exemple la Loi fondamentale allemande, précitée, article 59 ; la Constitution française précitée, article 53 ; la Constitution polonaise, précitée, article 88 ; la Constitution portugaise, précitée, article 161 i) et 166§3 ; la Constitution slovaque, précitée, article 7.
[2] Constitution espagnole, précitée, article 93 et 81.
[3] Cet aménagement trouve ses limites dans les interprétations du Conseil d'État espagnol, voir en ce sens C.E.Esp., 20 juin 1991, avis sur le traité de Maastricht en cours de négociation, n° 850/1991 : « Par la voie de l'article 93 ne saurait être modifiés, ni les valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel, ni la forme et la structure de l'État, ni ses bases institutionnelles, ni les droits et libertés reconnus dans le second chapitre, première section du Titre I de la Constitution » ; voir également C.E.Esp., 9 avril 1992, Maastricht, n° 421/1992 faisant référence au premier avis.
[4] Constitution luxembourgeoise, précitée, article 37 al.2, 49 bis et 114.
[5] Constitution slovaque, précitée, article 7.

constitution à l'égard de la ratification de l'évolution des traités ou du traité d'adhésion. Par conséquent, cette garantie pourrait être conçue comme une seconde limite, cette fois-ci purement procédurale, portée à la ratification et/ou à la continuité de l'application de l'accord européen de révision ou d'adhésion.

158. La limite formée par cet encadrement procédural est de taille, bien qu'elle fut dépassée à plusieurs reprises lors des modifications successives des traités européens. Il suffit pour s'en convaincre de faire un bref tour d'horizon des procédures de révision prévues au sein des Constitutions nationales. La majeure partie d'entre elles prévoient au-delà des conditions portées à son initiative qui apparaît parfois très encadrée comme au Portugal[1], une adoption des lois constitutionnelles de révision à la majorité des deux tiers ou des trois cinquièmes des deux chambres réunies ou non en congrès[2], méthode parfois substituée par un recours au référendum. Certaines prévoient en outre une double lecture et adoption de la loi constitutionnelle soit par les chambres d'abord séparées puis éventuellement réunies en congrès[3], soit par l'une des chambres ou les deux puis par la population en cumulant l'adoption parlementaire et référendaire[4]. À cela viennent s'ajouter d'autres conditions particulières, telles que la présence minimum d'un certain nombre de parlementaires lors des phases de vote[5], le suivi d'un délai minimum entre l'initiative et l'adoption de la loi constitutionnelle[6], ou encore de façon plus radicale le renouvellement des assemblées postérieur à l'initiative de la révision, mais antérieur à l'adoption de la loi constitutionnelle qui la prévoit[7].

La particularité portugaise, précédemment observée, selon laquelle les effets de la

[1] Constitution portugaise, précitée, article 284 : cet article distingue l'initiative selon qu'il s'agisse d'une révision ordinaire initiée de façon périodique tous les cinq ans ou d'une révision extraordinaire initiée à la majorité des quatre cinquièmes des députés, majorité particulièrement difficile à réunir ; dans les deux cas toutefois la loi de révision devra être adoptée aux deux tiers des députés en fonction.

[2] Voir par exemple : Loi fondamentale allemande, précitée, article 79§2 ; Constitution belge , 1994, article 195 al.5 ; Constitution espagnole, précitée, article 167§1 ; Constitution française, précitée, article 89 al.3 ; Constitution hongroise, 2011, article S ; Constitution luxembourgeoise, précitée, article 114 ; Constitution polonaise, précitée, article 235 ; Constitution portugaise, précitée, article 286 ; Constitution polonaise, précitée, article 235 ; Constitution roumaine, précitée, article 147§2 ; Constitution slovaque, précitée, article 84.

[3] Voir par exemple : Constitution estonienne, précitée, article 163 ; Constitution française, précitée, article 89 al.3 ; Constitution luxembourgeoise, précitée, article 114 al.1.

[4] Voir par exemple : Constitution espagnole, précitée, article 167§2 ; Constitution française, précitée, article 89§2 ; Constitution irlandaise, 1937, article 46§2 et §5 ; Constitution luxembourgeoise, précitée, article 114 al, Constitution roumaine, précitée, article 147§3.

[5] Voir par exemple : Constitution polonaise, précitée, article 235 ; Constitution belge, précitée, article 195 al.5.

[6] Voir par exemple : Constitution luxembourgeoise, précitée, article 114 al.1 ; Constitution polonaise, précitée, article 235§3 ; Constitution suédoise, 1974, article 15 al.1.

[7] Voir par exemple : Constitution belge, précitée, article 195 al.2 ; Constitution danoise, 1953, article 88 ; Constitution finlandaise, 2000, article 73 ; Constitution néerlandaise, précité, article 137 ; Constitution suédoise, précitée, article 15 al.1.

décision d'incompatibilité d'un traité avec la Constitution prononcée par la juridiction constitutionnelle lors du contrôle *a priori*, peuvent être dépassés par le vote des deux tiers des députés, n'apparaît finalement pas comme une suppression complète de la limite procédurale que forme la processus de révision, puisque ces deux tiers exigés correspondent à ceux qui l'auraient été en matière de révision. Cette originalité semble à ce titre être surtout conçue pour pallier aux conditions extrêmes posées à l'initiative d'une révision extraordinaire de la Constitution, tout en offrant la légitimité suffisante au traité pour lui permettre malgré sa non-compatibilité à la Constitution d'être valablement appliqué, celui-ci étant ratifié par une loi adoptée dans les mêmes conditions qu'une loi constitutionnelle.

159. La décision d'incompatibilité a donc sans nul doute pour effet de rendre largement plus complexe la procédure de ratification d'un accord ou la continuité de son application, en imposant de façon systématique soit la révision constitutionnelle, soit une procédure spéciale de ratification tout aussi complexe à mettre en œuvre. Néanmoins, les effets que produit cette décision ne s'arrêtent pas à la complexification de la procédure d'engagement, elle a également un impact non négligeable sur l'effectivité de la protection conférée aux dispositions de la constitution, parmi lesquelles celles de nature identitaire, en tant que normes au sommet de la pyramide normative.

B. Une incidence sur la perception et la protection de la constitution au sein de la pyramide normative

160. L'existence des contrôles de compatibilité des traités à la constitution et plus encore les effets procéduraux des décisions qui en découlent, lorsque l'incompatibilité est retenue, semble permettre d'évoquer l'existence d'une hiérarchie entre ces traités et le droit constitutionnel, laquelle impliquant la suprématie de la constitution au sein de la pyramide normative étatique. Le principal révélateur de cette suprématie serait ainsi l'exigence d'une révision constitutionnelle préalable à la ratification ou postérieure à celle-ci selon la nature du contrôle exercé et qui apparaîtrait comme une validation constitutionnelle du traité (1). Or, le recours à la révision constitutionnelle pour pallier l'incompatibilité du traité peut lui-même devenir, dans une utilisation trop automatisée ou encore trop récurrente, la source d'un affaiblissement de cette suprématie constitutionnelle pourtant initialement consacrée (2).

1. La preuve d'une suprématie par l'acception constitutionnelle du traité

161. Comme le note Vlad Constantinesco, « le contrôle de constitutionnalité réalise un ajustement normatif complexe, qui, quelles que soient finalement les modalités de son issue, garantit l'expression et la prééminence de la volonté du constituant, qu'il soit originaire ou dérivé, face aux évolutions du droit communautaire qui se présentent sous la forme d'amendements aux traités. L'évolution du droit communautaire passe donc bien par les Constitutions nationales, telles qu'interprétées par les juges constitutionnels »[1]. Un tel contrôle et le recours au pouvoir constituant qui en résulte, apparaissent comme un verrouillage constitutionnel potentiel du droit primaire de l'Union et de son évolution, notamment lorsqu'il irait à l'encontre de certaines dispositions constitutionnelles relatives à l'identité constitutionnelle.

La compatibilité du traité avec la constitution conditionne matériellement puis procéduralement sa ratification ou la continuité de son application, selon que le contrôle soit exercé a priori ou a posteriori. Or, si l'on se réfère cette fois aux travaux de Michel Troper, il est possible de « parler de hiérarchie ou de suprématie d'une norme x sur une norme y dans les cas suivants : a) Si x a prescrit les conditions de production de y […] c) Si x a interdit de donner à y un certain contenu […] d) Si x peut abroger y, tandis que y ne peut abroger x »[2]. Si x est remplacé par la constitution et y par le droit primaire européen, alors il va de soi que ces trois conditions sont remplies. D'une part la constitution prescrit les conditions d'adoption et de ratification du traité par les institutions étatiques. D'autre part la constitution interdit de donner un certain contenu au traité, en l'espèce toute disposition considérée comme incompatible avec elle-même. Enfin, le constat d'une incompatibilité du traité si une révision constitutionnelle n'est pas décidée, ou si le recours à la procédure de révision est un échec, implique nécessairement l'abandon de sa ratification ou sa dénonciation. En quelque sorte la constitution peut conduire à l'abrogation de l'acte de ratification du traité ou au moins à la non-ratification de ce dernier, alors que l'inverse n'est pas vrai. En effet, sans même parler

[1] CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 313-314 ; voir également dans un sens similaire WOJTOWICZ K., « Rôle des juridictions constitutionnelles dans la création de l'espace juridique européen intégré », *op.cit.*, p. 202, selon lequel le contrôle de compatibilité constitutionnelle des traités, en permettant au juge constitutionnel « une influence essentielle sur le contenu des compétences transférées à l'Union » deviendrait « le filtre par le biais duquel la matière constitutionnelle pénètre dans l'espace *supra*national (et, évidemment, en conséquence, par lequel le droit de l'Union pénètre l'ordre national) ».

[2] TROPER M., « La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2001, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-9/en-guise-d-introduction-la-theorie-constitutionnelle-et-le-droit-constitutionnel-positif.52472.html, p.6-7.

d'abrogation, c'est la constitution qui prévoit alors son éventuelle révision et non le traité, qui se limite à l'évocation d'une ratification conformément aux règles constitutionnelles des États membres[1].

162. L'ensemble de ce processus de contrôle de compatibilité, au regard notamment de ses effets procéduraux, laisse ainsi présager la suprématie constitutionnelle, tout autant que la valeur explicative de la théorie de la pyramide normative pour rendre compte de ces rapports normatifs. D'ailleurs, « la seule existence de ce contrôle atteste de la suprématie de la constitution »[2]. En somme, la souveraineté de l'État cette fois exercée par le biais du pouvoir constituant apparaît un moyen utile de préservation de l'identité constitutionnelle, lorsque explicitement inscrite dans la constitution ou implicitement décelée par le juge constitutionnelle, elle est versée au champ matériel du contrôle de compatibilité du traité avec la constitution.

Reste toutefois en suspens la question de la persistance de cette suprématie constitutionnelle sur le droit primaire, dès lors que le verrou offert par la révision constitutionnelle devient trop faible[3]. En effet, si l'exigence de compatibilité du traité avant sa ratification présuppose cette suprématie, la révision de celle-ci en vue de le ratifier ou de continuer à l'appliquer implique de s'interroger sur l'éventuelle primauté consacrée du traité sur la constitution « puisque la volonté de ratifier le traité a entraîné la nécessité d'une révision préalable de la constitution, pour faire place aux dispositions contraires du traité, qui ainsi demeureront intactes »[4]. Bien qu'une justification puisse être trouvée dans la complexité de parvenir à un nouvel accord avec les autres États signataires, cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que « dans un mouvement consécutif d'entraînement des Constitutions nationales, les révisions communautaires [provoquent] − pour ne pas dire [lient] partiellement − le pouvoir de révision constitutionnelle »[5]. Ainsi, plus la révision constitutionnelle serait conçue comme automatique ou « unifiée »[6] avec celle de ratification d'un traité européen jugé

[1] Voir en ce sens, article 48 TUE, §4 et 6 *in fine*, précité.
[2] CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 313.
[3] La même question devra ultérieurement se poser dans le processus d'intégration et notamment au sujet de la primauté du droit dérivé sur la Constitution, voir *infra* (§261 et s.).
[4] CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 313.
[5] GAUDIN H., « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op.cit.*, p. 545 ; voir également du même auteur GAUDIN H., « La procédure de révision des traités », *op.cit.*, p. 251 et s..
[6] *Ibidem*.

incompatible, plus le verrou constitutionnel évoqué deviendrait faible et finalement plus la suprématie constitutionnelle sur le traité serait contestable.

2. Une atteinte potentielle à la suprématie constitutionnelle par le parallélisme des révisions

163. Le processus de contrôle, exercé par les Cours constitutionnelles nationales, apparaît comme symptomatique de l'exigence de compatibilité des traités à la constitution. Une telle exigence prenant source dans le caractère fondamental de la constitution au sein de l'ordre juridique national, a conduit à l'existence d'un parallélisme certes non systématique mais régulier, entre d'une part la révision des traités de l'Union et d'autre part la révision des Constitutions des États membres.

164. L'acte unique européen et le traité de Nice ne sont pas véritablement concernés par ce parallélisme, puisque pour leur ratification chacun d'eux n'a imposé la révision que d'une seule constitution, celle de l'Irlande[1]. Ce parallélisme se retrouve avec beaucoup plus de force lors de la ratification du traité de Maastricht qui a conduit par son importance à rien de moins que cinq révisions constitutionnelles en Allemagne, en Espagne, en France, en Irlande et au Portugal[2]. Il se retrouve encore au sujet du traité d'Amsterdam qui aura pour sa part justifié la révision de trois Constitutions en Autriche, en France et en Irlande, alors même qu'il n'impliquait que des modifications mineures du traité[3]. Il en va enfin de même à propos du traité de Lisbonne qui a également conduit à trois révisions constitutionnelles, celles des Constitutions allemande, française et à nouveau irlandaise.

165. Ensuite, les nouveaux adhérents ne sont pas épargnés par ce parallélisme, puisqu'ils ont également été successivement amenés lors de leur adhésion à évaluer « l'adéquation de leur système constitutionnel aux exigences et aux conséquences de l'appartenance aux Communautés européennes, puis à l'Union et aux Communautés européennes »[4] et enfin

[1] Voir respectivement : Loi constitutionnelle irlandaise, 22 juin 1987 ; Loi constitutionnelle irlandaise, 7 novembre 2002.
[2] Loi constitutionnelle allemande, 18 décembre 1992 ; Loi constitutionnelle espagnole 31 juillet 1992 ; Loi constitutionnelle française, 25 juillet 1992, n° 92-554 ; Loi constitutionnelle irlandaise, 16 juillet 1992 ; Loi constitutionnelle portugaise, 17 novembre 1992.
[3] Loi constitutionnelle allemande 8 octobre 2008 ; Loi constitutionnelle française, 4 février 2008, n° 2008-103 ; Loi constitutionnelle irlandaise, 15 octobre 2009.
[4] RIDEAU J., « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, p. 262.

désormais à l'Union seule. Cet examen a conduit l'ensemble des nouveaux adhérents à procéder, soit à une révision de la constitution préalable à la ratification de l'acte d'adhésion comme en Autriche, au Danemark, en Finlande, en Irlande, au Portugal, ou encore en Suède[1], soit à une adaptation concomitante à l'élaboration d'une nouvelle constitution telle qu'en Espagne ou en Grèce. D'ailleurs, à ce sujet, Joël Rideau note que « les révisions des Constitutions des douze États devenus membres à partir du 1er mai 2004 ou du 1er Janvier 2007 ont été fréquentes »[2]. Une telle révision constitutionnelle fut enfin observée lors de l'adhésion de la Croatie qui deviendra officiellement le 28ème État membre à partir de juillet 2013 et qui a d'ores et déjà inséré dans ce but de nouvelles disposions constitutionnelles relatives à sa participation au projet européen[3].

166. Finalement, bien que tous les États n'aient pas systématiquement procédé à de telles réformes constitutionnelles, il existe assurément une concordance entre l'adhésion aux traités de l'Union ou leurs modifications et la révision constitutionnelle. Celle-ci est relevée par Hélène Gaudin l'envisageant comme un phénomène de symétrie « commandée » par un principe d'homogénéité « qui pourrait d'ailleurs postuler la systématicité du contrôle du juge constitutionnel »[4], du moins lorsqu'il existe. Elle en déduit surtout « l'émergence d'une procédure constituante commune » à l'Union et ses États membres[5]. Vlad Constantinesco constate de même que « les Constitutions nationales, aussi bien que les traités sur lesquels l'Union et les Communautés européennes sont fondées, [ont] enregistré de manière croisée et interactive, des influences réciproques »[6]. Cette idée se rapproche fortement de l'exigence d'une homogénéité ou du moins d'un processus conduisant à celle-ci.

La révision des constitutions fait partie de ces interactions, qui cumulées à celles que subit réciproquement le droit de l'Union, conduisent non seulement l'auteur à aborder la question de « la constitutionnalisation des traités européens », mais aussi et surtout celle de « l'européanisation des constitutions nationales »[7]. Cette dernière, aussi salutaire soit-elle dans

[1] Voir par exemple : Loi constitutionnelle autrichienne, juin 1994 ; Loi constitutionnelle finlandaise, 1993 et 1995 ; Loi constitutionnelle irlandaise, 8 juin 1972 ; Loi constitutionnelle portugaise, 1982 et 1989.
[2] RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDI, 2010, p. 1117.
[3] Constitution croate, précitée, article 143-146.
[4] GAUDIN H., « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op.cit.*, p. 549 ; voir également du même auteur GAUDIN H., « La procédure de révision des traités », *op.cit.*, p. 251 et s.
[5] *Ibid. p.* 550-557.
[6] CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 314.
[7] *Ibidem* ; voir également sur l'européanisation en général et pas seulement constitutionnelle du droit des États membres, OBERDORFF H., « L'européanisation du droit des États membres de l'Union européenne, réflexions sur une énigme », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union*

la poursuite d'un objectif d'homogénéité, permet également de déceler une dénaturation potentielle et progressive de ces constitutions[1]. Cette dénaturation s'apprécie tant par la fréquence de révisions engagées pour l'adaptation ponctuelle au droit de l'Union de dispositions matérielles[2] et formelles[3] des constitutions, que par l'insertion en leur sein de dispositions à vocation générale dédiées à l'Union et au transfert de compétence qui l'accompagne [4].

« Signe d'alerte qu'une autre logique commande à la Constitution nationale»[5], un parallélisme systématique des révisions lierait au pouvoir de ratification le pouvoir de révision

---

européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, Paris, Pedone, 2010, pp. 711-722 ; la question de la constitutionnalisation du droit de l'Union qui pourrait en découler trouvera du reste son analyse dans une phase ultérieure de la présente thèse, voir *infra* (§759).

[1] Voir pour une analyse générale des révisions opérées par les États membres en rapport avec l'appartenance à l'Union européenne : RIDEAU J., « Les implications constitutionnelles de l'appartenance à l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, pp. 83-103 ; voir du même auteur, « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », *op.cit.* ; de même que *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDI, 2010, pp. 1111-1423 ; voir également CHALTIEL F., « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des États membres », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 67-77 ; Voir du même auteur exclusivement sur le cas français, CHALTIEL F., « Constitution française, Constitution européenne, vers l'osmose des ordres juridiques, à propos de la révision constitutionnelle du 28 février 2005 », *RMCUE*, 2005, pp. 280-287.

[2] Il est inutile de présenter l'intégralité de ces révisions dans l'ensemble des États membres. Certaines adaptations de dispositions matérielles furent opérées à l'égard de la citoyenneté européenne, voir par exemple : Loi fondamentale allemande, précitée, article 28§1 ; Constitution autrichienne, précitée, article 23a§3 ; Constitution belge, précitée, article 8 ; Constitution française, précitée, article 88-3 ; Constitution lettone, 1922, article 101 ; Constitution portugaise précitée, article 15. D'autres furent également menées en rapport avec le mandat d'arrêt européen, voir pour exemple : Constitution française, précitée, article 88-2 ; Loi fondamentale allemande, précitée, article 16§2 ; Constitution portugaise, précitée, article 33§5. Voir enfin, au sujet de l'adaptation au mécanisme économique de stabilité, la Constitution espagnole, précitée, article 135§2 et §3.

[3] D'autres révisions constitutionnelles touchant cette fois des dispositions de type formel furent également adoptées, notamment dans l'objet d'organiser la participation de certains acteurs nationaux au fonctionnement de l'Union. Dans ce cadre il fut question d'adapter les compétences des différents parlements nationaux au contrôle de subsidiarité et à celui de la révision simplifiée désormais fixé par le traité de Lisbonne, voir en ce sens : Loi fondamentale allemande, précitée, article 23 §1a, §2, §3 et §4 ; Constitution française, précitée, article 88-6 et 88-7. Il fut également question d'adapter les pouvoirs de participation des entités fédérées au sein des États fédéraux, voir en ce sens : Loi fondamentale allemande, précitée, article 23§5 et §6 ; Constitution autrichienne, précitée, article 23d.

[4] Voir à titre d'exemple : Loi fondamentale allemande précitée, article 23 ; Constitution française, précitée, article 88-1 ; Constitution portugaise, précitée, article 7§6 et 8§4 ; Constitution roumaine, précitée, article 148§1 ; Constitution suédoise, précitée, chapitre X article 5. Ces dispositions, parfois qualifiées de « clause Europe », constituent des stratégies d'adaptation du système étatique au fonctionnement de l'Union et ne peuvent, pas plus que les interprétations qu'en donnent les cours constitutionnelles, être utilement analysées dans un autre cadre que celui du processus d'intégration. Ainsi, leur utilisation par les juges bénéficiera d'analyses plus détaillées dans le cadre de celles relatives à la réception constitutionnelle du principe de primauté par les juridictions constitutionnelles des États membres, voir *infra* (Partie 1 titre 2 chapitre 1 section 2) ; voir également sur « la diversité des clauses Europe » et leur typologie, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 84 et s ; voir enfin CHALTIEL F., « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des États membres », *op.cit.*, pp. 70-73.

[5] GAUDIN H., « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op.cit.*, p. 554 ; voir également du même auteur GAUDIN H., « La procédure de révision des traités », *op.cit.*, p. 251 et s..

constitutionnel, « à tel point que le premier glisserait vers un pouvoir constituant »[1]. En l'état, cette concordance non systématique est le symptôme d'une atteinte, certes modérée, mais significative au verrou constitutionnel et par conséquent à la réalité matérielle tangible, au sein de la pyramide normative, d'une suprématie constitutionnelle sur le droit primaire.

167. Quoi qu'il en soit, dans les cas observés, la procédure de révision lorsqu'elle devient nécessaire est assurément une procédure bien plus complexe que la procédure de ratification. Elle forme ainsi un obstacle procédural conséquent à l'évolution du droit de l'Union, fondé en lui-même sur une logique interne de suprématie constitutionnelle dans la hiérarchie normative. Cet encadrement procédural apparaît d'autant plus fort que dans la moitié des Constitutions nationales, des limites matérielles semblent être portées à la procédure de révision elle-même et par conséquent à la faculté de l'État de ratifier un traité incompatible avec ces dernières.

168. Les juridictions étatiques, lors des contrôles de compatibilité constitutionnelle des différents traités européens, ont à plusieurs reprises évoqué l'identité nationale et par conséquent l'ont intégré dans le champ matériel de ce contrôle, ce qui en définitive consacre cette identité comme relevant au moins partiellement de la matière constitutionnelle. En somme, il s'agirait ici avant tout d'une identité constitutionnelle, qui ne recouvrirait pas nécessairement l'ensemble des matières susceptibles d'être intégrées dans l'identité nationale, mais qui en reflète au moins une partie substantielle, pour ne pas dire essentielle. Or, l'existence fréquente de ces contrôles et les effets procéduraux qu'ils sont susceptibles de produire ont permis de démontrer que la méthode de protection identitaire était ici essentiellement fondée sur une certaine conception de la hiérarchie des normes, laissant place à la suprématie constitutionnelle dont bénéficie au moins partiellement l'identité nationale. Il sera d'ailleurs ultérieurement observé que cette suprématie constitutionnelle fut réaffirmée par les juridictions constitutionnelles dans le fonctionnement de l'Union, et plus particulièrement à l'égard de le primauté du droit dérivé dans le processus d'intégration[2]. Elle fut toutefois largement pondérée par la Cour de justice, du moins dans un premier temps[3]. L'identité constitutionnelle, dans les phases conventionnelles de l'Union est donc également protégée par la souveraineté dans son expression constituante, lui conférant une place sans pareille dans la hiérarchie normative, puisqu'au sommet de celle-ci.

[1] *Ibidem*.
[2] Voir *infra* (§295 et s.).
[3] Voir *infra* (§261 et s.).

À ce sujet, il convient désormais d'observer que le mécanisme de protection constitutionnelle de l'identité ne s'arrête pas là. En effet, dans plusieurs États le pouvoir de révision constitutionnelle semble lui-même bridé en quelques circonstances par la constitution, soit parce que lui est imposé le suivi d'une procédure plus complexe pour la révision de certaines dispositions spécifiquement identifiées, soit encore en l'interdisant d'y procéder. Or, ces limites portées à la révision semblent elles-mêmes directement et spécifiquement destinées à la protection de l'identité constitutionnelle et peuvent en cas d'incompatibilité avoir comme effet de verrouiller, parfois même définitivement, l'adhésion à l'Union ou l'évolution des traités. En plus de permettre une localisation plus précise de l'identité constitutionnelle au sein de la matière constitutionnelle, cela aura d'ailleurs pour conséquence de relancer le débat sur la protection de l'identité constitutionnelle par la hiérarchie des normes, en évoquant cette fois l'idée d'une éventuelle supraconstitutionnalité de dispositions pourtant inscrites dans la constitution et qui seraient relatives à cette identité. En certains États, l'identité constitutionnelle apparaîtrait alors même au-dessus des autres dispositions « plus ordinaires » de la constitution, car bénéficiant d'une protection qui sera qualifiée de renforcée.

Section 2 : Le verrouillage identitaire de la capacité d'engagement étatique

169. L'existence des contrôles de constitutionnalité met en exergue la nécessité d'une compatibilité entre les traités et les Constitutions nationales. L'exigence d'une révision constitutionnelle en cas d'incompatibilité constatée, conduit ainsi à envisager la constitution comme un obstacle d'une double nature, matérielle et procédurale, porté aux rapports contractuels entre l'État membre et l'Union. Cet obstacle est fondé sur la hiérarchie des normes et plus encore sur la suprématie constitutionnelle. Dès lors que persiste la volonté de ratifier, il apparaît seulement contournable par le recours à la révision constitutionnelle, procédure toutefois fortement encadrée par la constitution. Or, la protection que garantit cette dernière à la constitution serait d'autant plus solide, si l'incompatibilité de l'acte d'adhésion ou de révision prononcée par les juridictions constitutionnelles nationales, était relative à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles conçues comme éternelles ou bénéficiant à tout le moins d'une protection renforcée. De telles dispositions intensifieraient inévitablement la complexité de la procédure de révision constitutionnelle à leur encontre, voire la verrouilleraient littéralement. Elles s'imposeraient au pouvoir de révision constitutionnelle, le

bridant ainsi éventuellement dans sa faculté de modifier la constitution. Dès lors qu'une adaptation constitutionnelle n'est plus que difficilement envisageable, elles pourraient corrélativement empêcher *de jure* l'adhésion à l'Union ou encore en imposer le retrait, tout autant qu'elles seraient à même d'assujettir la ratification des évolutions potentielles du droit primaire au respect d'une identité constitutionnelle identifiée dans le noyau dur constitutionnel. En effet, de telles clauses constitutionnelles bénéficieraient d'une protection renforcée parce qu'elles sont relatives au cœur de la constitution. Or il semble, selon certains juges nationaux, que leur existence soit vouée à la protection, face au pouvoir de révision, des fondements de l'État, de ses caractéristiques essentielles, c'est-à-dire de son identité. Par conséquent, l'identité de l'État serait d'abord et avant tout conçue comme une identité constitutionnelle, la constitution étant à la base de l'existence de celui-ci et disposant de ses fondements essentiels. En limitant sa capacité à rendre compatible un traité avec la constitution par la révision de la seconde, les limites fréquemment rencontrées de la révision constitutionnelle serait-elles alors le berceau, le terreau constitutionnel de l'identité tout autant qu'un moyen de sa préservation à l'égard du droit primaire de l'Union ou de son évolution ?

Plusieurs Constitutions d'États membres ne fixent tout simplement pas de limites à la révision constitutionnelle et seront par conséquent exclues des analyses suivantes[1]. Du reste une enceinte, formée autour du noyau dur constitutionnel, semble toutefois érigée dans un nombre non négligeable d'autres constitutions. En effet, certaines dispositions constitutionnelles le plus souvent matérielles, mais aussi parfois formelles y bénéficieraient d'une protection renforcée. Il apparaît nécessaire d'en éprouver la résistance et l'efficacité, en déterminant si ces ultimes remparts constitutionnels peuvent avoir pour effet de verrouiller les rapports contractuels des États concernés avec l'Union. Leurs fondations juridiques apparaissent de deux natures différentes selon la constitution envisagée. Dans le premier cas, les limites de la révision ne sont pas prévues comme absolues et indépassables, mais auraient pour seul effet d'en durcir la procédure, lorsque cette dernière afférerait à la modification de certains principes et articles expressément visés (§1). Dans le second cas, elles semblent conçues comme une interdiction formelle de procéder à leur révision, ceux-ci devenant pour ainsi dire intangibles (§2).

[1] Constitution belge, précitée ; Constitution croate, précitée ; Constitution danoise, précitée ; Constitution finlandaise, précitée ; Constitution hongroise, précitée ; Constitution irlandaise, précitée ; Constitution luxembourgeoise, précitée ; Constitution néerlandaise, précitée ; Constitution slovaque, précitée ; Constitution slovène, précitée ; Constitution suédoise, précitée ;

Paragraphe 1 : Des limites matérielles imposant le renforcement de la procédure de révision constitutionnelle

170. Cette première catégorie de limites se retrouve au sein des Constitutions de sept États membres qui ont renforcé les conditions d'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle pour certaines de leurs dispositions. Deux solutions alternatives garantissent ce renforcement : remettre la compétence de leur révision au seul pouvoir constituant originaire explicitement désigné comme tel (A) ; en confier partiellement ou totalement le soin au peuple qui désigné comme souverain apparaît également, mais implicitement, l'être comme constituant originaire (B).

A. Le recours explicite au pouvoir constituant originaire

171. Les premières Constitutions analysées présentent la particularité de définir précisément, en plus de la procédure ordinaire de révision, une procédure spécifique pour la révision totale de la constitution. Elles désignent à ce titre explicitement la formation du pouvoir constituant originaire tout autant qu'elle organise sa méthode d'action. Dans ce cadre, la révision de certaines dispositions constitutionnelles, considérées comme essentielles par rapport aux autres ou interprétées comme fixant des principes directeurs, n'apparaît possible qu'en ayant recours à ce même pouvoir constituant originaire, soit que ce choix fut formulé directement par le constituant originaire, soit qu'il résulte des prescriptions de la Cour constitutionnelle. L'organisation de l'intervention du pouvoir constituant originaire peut ainsi prendre deux formes, celle d'une substitution de la procédure ordinaire par une simple procédure référendaire (1), ou encore celle de sa commutation par une autre procédure bien plus complexe (2).

1. La substitution de la procédure ordinaire par une procédure référendaire en Autriche

172. Ce choix se retrouve dans la Constitution autrichienne. La situation y est particulière dans la mesure où la Constitution ne prévoit explicitement aucune limite portée au pouvoir de révision, elle se borne à imposer le recours au référendum en cas de « modification totale de

la Constitution fédérale »[1]. C'est la Cour constitutionnelle qui aura défini l'existence de telles limites[2]. D'ailleurs, elle le fit en dehors de toute disposition constitutionnelle expresse lui conférant la compétence de contrôler les lois constitutionnelles.

En effet, sur saisine du Gouvernement d'un Land, elle a retenu sa propre compétence au sujet de ce contrôle, excluant le contrôle de fond, elle retiendra néanmoins sa capacité à exercer un contrôle formel de son adoption. Cela revient à contrôler le respect de la procédure de révision de la Constitution fixé par son article 44. C'est sur cette base que la Cour constitutionnelle a défini l'existence d'une limite au pouvoir de révision, en considérant que la « modification totale de la Constitution » doit nécessairement passer par la voie référendaire.

173. Il revient donc à la Cour constitutionnelle de déterminer si une loi constitutionnelle aurait pour effet de modifier totalement la Constitution et le cas échéant de vérifier que la procédure suivie pour l'adopter était bien conforme aux prescriptions de l'article 44. Selon la Cour, une révision totale serait opérée si « l'un des principes directeurs de la Constitution fédérale en est affectée »[3]. Elle ne retient donc pas une vision stricte de la notion de « modification totale de la Constitution », formulée comme l'avènement pur et simple d'une nouvelle constitution, mais s'attache plutôt à une vision extensive de cette formule qui à trait à la matière constitutionnelle et à ses principes fondamentaux, « directeurs ». Si la Cour se garde bien initialement d'exercer un contrôle matériel des lois constitutionnelles, une telle conception de la notion de « modification totale » la conduit pourtant inévitablement à l'exercer, afin de déterminer si la loi constitutionnelle qui lui est soumise touche matériellement à des principes directeurs de la Constitution et en définitive si la procédure référendaire s'imposait.

Au fil de sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle autrichienne a progressivement défini quels étaient ces principes directeurs. En font ainsi partie « le principe démocratique, le principe de l'État de droit, et le principe fédéral »[4], de même que la séparation des pouvoirs, le principe républicain ou encore le respect des droits fondamentaux[5]. Kémal Gözler, Otto Pfersmann ou encore Sylvie Peyrou-Pistouley relèvent d'ailleurs à ce sujet « une véritable inflation de prétendus principes directeurs » qui couvriraient désormais également « le

[1] Constitution autrichienne, 1920, article 44.
[2] C.C.A., 12 décembre 1952, Nationalité de Land, n°2455 VfSlg.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibidem*.
[5] Voir par exemple le site Europa sur le droit des États membres et plus spécifiquement sur le cas autrichien : https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-at-fr.do?member=1.

principe national, la laïcité de l'État, l'indépendance des juges, l'auto administration communale, *etc.* »[1].

174. Une modification substantielle de ces principes reviendrait donc à un changement de Constitution. Elle imposerait conformément à la Constitution autrichienne, telle qu'interprétée par le juge constitutionnel, de recourir à la procédure d'adoption référendaire pour la loi constitutionnelle qui y porterait atteinte. Ces principes directeurs apparaissent comme une limite matérielle au pouvoir de révision constitutionnelle, puisqu'ils ne peuvent être modifiés que par le constituant originaire désigné par la Constitution comme étant le peuple. Il s'agit bien d'un renforcement des conditions portées à la mise en œuvre de la procédure de révision constitutionnelle, qui de façon indirecte peuvent être opposées à l'évolution même du droit primaire de l'Union, dans la mesure où ce dernier atteindrait ces principes constitutionnels et impliquerait leur révision pour pouvoir être ratifié.

2. La substitution de la procédure ordinaire par une procédure plus complexe

175. Les Constitutions bulgare et espagnole, disposant également de l'existence d'un pouvoir constituant originaire, ne se limitent pourtant pas à la transformation de la procédure de révision de certaines dispositions en une procédure référendaire, qui situerait comme en Autriche le peuple comme seul dépositaire de ce pouvoir. Elles fixent au contraire une nouvelle procédure singulièrement différente de la première, soit dans l'exemple bulgare en désignant un autre titulaire que le peuple pour exercer le pouvoir constituant originaire (a), soit dans celui espagnol en l'y associant seulement par l'intermédiaire d'une ultime étape référendaire au sein de la procédure de modification totale de la Constitution (b).

a) Le recours à la « Grande assemblée » bulgare

176. En Bulgarie, il est prévu de façon originale par la Constitution, deux types de pouvoir constituant qui peuvent être assimilés à la distinction classique de ce pouvoir, c'est-à-dire originaire ou dérivé. En effet, si la procédure de révision est confiée à l'Assemblée nationale,

[1] GÖZLER K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve, PU du Septentrion, 1996, note 125, p. 519 ; voir également, PEYROU-PISTOULEY S., *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993, p. 179 ; voir aussi, PFERSMANN O., « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne : théorie, pratique et limites », *in La Révision de la Constitution,* Paris, Economica, 1993, p. 40-41.

assemblée parlementaire ordinaire, un certain nombre de matières sont exclues de celle-ci. Elles sont présentées comme les dispositions constitutionnelles « relevant des pouvoirs de la Grande assemblée »[1].

Elle est élue et réunie seulement afin d'exercer ses pouvoirs, après quoi elle est dissoute. Sa formation regroupe 400 députés, contre 240 pour l'assemblée classique et son mode d'adoption de la loi constitutionnelle fondée sur trois lectures successives passe d'une majorité des trois quarts à celle des deux tiers. Ce changement de majorité est certainement justifié par l'augmentation significative du nombre de députés. Ses pouvoirs sont relatifs d'une part à l'adoption d'une nouvelle constitution et d'autre part à la révision constitutionnelle de la procédure de révision, du territoire national, de la forme d'organisation républicaine et démocratique de l'État, de sa gestion, ou encore de l'irrévocabilité des droits fondamentaux[2].

177. Ainsi la protection accordée à ces principes, en autorisant leur modification seulement par l'institution en charge du pouvoir constituant originaire, laisse à penser que les modifier reviendrait à si profondément dénaturer la Constitution que cela équivaudrait, tout comme en Autriche, à en changer. De plus, la Cour constitutionnelle Bulgare s'est également reconnue compétente pour contrôler formellement et matériellement les amendements du texte constitutionnel au regard de ces limites[3]. Ce contrôle l'aura d'ailleurs conduit au moins par deux occasions à en invalider certains au constat que la procédure suivie pour leur adoption aurait du passer par la Grande assemblée[4]. En outre, elle a également contrôlé les amendements constitutionnels adoptés afin d'adapter préalablement la Constitution à l'adhésionà l'Union, sans toutefois considérer leur objet comme relevant des pouvoirs de la Grande assemblée[5]. Une garantie juridictionnelle assure donc que ces limites soient assorties d'une réelle contrainte à l'égard du pouvoir de révision, notamment lorsqu'il agirait afin de rendre compatible l'évolution du droit primaire avec la Constitution.

[1] Constitution bulgare, 1991, article 153.
[2] *Ibid.*, article 158.
[3] Voir sur ce point, GOTSEV V., « *Limitations du pouvoir de révision des Constitutions* », http://www.enelsyn.gr/papers/w9/Paper%20by%20Vassil%20Gotsev.pdf.
[4] Cour constitutionnelle bulgare, 10 avril 2003, n°22/02; et 13 septembre 2006, n°06/06.
[5] Cour constitutionnelle bulgare, 5 juillet 2004, n°03/04.

b) La procédure de « révision totale » de la Constitution espagnole

178. En Espagne, la Constitution distingue également deux situations, d'une part la révision ordinaire réalisable à la majorité des trois cinquièmes de chaque chambre et d'autre part, la révision de quelques dispositions constitutionnelles expressément visées qui, pour être opérée, nécessite le recours à une procédure bien plus complexe également imposée en cas de « révision totale » de la Constitution[1]. C'est d'ailleurs sur cette distinction que le Conseil d'État espagnol fondait les limites de l'aménagement prévu par l'article 93 et permettant la ratification par une loi organique d'un traité ayant pour effet de modifier la Constitution[2].

L'exigence du suivi de cette procédure pour réviser ces dispositions impose alors, de la même façon qu'en Bulgarie, le recours au pouvoir constituant originaire. Une révision de ces articles serait tout autant conçue, par leur importance fondamentale au sein de la Constitution, comme un changement pur et simple de celle-ci. La procédure ainsi imposée dans le cas d'une telle révision modifie d'abord la majorité nécessaire au sein du parlement, puisqu'initialement de trois cinquièmes, elle devient une majorité renforcée aux deux tiers. Elle impose en outre, après cette première lecture, la dissolution des deux chambres et leur renouvellement afin de procéder à une seconde lecture de la loi constitutionnelle de révision. Cette seconde lecture est à nouveau soumise à la validation par une majorité des deux tiers de chacune des deux assemblées nouvellement formées. Enfin, elle exige que cette révision, suite à son approbation parlementaire par ces deux lectures successives, soit soumise à la ratification par référendum.

179. La mise en œuvre de cette procédure apparaît donc d'une complexité sans commune mesure avec celle engagée pour une révision classique. Or, les matières constitutionnelles échappant à la compétence du pouvoir de révision ordinaire furent évoquées par le Conseil d'État espagnol comme celles « dignes d'une protection spéciale […] au sein desquelles le droit communautaire ne doit pas pénétrer » et furent d'ailleurs immédiatement rapprochées de l'ancien article F du traité de Maastricht relatif à l'identité nationale[3]. Il semble bien, pour le juge espagnol, que ces limites de la révision ordinaire se rapportent au moins implicitement à l'identité nationale espagnole.

Est ainsi concerné le titre préliminaire de la Constitution espagnole, qui regroupe neuf

[1] Constitution espagnole, précitée, article 167 et 168.
[2] Voir C.E.Esp., avis sur le traité de Maastricht en cours de négociation, décision précitée ; voir également C.E.Esp., Maastricht, décision précitée.
[3] Voir en ce sens C.E.Esp., Maastricht, décision précitée.

articles portant sur différents domaines. Ces dispositions visent d'abord la nature de l'État espagnol, « État de droit, social et démocratique », sa souveraineté qui réside au sein de la population, sa forme monarchique parlementaire, l'autonomie des régions qui le composent, ainsi que l'unité de la nation qu'il représente, dont la garantie est notamment prévue par l'organisation des forces armées. Elles touchent ensuite au pluralisme linguistique et aux langues officielles, ainsi qu'aux symboles qui le caractérisent. Elles intéressent enfin le pluralisme politique et la liberté syndicale. Sont également expressément visés le chapitre relatif aux droits et libertés de la population et le titre portant organisation de la Couronne. Enfin, la procédure de révision ne fait pas partie de ces matières. Dès lors, une révision préalable de l'article 168 disposant de ces limites portées à la révision paraît pouvoir être opérée sur la base de la procédure ordinaire de révision. En définitive, cela permettrait de supprimer d'abord ces limites, puis de réviser ensuite les dispositions constitutionnelles qu'elles visaient sur la base de la procédure ordinaire.

180. Quoi qu'il en soit, un tel encadrement procédural de la révision au sujet de ces dispositions leur donne une plus grande force en tant que limite matérielle constitutionnelle qui, portée au pouvoir de révision ordinaire, pourrait par le recours au constituant originaire empêcher ou du moins rendre plus difficile la ratification d'un traité européen jugé incompatible avec elles. Par conséquent, les limites matérielles identitaires de la révision constitutionnelle situées à l'article 168 de la Constitution espagnole seraient également « les limites de l'appartenance à l'Union »[1] et formeraient un verrouillage constitutionnel de son évolution en vue de protéger ladite identité.

B. Le recours implicite au constituant originaire par l'intermédiaire de la souveraineté populaire

181. Les autres constitutions ici analysées ne définissent pas le constituant originaire pas plus qu'elles n'organisent son fonctionnement. Ainsi le renforcement de la procédure de révision en vue de protéger certaines de ces dispositions ne peut être attribué à un pouvoir qui ne serait même pas désigné par la constitution. Cette impossibilité logique est solutionnée par le recours à la souveraineté populaire qui, cette fois de façon implicite, semble également

[1] SAIZ-ARNAIZ A., « L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, p. 113.

associée à ce même pouvoir constituant originaire. Dans ce cadre soit le référendum se substitue à la procédure classique de révision (1), soit il s'y additionne (2).

1. La substitution de la procédure ordinaire par une procédure référendaire

182. La révision des dispositions bénéficiant d'une protection renforcée peut se faire au prix d'une substitution de la procédure ordinaire par une procédure référendaire à l'instar de la Constitution autrichienne. Néanmoins il ne s'agit pas nécessairement d'un recours au peuple désigné explicitement comme constituant originaire. Le peuple peut également être associé au déroulement de cette procédure en tant que détenteur de la souveraineté. S'inscrivent dans cette logique les Constitutions estonienne (a) et lituanienne (b)

a) La substitution référendaire estonienne

183. La Constitution estonienne dispose pour sa part de trois procédures alternatives de révision, l'une devant se dérouler par deux lectures à la majorité simple puis à celle des trois cinquièmes des parlementaires sur deux législatures successives, la seconde qui impose trois lectures par le parlement aux trois cinquièmes et la dernière qui sur initiative des trois cinquièmes des parlementaires permet de soumettre le projet de révision au référendum[1]. Néanmoins, lorsque la révision touche le chapitre premier de la Constitution ou la procédure de révision fixée au sein de la Constitution, le choix pour la procédure référendaire est imposé[2].

Ce chapitre premier porte également sur la nature républicaine, démocratique, indépendante de l'État, sur la souveraineté populaire qui le sous-tend, sur son territoire ou son unité, sur la base légale et constitutionnelle de l'État de droit qu'il forme, sur la séparation et l'équilibre des pouvoirs qui s'impose à son organisation, sur la gestion de ses ressources naturelles, sur sa langue ou encore sur ses symboles.

184. Ces éléments sont dissociés du reste de la Constitution par leur aspect fondamental et ne peuvent être ainsi modifiés sans l'accord du peuple, présenté dès le premier article comme origine du pouvoir suprême étatique, c'est-à-dire de la souveraineté. C'est d'ailleurs sur cet

[1] Constitution estonienne, précitée, article 163.
[2] *Ibid.*, article 162.

article que la Constitution fonde explicitement son adoption initiale par référendum, faisant *de facto* du peuple le constituant originaire. Seul le peuple souverain entendu implicitement comme constituant originaire, serait donc capable de modifier les traits essentiels, l'essence même du pacte constitutionnel qui l'unit selon sa propre volonté à la nation. Or, comme il fut précédemment observé, il apparaît toujours plus difficile dans les faits d'obtenir l'accord de la population par référendum que celui de la majorité parlementaire. Un renforcement de la procédure de révision s'impose ainsi par la voie référendaire en confiant à la souveraineté populaire le soin de prendre la décision.

b) La substitution référendaire lituanienne

185. En Lituanie, l'organisation d'un référendum pour la révision de certaines dispositions se substitue à la procédure de révision classique. Fixant initialement deux lectures par chaque chambre aux deux tiers, elle impose le référendum pour la révision des dispositions constitutionnelles essentielles[1]. Or selon la Constitution, l'État est fondé par le peuple présenté comme détenteur de la souveraineté[2]. Il s'agit donc également d'un recours à la souveraineté populaire. En effet, il semble également que seul le peuple puisse y être implicitement considéré comme constituant originaire, d'autant plus lorsqu'il est relevé que la Constitution fut elle-même initialement adoptée par le peuple. La Constitution distingue parmi les dispositions bénéficiant d'une protection renforcée l'article premier d'une part, disposant que « l'État lituanien est une République indépendante et démocratique » et d'autre part, le titre relatif à la procédure de révision ainsi que le titre premier notamment relatif à la souveraineté populaire, à la dénomination des institutions essentielles et à leur encadrement constitutionnel général, à la citoyenneté, au territoire, à la langue ou aux symboles de l'État. Si ces trois éléments bénéficient d'une protection procédurale renforcée, le premier pour être modifié doit recueillir l'assentiment des trois quarts des lituaniens ayant le droit de vote, condition excessivement complexe à réunir, alors que les seconds peuvent l'être sur la base d'une majorité absolue. Il n'est toutefois pas explicitement exclu par la Constitution de présenter au référendum « classique » la modification de la procédure de révision afin de supprimer ces limites.

[1] Constitution lituanienne, précitée, article 148.
[2] *Ibidem*, article 2.

2. L'addition d'une étape référendaire à la procédure ordinaire

186. Si dans certaines constitutions, le choix se porta sur la simple substitution de la procédure ordinaire de révision par le recours à la souveraineté populaire au moyen d'une procédure référendaire, d'autres marquent plutôt celui de les cumuler. C'est ainsi le cas dans les Constitutions lettone et polonaise, qui pour la première rend ce cumul impératif (a), là où dans la seconde il est seulement facultatif pour les autorités en charge de la révision (b).

a) Le cumul impératif letton

187. Ce choix pour un cumul entre la procédure classique et une procédure référendaire, en cas de révision des dispositions consacrées comme essentielles au sein de la Constitution, se retrouve d'abord dans la Constitution lettone. Elle prévoit la révision par trois lectures successives des parlementaires, à la majorité des deux tiers des députés présents, devant eux-mêmes regrouper au moins les deux tiers de l'ensemble des membres le composant[1]. Or, lorsque la révision touche à ces dispositions essentielles, doit impérativement être cumulée à cette première procédure l'approbation référendaire des modifications à apporter[2].

188. Il convient de relever que le peuple n'est pas formellement le constituant originaire. En effet dans un souci de continuité avec le passé et afin de transformer l'occupation par l'URSS en simple parenthèse historique, la Constitution lettone actuelle est une reprise actualisée de la Constitution de 1922, elle-même initialement adoptée par une assemblée constituante. La Constitution actuelle est donc réputée avoir été adoptée en 1922, bien qu'ayant été inappliquée entre 1940 et 1993. Néanmoins, le pouvoir souverain est considéré comme celui du peuple dès l'article 2 de la Constitution. En tant que tel, seul le peuple letton devrait désormais apparaître compétent pour se doter d'une nouvelle constitution, ou pour en réviser les dispositions essentielles, ce qui reviendrait d'ailleurs en quelque sorte à la modifier intégralement.

189. Les matières protégées sont relativement similaires à celles précédemment observées. Elles portent sur la procédure de révision d'une part, mais surtout d'autre part sur la souveraineté du peuple, sur le territoire, sur la langue et le drapeau puis enfin sur le suffrage

[1] Constitution lettone, précitée, article 76.
[2] *Ibidem*, article 77.

universel et sur le mode de scrutin proportionnel imposé pour l'élection des parlementaires. À ce titre la Cour constitutionnelle lettone confirma cette position, lorsqu'elle examina la compatibilité du traité de Lisbonne[1]. En effet, si elle ne fit pas référence à « un noyau dur » constitutionnel, elle y souleva l'idée, selon les travaux de Stéphanie Lauhle Shaelou, que « *certaines compétences* […] *ne seraient transférables à l'Union qu'à la suite d'un référendum car elles entraîneraient obligatoirement une modification des dispositions essentielles de la Constitution, telles que ses quatre premiers articles ou encore son article 77* »[2]. Par conséquent, un renforcement des conditions du recours à la procédure de révision pour certaines dispositions constitutionnelles essentielles, en imposant la participation populaire directe est donc observé. Ce renforcement vaut notamment pour supprimer l'incompatibilité, avec la Constitution, du traité européen qui entrerait en contradiction avec ces principes.

b) Le cumul facultatif polonais

190. La Pologne consacre également de telles dispositions au sein de sa Constitution et leur assure une protection procédurale légèrement renforcée en matière de révision. Ces dispositions sont en premier lieu relatives au titre I de Constitution relatif à « La République » qui aborde aux moyens de 29 articles la nature démocratique et républicaine de la Pologne, ainsi que son organisation institutionnelle et territoriale, son indépendance et l'inviolabilité de son territoire, son identité culturelle expressément mentionnée au côté de la langue, du patrimoine culturel, des rapports de l'État avec la religion et de ses symboles, ou encore les droits politiques et économiques qu'elle garantit. Elles sont en second lieu identifiées dans le titre 2 de la Constitution portant sur « Les libertés, les droits et les devoirs de l'homme et du citoyen », mais aussi pour finir dans celui relatif à la procédure de révision.

191. La Constitution impose, afin de réviser ces trois titres, le doublement du délai minimum entre le dépôt du projet de loi de révision devant le Parlement et sa première lecture[3]. En outre, elle permet dans ce cadre aux autorités compétentes pour initier la procédure de révision, de soumettre la loi de révision adoptée par le Parlement au référendum,

[1] C.C.Let., 7 avril 2009, Lisbonne, n°2008-35-01, §47.
[2] LAULHE SHAELOU S., « « Nous les peuples ». L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences tchèque, polonaise et lettone », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, p. 149.
[3] Constitution polonaise, précitée, article 235§5.

sans que celui-ci ne soit toutefois rendu obligatoire comme en Lettonie[1]. Le renforcement de la protection accordée à ces matières apparaît donc plus limité que dans les autres États ici examinés, notamment parce que l'intervention populaire n'y est que facultative.

192. Dans ces sept Constitutions est effectivement consacrée une protection procédurale renforcée de certaines dispositions constitutionnelles, lorsqu'est envisagée leur révision. Cela apparaît d'autant plus pertinent dans le cadre de la présente étude, que ces dispositions sont presque toutes relatives à des matières qui seront par la suite incluses au sein de l'identité nationale des États membres respectée par l'Union[2]. La mise en œuvre d'une telle protection permet de mettre en lumière l'importance de l'élément qui en fait l'objet pour l'État membre. Parce que ces principes sont qualifiés d'essentiels ou de noyau dur de la constitution, parce qu'ils sont situés à la base des États membres concernés, ils doivent bénéficier de cette protection du plus haut degré. Or, celle-ci est tout autant un moyen de les identifier, pour le juge interne comme pour l'observateur externe. Une sorte de tautologie se dessine alors, l'identité constitutionnelle bénéficie d'une protection renforcée, et cette protection renforcée permet de l'identifier.

Ces dispositions identitaires apparaissent comme des limites matérielles portées à la révision constitutionnelle, elle-même limite procédurale potentielle portée à la ratification de l'évolution du projet européen. Il est donc clair qu'un traité européen impliquant la révision de ces dispositions et qui atteindrait l'identité constitutionnelle, ici consacrée sous la forme de limite matérielle au pouvoir de révision, serait d'autant plus difficile à ratifier. En effet, il devrait non seulement passer par l'adoption d'une loi de ratification, mais aussi transiter par la mise en œuvre d'une procédure de révision constitutionnelle renforcée, parfois même explicitement assimilée selon la constitution visée à la procédure d'élaboration d'une nouvelle constitution, qui dans la plupart des cas n'est permise que par le recours impératif à la souveraineté populaire. Par conséquent, la constitution peut ici être conçue comme un verrouillage constitutionnel identitaire de l'évolution du droit de l'Union, verrouillage qui n'est toutefois pas prévu comme définitif, la clé du verrou étant en dernier lieu confiée au constituant originaire généralement formé par le peuple souverain ou du moins associé à celui-ci.

[1] *Ibid.*, article 235§6.
[2] Voir *infra*, (Partie 2 Titre 1 dans son ensemble, §395 et s.).

Paragraphe 2 : Des limites matérielles interdisant la révision constitutionnelle

193. Le second type de limites se retrouve au sein des Constitutions de huit États membres qui ont exclu de la procédure de révision, certaines de leurs dispositions constitutionnelles. Tout comme précédemment constaté au sujet des limites qui imposent au pouvoir de révision le suivi d'une procédure plus complexe pour modifier certains principes ou articles de la constitution, voire sa substitution par le constituant originaire, les limites, qui ici interdisent expressément à ce même pouvoir de les modifier, semblent également et largement coïncider avec les éléments qui seront ultérieurement insérés dans le champ matériel de l'identité nationale respectée par l'Union, soit par le traité de Lisbonne, soit par la Cour de justice. Une telle protection traduit d'ailleurs tout autant leur extrême importance pour les États qui la mettent en œuvre. Ces limites matérielles sont toutefois différemment définies et identifiées par les États membres, qui en retiennent un nombre variable au sein de leur Constitution. Il apparaît dans ce cadre nécessaire d'envisager la teneur matérielle de ces limites posées par les différents États concernés, ainsi que d'en déterminer corrélativement la portée réelle, lorsque celles-ci sont abordées dans les jurisprudences constitutionnelles. Pour ce faire, seront distinguées les limites interdisant seulement la révision de la forme républicaine (1), de celles proscrivant plus largement la révision d'une liste détaillée de dispositions constitutionnelles (2).

A. L'interdiction d'une révision de la forme républicaine

194. D'abord, les Constitutions française et italienne se limitent à interdire la révision de la forme républicaine de l'État[1], expression qui selon l'interprétation lui étant donnée, peut se réduire à imposer l'élection du chef de l'État ou de manière plus générale faire référence à l'élément démocratique et à la souveraineté populaire qui la sous-tend[2]. Néanmoins, la

[1] Constitution française, précitée, article 89 ; Constitution italienne, précitée, article 139.

[2] Voir en ce sens pour la France, MATHIEU B., « La *supra*constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, mars 1995, p. 16 : « Deux sens peuvent être donnés à cette formule : soit la forme républicaine, dans un sens étroit, c'est, pour simplifier, un régime qui n'est ni la monarchie ni l'empire, et la limite a une portée limitée ; soit dans un sens large, ce sont les principes républicains, c'est-à-dire grosso modo, la République laïque, démocratique et sociale, ainsi que les droits fondamentaux issus de la D.D.H.C., du Préambule de 1946 et les P.F.R.L.R » ; voir également pour l'Italie, LUCIANI M., « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-de-constitutionnalite-des-lois-constitutionnelles-en-italie.51428.html : « Une partie de la doctrine a soutenu que la « forme républicaine » serait quelque chose de plus et finirait par coïncider, en définitive, avec la démocratie elle-même ».

compétence de la juridiction constitutionnelle pour examiner la constitutionnalité des lois constitutionnelles, notamment au regard de cette limite matérielle portée au pouvoir de révision, n'a pas été reconnue de façon identique dans les deux États, ce qui en définitive leur confère une force contraignante bien différente.

Il est à noter que la Constitution Tchèque pose une limite similaire, sans qu'il soit véritablement possible en termes d'accessibilité jurisprudentielle d'en mesurer la portée réelle. En effet, de manière à peine plus détaillée, elle fait quant à elle interdiction de modifier les « caractères essentiels de l'État de droit démocratique » [1], qui semblent être notamment formulés dans le premier article de la Constitution portant sur l'organisation républicaine, unitaire, souveraine, et démocratique de la République tchèque, ainsi que dans le respect des droits fondamentaux sur lequel la Constitution est fondée.

Dans les cas français et italien il est possible au contraire de mener une analyse plus détaillée de cette interdiction et de sa portée, ce qu'il apparaît opportun de réaliser. En retenant ce critère de distinction relatif à l'effectivité de l'interdiction, il sera dans un premier temps analysé l'interdiction de révision française non véritablement assortie de contrainte juridictionnelle (1), puis dans un second temps l'interdiction italienne qui semble pour sa part bénéficier d'une réelle juridicité (2).

1. Une interdiction française non contraignante

195. Dans le cas français, si initialement le Conseil constitutionnel semblait lors du contrôle de compatibilité du traité de Maastricht, reconnaître la validité de ces limites en considérant le pouvoir constituant comme souverain « sous réserve […] des limitations […] qui résultent des articles 7, 16 et 89 […] »[2], il a toutefois clairement refusé cette compétence de contrôle au motif qu'aucune des dispositions constitutionnelles ne la lui confiait expressément[3]. Est en outre régulièrement avancée par la doctrine, l'idée de la double révision qui viserait d'abord à supprimer la limite portée au pouvoir de révision, pour ensuite modifier directement la disposition qui était auparavant protégée[4]. Cette théorie a toutefois reçu une appréciation particulièrement critique par d'autres membres de la doctrine la considérant comme relevant

[1] Constitution tchèque, précitée, article 9.
[2] T.C.E., Maastricht, décision précitée.
[3] C.C., 26 mars 2003, organisation décentralisée de la République, n°2003-469 DC.
[4] Voir par exemple : VEDEL G., « Souveraineté et *supra*constitutionnalité », *Pouvoirs n°67*, 1993, p. 89 ; MATHIEU B., « La *supra*constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *op.cit.*, p. 16.

de « l'incohérence logique »[1] ou encore comme « illogique »[2] et « paradoxale »[3].

La force contraignante de la disposition posant une interdiction formelle de révision, puisqu'elle n'est assortie d'aucun contrôle, semble être toute relative, à ce point qu'une partie de la doctrine s'accorde à penser qu'il ne s'agit là que d'une « clause de style »[4], d'une « clause platonique »[5], bref d'une clause dotée d'une simple valeur déclaratoire, dont la fonction est purement politique, là où d'aucuns continuent à quand bien même la considérer comme « absolue et éternelle »[6]. En tout état de cause, aucune contrainte juridictionnelle n'est assortie en France à la formulation de ces limites et à la mise en œuvre du pouvoir de révision, que ce contrôle soit matériel ou même purement formel. Si contrainte il y a, elle ne pourrait donc être que d'une nature politique ou encore démocratique.

196. Nonobstant sa force juridique et sans prétendre à l'exhaustivité, il est toutefois utile d'opérer une approche matérielle de la notion de « forme républicaine de gouvernement », dans la mesure où elle peut être un indice sérieux pour déterminer ultérieurement ce que vise le juge constitutionnel, lorsqu'il fait référence aux « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »[7].

À ce titre, il semble possible d'établir un premier rapprochement entre l'article 89 de la Constitution posant cette limite de révision constitutionnelle et l'article 1 relatif aux valeurs de la République. Certes est alors concerné le principe démocratique, mais également les notions d'unité et d'indivisibilité, d'égalité, de laïcité ainsi que l'aspect social de la République, notions qui ont d'ailleurs une forte tendance à s'enchevêtrer. En effet, la laïcité suppose à la fois la séparation de l'Église et de l'État, dont les conséquences directes sont la neutralité de l'État dans les affaires religieuses, ainsi que la liberté de conscience et de religion[8]. Elle nourrit des liens avec le principe d'égalité, selon lequel aucune discrimination ne peut être faite notamment en raison de la religion, mais également avec le principe d'unité,

---

[1] DUBOUT E., « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une *supra*constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, p. 478.
[2] DEROSIER J.-P., « La limite au pouvoir de révision constitutionnelle, du concept à la notion », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel,* Athènes, 11-15 juin 2007, p. 6.
[3] DEROSIER J.-P., « Le noyau constitutionnel identitaire frein à l'intégration européenne, contribution à une étude normativiste comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *in VIIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011, p. 13.
[4] DUBOUT E., « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une *supra*constitutionnalité ? », *op.cit.*, p. 477.
[5] VEDEL G., « Souveraineté et *supra*constitutionnalité », *op.cit.*, p. 80.
[6] DEROSIER J.-P., « La limite au pouvoir de révision constitutionnelle, du concept à la notion », *op.cit.*, p. 6.
[7] Voir *infra*, (§323 et s.).
[8] Voir sur à ce sujet, WOEHRLING J.-M., « La laïcité », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 459-484.

puisque rassemblant sans distinction les hommes d'opinions, de religions ou de convictions diverses en une même communauté. Un rapprochement a du reste été réalisé entre la forme républicaine et la laïcité par Luc Ferry, alors ministre de l'éducation, qui, dans son exposé des motifs relatifs à un projet de loi sur la laïcité dans l'enseignement public, débute ainsi : « [inscrit] à l'article 1er de la Constitution, le principe de laïcité, qui exprime les valeurs de respect, de dialogue et de tolérance, est au cœur de l'identité républicaine de la France »[1]. Le principe fut du reste considéré par le Conseil constitutionnel comme relevant des « traditions constitutionnelles nationales »[2].Enfin, Anne Levade considère pour sa part que « le principe de laïcité, tel que l'énonce et le conçoit le droit constitutionnel français, pourrait légitimement prétendre au respect dû aux éléments de l'identité constitutionnelle »[3]. De même l'aspect social de la République, également envisagé par le préambule de 1946 et rattaché au bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel fut rapproché de l'identité républicaine de la France. Par exemple, il put être considéré que « […] s'il est courant de dire que l'État perdure au-delà des républiques, il est tout aussi justifié de dire que la République sociale perdure au-delà des républiques » ou encore qu'il « ne peut faire de doute que le "caractère social de la République" est potentiellement un principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France »[4].

Ensuite, parmi les symboles de la République sanctuarisés par l'article 2, il est intéressant de s'arrêter sur l'exemple de la langue française proclamée « langue de la République ». Il l'est d'autant plus, de constater que l'insertion de cette disposition fut opérée par le biais d'une loi constitutionnelle qui avait pour objet d'assurer la conformité du traité de Maastricht avec la Constitution[5]. La langue nourrit en outre et comme a pu l'affirmer le Conseil constitutionnel, des liens avec plusieurs des principes précédemment évoqués et notamment avec celui d'unité[6]. En effet, au sujet du contrôle de compatibilité de la Charte

[1] Projet de loi n° 1378, 28 janvier 2004, relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics, présenté au nom de M. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, Par M. Luc Ferry, ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche.
[2] C.C., 19 novembre 2004, TECE, n°2004-505, cons. 18.
[3] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2*,* 2004*,* p. 195.
[4] JOSSO S., « Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ? », *VIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC des 25, 26 et 27 septembre 2008.* Voir également MATHIEU B., « La République sociale », *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX*, La République en droit français,* Paris, Economica, 1992, 175 et s. Voir encore BORGETTO M., LAFORE R., *La République sociale – contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, P.U.F., 2000, pp. 21 et 23.
[5] Loi constitutionnelle n° 92-554, 25 juin 1992.
[6] Dans le même sens voir, CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2011, pp. 533 et 534.

européenne des langues régionales ou minoritaires[1], le juge constitutionnel précisa pour justifier l'incompatibilité retenue que cette dernière, « *en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français* »[2]. La France qui avait signé la Charte, ne l'a en conséquence toujours pas ratifiée. Cette protection constitutionnelle de la langue et son rattachement à d'autres principes constitutionnels, tend à démontrer la solidité du ciment identitaire linguistique qui unit la nation.

Sans qu'il soit nécessaire de poursuivre plus encore cette démarche, il est possible de tenir une pareille approche de l'ensemble du titre premier. En effet, lorsque dans la suite de l'article 2, il est précisé que le principe de la République est « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple », n'y a-t-il pas de même un rapprochement à faire avec les articles 3 et 4 relatifs au principe de souveraineté nationale, et à la fixation des conditions d'une démocratie pluraliste ?

Ces quelques exemples ne sont pas nécessairement les seuls qui puissent être visés par l'article 89, mais compte tenu de la portée juridique lui étant reconnue par le juge constitutionnel, il paraît peu plausible que ce dernier étaye ou encore développe cette première approche matérielle. Elle demeure toutefois un indice utile pour tenter de définir par la recherches des symboles, des valeurs et des principes de la République ce que peut finalement être l'identité de sa Constitution.

2. Une interdiction italienne contraignante

197. En Italie la situation est différente, puisque la Cour constitutionnelle depuis 1988 s'est reconnue compétente pour procéder à l'examen des lois constitutionnelles portant révision de la Constitution[3]. Cet arrêt majeur a ainsi permis de trancher plusieurs questions fondamentales. Premièrement, la Cour s'est reconnue compétente pour exercer un contrôle non seulement formel de ces lois mais surtout un contrôle matériel. Elle a en outre précisé la teneur de ce contrôle considérant que « la Constitution italienne contient certains principes

[1] Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 29 juin 1992.
[2] C.C., 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, n°99-412 DC, cons. 10.
[3] C.C.I., 15 décembre 1988, Franz Pahl, n°1146/1988.

suprêmes qui ne peuvent être remis en question ou modifiés dans leur contenu essentiel même par des lois de révision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles »[1].

198. Ensuite, la Cour va encore plus loin, car si elle reconnaît au sein de ces limites, celle expressément formulée par la Constitution relative à l'immuabilité de la forme républicaine, elle en ajoute d'autres à l'image de la Cour constitutionnelle autrichienne. Implicites, elles sont rattachées à « l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne »[2]. La Cour n'a néanmoins jamais formulé une liste précise et exhaustive de ces limites matérielles implicites portées au pouvoir de révision, mais en a déduit plusieurs au fil de sa jurisprudence[3]. Il apparaît donc que la contrainte leur étant assortie, qu'elles soient explicites ou implicites, est réelle dans la mesure où elles bénéficient ici d'un contrôle juridictionnel complet.

199. Il reste toutefois une question en suspens relative à leur dépassement par l'élaboration d'une nouvelle constitution qui recevrait validation référendaire. Dans ce cas, il n'y aurait plus lieu pour la Cour de vérifier sa conformité envers la précédente et notamment au regard des limites qui en découlaient expressément ou implicitement[4]. En s'imposant clairement au pouvoir de révision constitutionnelle, elles apparaissent par conséquent comme la frontière constitutionnelle à la fois matérielle et procédurale que ne saurait franchir le droit primaire de l'Union. Ce dernier ne pourrait dès lors porter atteinte à la substance même de ces principes, considérés comme « suprêmes » et immuables, puisque ne pouvant pas même être légitimés par une révision.

---

[1] *Ibid.*, point 2.1.
[2] *Ibidem*.
[3] Voir LUCIANI M., « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie », *op.cit.*, ces limites recouvrent selon l'auteur : « le principe de l'unité de juridiction de l'État (arrêt n° 30 de 1971) ; celui du droit à la protection juridictionnelle (v., par exemple, arrêts n^{os} 98 de 1965 ; 232 de 1989 ; 349 de 2007) ; celui de laïcité de l'État (arrêt n^{os} 203 de 1989 ; 259 de 1990 ; 13 de 1991 ; 421 de 1993 ; 508 de 2000) ; le principe démocratique (arrêt n° 30 de 1971) ; celui – très général – de la protection des droits inaliénables de la personne humaine (arrêts n^{os} 183 de 1973 ; 170 de 1984 ; 232 de 1989 ; 73 de 2001 ; 348 de 2007 ; ord. n° 454 de 2006) ».
[4] Voir en ce sens, MAGNON X., « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les Cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *op.cit.*, p. 142 : « En cas de conflit entre le droit communautaire et un principe suprême ou un droit inviolable [de l'ordre constitutionnel italien], la seule manière de sortir du conflit consiste non pas à adopter une loi de révision, qui ne peut pas plus que le droit communautaire méconnaître ces principes et droits, mais une nouvelle Constitution ».

B. L'interdiction de la révision d'une liste détaillée de dispositions constitutionnelles

200. Ensuite d'autres constitutions prévoient une liste bien plus conséquente et détaillée de limites matérielles posées au pouvoir de révision, comme la Loi fondamentale allemande ou encore la Constitution chypriote qui procédant à des renvois d'articles précis feront l'objet d'une analyse des plus attentive (1). Des listes similaires apparaissent également dans les Constitutions grecque, portugaise et roumaine. Bien qu'également très détaillées, elles ne procèdent toutefois pas à de tels renvois qui permettraient d'identifier clairement quelles dispositions constitutionnelles pourraient être visées par l'interdiction de révision (2).

1. Une liste détaillée avec renvois précis

201. Deux Constitutions renferment en leur sein une telle liste. Qualifiée de clause d'éternité en Allemagne (a), elle se présente comme une interdiction de réviser les articles de base dans la Constitution chypriote (b).

a) La clause d'éternité allemande

202. La Loi fondamentale allemande fut l'une des Constitutions pionnières dans la reconnaissance et la constitutionnalisation de clauses d'éternité[1]. Elle interdit d'abord la révision de l'organisation de la Fédération en Länder ou du principe de leur participation à la législation. Elle proscrit ensuite la révision de l'article 1 de la Constitution portant sur l'intangibilité et le respect de la dignité humaine, ainsi que des droits fondamentaux qui en découlent. Enfin, elle s'oppose à la révision de l'article 20 relatif au fondement de l'ordre étatique allemand au sein duquel est consacrée sa forme républicaine, fédérale, démocratique et sociale, de même que la souveraineté populaire exercée directement au moyen des « élections » et « votations » ou indirectement « par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire », la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique, ou encore le droit de résistance du peuple.

L'article disposant de la procédure de révision constitutionnelle, au sein duquel sont inscrites ces limites n'est pas concerné par l'interdiction de révision, ce qui laisse encore une fois à penser qu'une double révision d'abord de cet article puis des articles visés par ces

[1] Loi fondamentale allemande, précitée, article 79§3.

limites reste envisageable. De plus la Loi fondamentale, en prévoyant sa propre durée de validité précise qu'elle deviendrait caduque au jour « d'entrée en vigueur d'une Constitution adoptée par le peuple allemand en pleine liberté de décision »[1]. Ce dernier élément permet de rapprocher la conception de ces limites de celles retenues dans le groupe précédent, puisque d'une certaine manière seul le peuple allemand qui se doterait d'une nouvelle constitution, agissant dans la liberté du constituant originaire, pourrait modifier la teneur de ces limites. L'éternité de ces clauses équivaudrait alors tout au plus à la durée de validité de la Constitution qui la prévoit. Cette interprétation ne sera toutefois ni confirmée ni infirmée par le juge constitutionnel allemand.

203. Par ailleurs, ce dernier s'étant arrogé lui-même compétence en dehors de toute disposition constitutionnelle expresse pour contrôler les lois constitutionnelles de révision au regard de ces limites, n'aura pour l'heure jamais sanctionné une telle loi[2]. En effet, il a explicitement éludé cette question lors de son examen des lois de révisions constitutionnelles découlant de l'adoption des traités de Maastricht et de Lisbonne. Dans son arrêt Lisbonne, le juge constitutionnel allemand, caractérisant les limites posées à l'article 79 en tant qu'identité constitutionnelle de l'Allemagne, a ainsi considéré qu'une atteinte à ces principes par le droit primaire de l'Union serait de ce fait une atteinte « au pouvoir constituant du peuple ». Il conclura finalement à ce sujet que « *le pouvoir constituant n'a pas donné de mandat aux représentants et aux organes du peuple pour disposer de l'identité constitutionnelle [et que*

[1] *Ibid.*, article 146.

[2] Voir en ce sens, Commission de Venise, rapport sur l'amendement constitutionnel, 12 et 12 décembre 2009, étude n°469/2008, note 157 p. 49, qui établit une liste de la jurisprudence constitutionnelle allemande dans ce domaine : « BVerfGE (Répertoire officiel) 1, 14 – Southwestern State (1951) ; 3, 225 – Equality of rights (1953) ; 4, 157 –Saar Statute (1955) ; 30, 1 – Eavesdropping (1970) ; 34, 9 – Standardization of remuneration (1972) ; 84, 90 – Expropriations before 1949 (1991) ; 87, 181 – Financing of broadcasting (1992) ; 89, 155 – Maastricht (1993) ; 94, 12 – Exclusion of restitution (1996) ; 94, 49 – Safe Third Countries (1996) ; 95, 48 – Restitution and avoidance of transactions (1996) ; 102, 370 – Jehovah's Witnesses (2000) ; 109, 279 – Acoustic Surveillance (2004) ; 113, 273 – European Arrest Warrant Act (2005); Neue Juristische Wochenschrift (2009); 2267 - Lisbon Treaty (2009) ; 123, 267 ». Pour une analyse doctrinale détaillée de la situation allemande en la matière et de la jurisprudence afférente, il s'avère utile de se référer également aux travaux de LEPSIUS O., « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemagne.51426.html, ce dernier apparaissant très critique par ailleurs, tant dans sa conception des limites portées au pouvoir de révision, que dans son observation de la démarche employée par la Cour Constitutionnelle afin de se reconnaître compétente pour en contrôler le respect.

la] compétence de modifier les principes constitutionnels fondamentaux selon l'article 79 alinéa 3 GG n'a été reconnue à aucun organe constitutionnel »[1].

204. S'agissant du dépassement de ces limites par le pouvoir constituant originaire, c'est-à-dire par le peuple lui-même tel qu'il est désigné par la Constitution, le juge allemand a abordé la question tout en restant particulièrement évasif, puisqu'il s'en tient à l'ouvrir tout en se gardant bien de la trancher, sans doute par économie de moyens[2].

Néanmoins, un parallèle pourrait être opéré avec une autre question soulevée par la juridiction allemande dans ce même arrêt. En effet, soulignant à nouveau que « l'intégration dans une communauté libérale n'exige cependant ni soumission sans limitation constitutionnelle et possibilité de contrôle, ni renonciation à sa propre identité », elle insiste sur l'idée que « [la] *Loi fondamentale n'habilite pas les organes agissant pour le compte de l'Allemagne à renoncer au droit d'autodétermination du Peuple allemand, manifesté ici par la souveraineté internationale de l'Allemagne, par l'adhésion à un État fédéral. En raison du transfert irrévocable de souveraineté à un nouveau sujet de légitimité qu'un tel pas impliquerait, ce dernier est réservé à un acte de volonté exprimé directement par le Peuple allemand* »[3].

Aussi, rien n'est sûr quant à la faculté du peuple allemand de dépasser les limites de la révision constitutionnelle en se dotant d'une nouvelle constitution, mais il lui apparaît toutefois possible de limiter sa propre souveraineté, c'est-à-dire sa faculté d'autodétermination sans même que l'idée de l'adoption d'une nouvelle constitution soit envisagée par le juge à cet effet. Ce dernier raisonnement laisse à penser que la qualité d'État souverain d'une part et l'identité constitutionnelle d'autre part seraient désormais des notions distinctes pour le juge allemand. Pourtant, la Constitution et même la jurisprudence constitutionnelle antérieure les assimilaient, notamment en présentant aussi comme intangible la souveraineté populaire et la démocratie, tout autant qu'en les rapprochant du principe du respect de l'identité nationale formulé dans les traités, élément d'analyse qui fit l'objet de développements précédents[4].

---

[1] C C.C.F.A., Lisbonne, décision précitée, point 218.
[2] *Ibid.*, point 217 : « La question de savoir si, en raison de l'universalité des valeurs de dignité, de liberté et d'égalité, cette restriction s'applique même à l'encontre du pouvoir constituant, c'est-à-dire également au cas où le Peuple allemand se donnerait, en pleine liberté de décision mais en continuité avec le régime constitutionnel établi par la Loi fondamentale, une nouvelle constitution peut demeurer sans réponse ici ».
[3] *Ibid.*, point 228.
[4] Voir *supra*,(§135 et s.).

205. Quoi qu'il en soit, la Constitution allemande impose le respect de certaines limites portées au pouvoir de révision expressément reconnue par le juge constitutionnel comme une garantie de l'identité constitutionnelle. L'identité constitutionnelle allemande ainsi protégée apparaît donc clairement comme une limite potentielle à l'évolution du droit primaire de l'Union[1].

b) L'interdiction de réviser les « articles de base » de la Constitution chypriote

206. La Constitution chypriote présente quant à elle une situation très particulière. En effet, s'il y est formulé une interdiction de réviser certains articles de la Constitution présentés en tant que ses « articles de base » au sein d'une liste précise, la précision quant à la nature de l'interdiction et à son étendue matérielle est sans commune mesure[2]. La nature de l'interdiction est d'abord définie comme une impossibilité d'abroger ou de modifier par voie d'amendement ou d'addition les articles visés. Tenant à des raisons historiques, ces articles de base ont été précisés par l'accord de Zurich du 11 février 1959. Ils sont tous définis en annexe de la Constitution, qui reprend la structure arrêtée par ledit accord. Une cinquantaine d'articles de la Constitution sont ainsi expressément consacrés comme d'éternité en tant qu'articles de base de la Constitution.

207. Bien que plusieurs éléments à consonance identitaire soient concernés telle la forme d'État, les langues, les symboles, l'organisation et la représentation des communautés, l'organisation précise des institutions, ou encore certains aspects démocratiques, l'étendue de cette liste dépasse de loin la seule consistance identitaire en s'étendant par exemple à l'armée, ou à bon nombre de dispositions purement procédurales. Il faut de plus relever une précision importante, en ce que cette liste est « imposée par les parrains de l'État chypriote […], le traité de garantie accordant à ces *parrains* un droit d'intervention militaire en cas de violation de la Constitution »[3]. Cette intangibilité ne résulte donc pas initialement de la souveraineté au sein de l'État, pas plus que sa garantie ne procède de l'ordre juridique interne. Il ne s'agit pas

[1] Voir également en ce sens MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 112, l'auteur envisageant « la clause d'éternité » comme constitutive pour le juge constitutionnel allemand du « point de départ de son raisonnement depuis l'arrêt Maastricht qui vit en elle pour la première fois la limite absolue de la participation allemande à l'Union ».
[2] Constitution chypriote, précitée, article 182§1
[3] Constitution chypriote, 1960, annexe III.

d'une identité librement construite et formulée, mais d'une « identité » et de dispositions imposées, dont une réappropriation chypriote n'est toutefois pas exclue.

2. Une liste détaillée sans renvoi précis

208. A l'instar de la Constitution allemande, d'autres constitutions prévoient des listes détaillées de matières ou domaines ne pouvant faire l'objet d'une révision. Néanmoins, ces listes ne procèdent pas à des renvois précis permettant d'identifier clairement l'ensemble des dispositions constitutionnelles qui seraient considérées comme relevant de ces domaines. Sont ainsi concernées les Constitutions grecque (a), portugaise (b) et enfin roumaine (c).

a) Les exceptions matérielles de la révision constitutionnelle grecque

209. La Constitution grecque interdit d'une part la révision des bases et de la forme du régime politique en tant que régime parlementaire, et d'autre part celle de différents articles portant sur des domaines variés[1]. Ces articles concernent d'abord la valeur de la vie humaine, l'égalité devant la loi, l'inviolabilité de la liberté dont notamment celle de conscience religieuse, ou encore le droit de développer librement sa personnalité et de participer à la vie sociale et économique du pays. Ils concernent également la séparation des pouvoirs, dont résulte la répartition générale des compétences entre les institutions étatiques, et enfin la condition de nationalité pour l'accès à la fonction publique.

210. Si une liste détaillée de domaine dont la révision est interdite est bien formulée, seule une partie des articles de la Constitution sont clairement identifiables comme bénéficiant de cette protection renforcée, ceux relatifs à la forme parlementaire du régime n'étant quant à eux pas explicitement désignés.

[1] Constitution grecque, 1975, article 110§1.

b) Les limites matérielles de la révision constitutionnelle portugaise

211. La Constitution portugaise dresse une liste claire et détaillée d'une quinzaine de domaines protégés[1]. Toutefois, elle ne procède pour sa part à aucun renvoi précis envers d'autres dispositions constitutionnelles, ce qui ne permet pas d'identifier avec certitude quels articles de la Constitution ne seraient pas modifiables. De plus, n'est formulée à l'égard des lois constitutionnelles qu'une simple obligation de respect et non pas une interdiction formelle de procéder à leur révision, ce qui semble ouvrir la voie à toute modification, dès lors qu'elle ne ferait pas perdre leurs caractères essentiels aux domaines visés. Enfin, il est à noter qu'aucune des révisions constitutionnelles opérées au Portugal ne fut rejetée par la Cour constitutionnelle sur la base de ces limites.

212. Par ailleurs, l'exception préalablement envisagée qui concernait, d'une part la ratification sans révision d'un traité préalablement contrôlé comme incompatible avec la Constitution, ou d'autre part la continuité de son application en cas de contrôle *a posteriori*, n'apparaît plus possible, dès lors que l'un de ces principes conçus en tant que « norme fondamentale » serait atteint. Ainsi cette exception ne permet pas plus au droit primaire de l'Union qu'aux lois de révision constitutionnelle de les négliger[2].

c) Les limites matérielles de la révision constitutionnelle roumaine

213. La Roumanie qui interdit formellement la révision de certaines dispositions a dressé à cet effet une liste plus courte, mais somme toute similaire à celle de la Constitution

[1] Constitution portugaise, précitée, article 288 : « Les lois de révision constitutionnelle doivent respecter : a) l'indépendance nationale et l'unité de l'État ; b) la forme républicaine du Gouvernement ; c) la séparation des Églises et de l'État ; d) les droits, les libertés et les garanties dont jouissent les citoyens ; e) les droits des travailleurs, des comités de travailleurs et des associations syndicales ; f) la coexistence du secteur public, du secteur privé et du secteur coopératif et social de propriété des moyens de production ; g) l'existence de plans économiques dans le cadre d'une économie mixte ; h) le suffrage universel, direct, secret et périodique pour la désignation des membres des organes de souveraineté, des régions autonomes et du pouvoir local élus, ainsi que le système de la représentation proportionnelle ; i) le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique, y compris celui des partis politiques, et le droit d'opposition démocratique ; j) la séparation et l'interdépendance des organes de souveraineté ; l) le contrôle de la constitutionnalité par action ou par omission de normes juridiques ; m) l'indépendance des tribunaux ; n) l'autonomie des collectivités locales ; o) l'autonomie politique et administrative des archipels des Açores et de Madère ».

[2] Pour une analyse spécifique de la situation portugaise en la matière, voir notamment, FERREIRA DA CUNHA P., « Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle entre le pouvoir constituant et la constitution matérielle. Une illustration dans le contexte lusophone », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel,* Athènes, 11-15 juin 2007.

portugaise, puisqu'elle ne procède pas non plus à des renvois précis[1]. Prévoir que certaines dispositions ne peuvent pas faire l'objet d'une révision sans précisément les identifier apparaît encore plus problématique que d'en imposer le respect.

214. Néanmoins la Constitution roumaine dispose explicitement, ce qui est rarissime, de la compétence de la Cour constitutionnelle pour exercer un contrôle d'office des initiatives de révisions[2]. C'est donc par l'interprétation du juge constitutionnel, qu'il revient de déterminer si un article ne pourrait subir aucune modification, en raison de son rapprochement juridictionnel avec les limites matérielles imposées par la Constitution au pouvoir de révision.

215. Dans ces États, des limites identitaires sont effectivement portées au pouvoir de révision en excluant de ses compétences la modification de certaines dispositions de la constitution, que ces limites soient explicitement présentées comme relevant de l'identité constitutionnelle ou encore qu'elles soient conçues comme faisant référence à des principes « suprêmes », « directeurs », « essentiels », « fondamentaux » de la constitution. La portée de ces limites est variable car elle dépend à la fois de leur étendue matérielle, mais aussi et surtout de la contrainte qui leur est assortie, notamment au moyen de la compétence de la juridiction constitutionnelle pour en assurer le respect. Si elles apparaissent peu effectives dans certains États à l'image de la France, il n'empêche que dans d'autres comme en Allemagne ou en Italie, elles produisent de réels effets sur l'exercice du pouvoir de révision et traduisent un besoin fondamental de les protéger. Dans ce cadre, il est patent que la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles apparaissent comme un verrouillage constitutionnel absolu ou du moins très résistant de l'évolution du droit primaire qui atteindrait ces limites matérielles, puisque même le pouvoir de révision ne pourrait, sous contrôle juridictionnel, le rendre compatible avec la constitution. C'est en cela que ces limites apparaissent intangibles, car attachées à la durée de vie de la constitution.

Pourtant, l'identité constitutionnelle ainsi formulée n'apparaît pas comme une citadelle inexpugnable, puisque tout comme dans le premier groupe d'États observés, et bien que cela soit toutefois moins explicite, il semble possible de dépasser ces limites non par l'adoption d'un acte juridique formalisé par une loi constitutionnelle, mais par l'adoption d'une nouvelle

[1] Constitution roumaine, précitée, article 148 : « (1) Les dispositions de la présente Constitution portant sur le caractère national, indépendant, unitaire et indivisible de l'État roumain, la forme républicaine du Gouvernement, l'intégrité du territoire, l'indépendance de la justice, le pluralisme politique et la langue officielle ne peuvent pas faire l'objet de la révision. (2) De même, ne peut être réalisée aucune révision qui aurait pour résultat la suppression des droits fondamentaux et des libertés fondamentaux des citoyens ou de leurs garanties ».
[2] *Ibid.*, article 144§a *in fine*.

constitution. Cette adoption constituerait pour nombre d'auteurs une révolution juridique, au moins lorsqu'une telle issue n'est pas prévue par la constitution initiale. Ainsi, seul le constituant originaire, généralement identifié dans le peuple, pourrait dépasser la limite matérielle et procédurale portée à la révision constitutionnelle et indirectement à celle des traités ; c'est en filigrane l'identité démocratique des États membres qui s'exprime ici, présupposant que la souveraineté réside en premier et en dernier lieu entre les mains du peuple.

216. De la formulation de ces limites et de leur garantie par les juridictions constitutionnelles, résulta un débat doctrinal d'une profondeur abyssale. En effet, une série de questions qui relève du champ d'analyse de la théorie du droit découle directement de la mise en œuvre de ces limites, afin d'en démontrer ou d'en infirmer l'opérabilité.

La première de ces interrogations, ayant pour finalité de déterminer à qui s'imposerait ces limites, porte sur la conception du pouvoir constituant lui-même. Elle aborde ainsi la validité de la distinction, soit formelle, soit matérielle, entre pouvoir constituant originaire d'une part et pouvoir de révision d'autre part, qui fut d'ailleurs également qualifié de constituant dérivé, constitué ou encore institué selon les auteurs et leur propre « confession » doctrinale[1]. Cette divergence de position à l'égard de la caractérisation du pouvoir constituant tient elle-même d'une conception doctrinale différente de la constitution en tant que norme matérielle ou formelle. Dans la conception matérielle le pouvoir constituant, dont le titulaire serait exclusivement le peuple, pourrait élaborer ou modifier les éléments essentiels de la constitution, là où le second n'aurait que la seule capacité d'en réviser les éléments secondaires. Dans la conception formelle ou positiviste, le pouvoir constituant originaire serait celui qui agirait en dehors de la constitution par opposition au pouvoir constituant dérivé, qui lui ne pourrait agir que dans les formes prévues par le texte constitutionnel. Le peuple serait susceptible, cette fois d'une façon non impérative, de participer à l'un comme à l'autre. L'objectif de ces deux écoles de pensées est ici de respectivement démontrer que : dans une lecture matérielle, la nature différente de ces deux pouvoirs justifie la stricte limitation matérielle et l'encadrement formel des compétences du pouvoir de révision. Ce

[1] Pour une analyse des diverses positions doctrinales voir GÖZLER K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve, PU du Septentrion, 1996, 774 p., qui retiendra d'ailleurs lui-même une conception formaliste ; voir également du côté formaliste : CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz-Sirey, réédition de 2003, pp. 489-490 ; BURDEAU G., *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, Paris, Macon, 1930, p. 78-79 ; VEDEL G., « Souveraineté et *supra*constitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993 n°67, p. 90 ; Voir enfin du côté matériel : SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 211 et s. ; BEAUD O., *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 315.

dernier est soumis hiérarchiquement au constituant originaire, conçu comme le seul véritable constituant et dont l'action serait *a contrario* totalement libre. Dans une lecture formelle, la nature de ces deux pouvoirs est strictement similaire et par conséquent cela conduirait à penser qu'en dehors d'une différence dans leur organisation, leur fonction et l'étendue matérielle de leur compétence seraient identiques. Les deux pouvoirs apparaissent dès lors comme souverains et hiérarchiquement équivalents. Cela implique que dans la lecture matérielle, les limites précédemment observées trouvent véritablement à s'appliquer au seul pouvoir de révision, alors que dans la lecture formelle, elles ne pourraient valablement s'imposer à un pouvoir constituant dérivé. En effet celui-ci est considéré comme pleinement souverain et par conséquent soumis non pas à des limites matérielles qu'il pourrait légitimement modifier, mais seulement à l'encadrement procédural de son action, dont aurait disposé le pouvoir constituant originaire et qui fonde d'ailleurs sa propre existence.

La seconde interrogation qui découle de la première est relative à l'existence de normes supraconstitutionnelles, puisqu'à considérer que certaines normes constitutionnelles bénéficieraient d'une protection renforcée par rapport à d'autres, notamment en ce qu'elles échapperaient au pouvoir de révision, il n'y avait plus qu'un pas à franchir pour que certains imaginassent qu'une nouvelle hiérarchie normative se dessinait au sein même du droit constitutionnel[1].

Enfin, une dernière interrogation porte plus spécifiquement sur l'évolution du rôle du juge constitutionnel dans le cadre du contrôle des lois de révisions, une telle compétence

[1] Voir en ce sens, SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p.154-155 ; voir également BEAUD O., *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 1068, selon lequel : « différents par leur objet et leur contenu, l'acte constituant et l'acte de révision révèlent donc l'existence d'une hiérarchie matérielle entre les principes intangibles et des dispositions qui ne le sont pas ». Toutefois ces approches furent contestées avec plus ou moins de force par une autre partie de la doctrine à l'image de VEDEL G., « Souveraineté et *supra*constitutionnalité », *op.cit.*, p. 81, qui refuse de façon catégorique l'existence de telles normes au constat de trois raisons, d'abord « le droit positif français ne [connaît] pas de règles juridiques de rang *supra*constitutionnel », ensuite « le concept de normes juridiques *supra*constitutionnelles [serait] logiquement inconstructible », enfin « la *supra*constitutionnalité est dangereuse pour l'ordre juridique démocratique » ; ou encore de FAVOREU L., « Souveraineté et *supra*constitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993 n°67, p. 75, qui considérant « difficile de ne pas se rallier à ce raisonnement du doyen Vedel » optera toutefois pour une position plus modérée, choisissant de ne pas « y adhérer totalement » au constat de changements récents opérés au sein du droit public qui d'une part feraient transiter ces normes *supra*constitutionnelles du droit naturel vers le droit positif en regroupant dans les constitutions un fond commun de principes transnationaux et qui d'autre part impliqueraient désormais des références à des normes *supra*constitutionnelles d'origine externe c'est-à-dire conventionnelles ou internationales par opposition à la *supra*constitutionnalité interne ; ou enfin LEPSIUS O., « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *op.cit.*, p. 14, pour lequel dans l'ordre juridique allemand, cette construction serait « insolite » car « si l'article 79 alinéa 3 LF [servait] à fonder des décisions, ces dernières [seraient] entachées d'une contradiction théorique avec la doctrine de la structure pyramidale de l'ordre juridique et de la hiérarchie des normes ».

revenant pour certains à lui confier une partie du pouvoir constituant[1].

Au-delà de ce débat doctrinal et des questions qui le sous-tendent, l'examen des différentes constitutions et pratiques nationales démontre à lui seul que la constitution peut agir comme un verrouillage matériel et formel de l'évolution du droit de l'Union ou du moins de son acceptation. Il permet aussi de considérer que les limites identitaires envisagées, si elles ne sont pas toujours conçues comme intangibles, renforcent pourtant la protection accordée aux principes visés. Ce renforcement existe ne serait-ce qu'en imposant le suivi d'une procédure plus complexe ou encore le recours direct à la souveraineté populaire, afin de pouvoir en définitive rendre compatible avec la constitution et ratifier ou continuer l'application d'un traité qui porterait atteinte à cette identité.

Conclusion du chapitre 2 :

217. Les Constitutions des États membres, imposant de façon quasi systématique le recours à la révision constitutionnelle, agissent comme un encadrement de l'évolution du droit primaire, car imposant le recours à une procédure bien plus complexe que la simple ratification législative, dès lors que le traité envisagé entrerait en contradiction avec leurs dispositions. Cet encadrement est d'autant plus solide qu'il est renforcé, voire définitivement scellé, au sujet de la révision de certaines dispositions à caractère essentiellement identitaire. La constitution et l'encadrement de la révision constitutionnelle apparaissent donc comme un outil de fermeture de l'ordre juridique national à l'égard de certaines évolutions que pourrait emprunter le droit primaire de l'Union, notamment celles qui seraient ainsi contraires à l'identité constitutionnelle voire plus largement nationale de l'État membre.

Au-delà de ce constat, le choix de réviser la constitution, une fois cette incompatibilité constatée avec l'évolution des traités, apparaît comme une volonté d'ouvrir l'ordre juridique nationale au droit externe. En effet, si l'encadrement procédural de la révision semble conçu

[1] Voir en ce sens, VEDEL G., « Souveraineté et *supra*constitutionnalité », *op.cit.*, p. 87, ne concevant pas l'existence de principes *supra*constitutionnels en dehors d'une référence exclusive au droit naturel, qui par définition n'est inscrit dans aucun texte juridique, se pose pour l'auteur l'interrogation suivante : « Dira-t-on qu'il appartiendra à une juridiction suprême de les découvrir et de les mettre en œuvre ? En ce cas ne serait-il pas plus simple de dire que le juge reçoit le pouvoir constituant ? » ce qui reviendrait selon lui à « donner la puissance initiale à un corps à qui, selon la pratique universelle, le mode de désignation et le statut ne légitiment pas l'attribution d'une telle puissance » ; voir également LEPSIUS O., « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *op.cit.*, p. 14, pour lequel de telles décisions relatives au contrôle de compatibilité des lois constitutionnelles à la Constitution « conduisent à un déficit de légitimité de celui qui les rend, donc de la Cour constitutionnelle, car par le recours à la garantie de pérennité, la Cour est forcément poussée dans le rôle d'un constituant (supplétif), sans posséder d'habilitation constitutionnelle ou de légitimité théorique pour cela ».

comme un outil de fermeture, la révision au regard de sa teneur matérielle peut en elle-même, après aboutissement de la procédure prévue à cet effet, être un outil d'ouverture, du moins lorsqu'elle a pour objet de rendre compatible le nouveau traité avec la constitution. Elle a non seulement permis la résolution *a priori* ou *a posteriori* des incompatibilités avec les traités successifs, mais également l'adoption dans de nombreuses constitutions d'une clause constitutionnelle de participation à l'Union européenne[1]. Cette clause garantit alors de façon générale la validité du droit de l'Union et plus spécifiquement de son droit dérivé, en assurant par conséquent le bon déroulement de l'intégration européenne une fois le traité ratifié[2]. Cette ouverture n'apparaît toutefois que rarement absolue, attendu qu'elle est la plupart du temps assortie de limites explicitement formulées par le texte constitutionnel ou implicitement dégagées par le juge constitutionnel[3], limites qui matériellement se rapprochent d'ailleurs parfois fortement de celles régulièrement imposées au pouvoir de révision constitutionnelle.

218. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue que la révision constitutionnelle n'intervient pas systématiquement pour rendre conforme le droit constitutionnel au droit primaire européen, puisqu'elle peut également être utilisée isolément ou parallèlement à cette première éventualité afin de constitutionnaliser de nouveaux éléments, notamment identitaires, dans le but de renforcer leur protection au niveau interne, tout autant qu'au niveau externe, en s'assurant que leur modification soit désormais soumise à la procédure de révision constitutionnelle[4]. Elle peut enfin être employée pour consolider le verrouillage que forme la procédure de révision par l'intensification de sa complexité ou de ses limites, en lui imposant de nouvelles restrictions formelles ou matérielles[5]. Dans ces deux derniers cas, la révision apparaîtrait à nouveau comme un outil de verrouillage de l'ordre juridique interne notamment à l'égard de certaines évolutions potentielles du droit primaire de l'Union, ainsi que comme un moyen de renforcer la protection unilatérale de l'identité constitutionnelle.

---

[1] Voir sur ce point, CHALTIEL F., « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des États membres », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 67-77.

[2] Voir *supra* (§163 et s.), sur le parallélisme des révisions.

[3] Voir *infra* (297 et s.).

[4] Pour exemple, Constitution française, précitée, article 2 : « La langue de la République est le français », insertion seulement opérée lors de la révision du 25 juin 1992 parallèlement à l'adaptation de la Constitution au traité de Maastricht. Voir également au sujet de la mutabilité des identités constitutionnelles, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 161 et s.

[5] Bien que cette insertion soit largement étrangère au droit de l'Union, puisque très antérieure à celui-ci, il est intéressant de noter qu'en France, la première interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement fut formulée au sein des lois constitutionnelles de 1875, par l'intermédiaire d'une révision datant de 1884. Le constituant dérivé s'est donc limité de lui-même, démarche qui pourrait encore aujourd'hui être employée pour intégrer de nouvelles limites, notamment de nature identitaire, qui seraient portées au pouvoir de révision.

Conclusion du Titre 1 :

219. Dans les rapports conventionnels des États avec l'Union, la méthode de protection de l'identité constitutionnelle relève effectivement d'une méthode souveraine, dans ses formes politiques, comme constitutionnelles. D'abord exercée à l'échelon externe, elle garantit aux États la maîtrise de leur consentement initial, réitéré et continu au projet européen, ceux-ci pouvant refuser ou cesser d'être soumis à l'accord et à ses évolutions possibles. Il s'agit là d'une preuve de la persistance d'une qualité souveraine des États, assurant la liberté politique de leur choix sans contrainte de l'extérieure. Cette qualité étatique, composante de leur identité est donc préservée après l'adhésion. Elle permet aux États membres d'influencer le projet européen en leur assurant ainsi la faculté de protéger leur identité constitutionnelle, d'une part au moyen de la maîtrise des transferts de compétences et de leur exercice par l'Union, et d'autre part en leur garantissant la capacité d'inscrire, en annexe comme dans le corps des traités, des clauses favorables à la préservation identitaire. Ensuite exercée au niveau interne et plus précisément constitutionnel, elle permet aux États de s'autolimiter dans leur capacité de s'engager, dès lors que le traité envisagé entrerait en contradiction avec la constitution. Ce second mécanisme de protection souveraine fondé sur le contrôle du droit international et l'encadrement de la révision constitutionnelle pose clairement des limites à l'évolution potentielle des traités. En effet, sont prévues dans plusieurs Constitutions des États membres certaines dispositions en rapport avec l'identité constitutionnelle, dont la révision serait rendue plus complexe voire impossible. De la difficulté ou de l'impossibilité de ratifier le traité qui y porterait atteinte, éclot un verrouillage procédural et matériel interne des évolutions potentielles du traité et de la capacité des États à y consentir. La solidité de ce verrou est finalement assurée par la valeur hiérarchique de la constitution au sein de la pyramide normative, expression même de la souveraineté étatique.

220. La souveraineté, qu'elle s'exerce au niveau constitutionnel ou international est donc un outil pertinent à disposition des États, pour assurer la protection de leur identité. Pourtant, si cet outil est approprié dans leurs rapports contractuels avec l'Union, il doit être relativisé au sein du processus d'intégration. La souveraineté formelle des États reste intacte dans ce processus, mais il ne semble pas possible de porter pareille considération à l'égard de leur souveraineté matérielle. Un certain nombre d'éléments notamment jurisprudentiels conduisent en effet à penser, qu'en dehors des périodes conventionnelles et une fois l'accord des États

obtenus, ceux-ci consentent dans le fonctionnement de l'Union à une limitation de l'exercice de leurs compétences souveraines. De cette autolimitation résulterait ainsi la soumission de leur ordre juridique, constitution comprise, au droit de l'Union valablement adopté. Une telle soumission pourrait par conséquent avoir l'effet de limiter la capacité souveraine des États à protéger leur identité au niveau interne, en remettant en cause la suprématie même de leur constitution. Certes le droit de retrait demeure une solution de repli identitaire envisageable, mais dès lors que les États persistent dans leur volonté d'appartenir à l'Union, tout en remplissant les obligations découlant du statut d'État membre, ils devront trouver d'autres méthodes que celle d'une protection souveraine garantie par le verrouillage constitutionnel, afin de voir leur identité préservée.

Titre 2 : Une protection aménagée dans le processus d'intégration de l'Union

221. Si l'État membre demeure le détenteur de la souveraineté au sens formel, le fonctionnement de l'Union semble pourtant impliquer, par le processus d'intégration, une limitation voire la désactivation partielle de l'exercice étatique de la souveraineté au sens matériel. L'Union, sans formellement détenir la souveraineté participerait ainsi à son exercice[1]. En effet, selon une partie de la doctrine, deux niveaux « concurrents »[2] d'exercice juridictionnel et normatif du pouvoir cohabitent désormais sur le territoire de l'État membre, l'échelon étatique et l'échelon européen[3]. Les États membres furent rapidement confrontés par le juge de l'Union aux exigences découlant du processus d'intégration. De cette confrontation naquit l'idée qu'ils étaient désormais contraints de limiter l'exercice de leur souveraineté. En effet, l'interprétation absolue donnée au principe de primauté par le juge de l'Union aurait pour conséquence de remettre en cause la capacité des États à exercer leurs contrôles juridictionnels et leurs pouvoirs normatifs en toute indépendance[4]. Or, comme le rappelle Dominique Ritleng, « *la vigueur et la constance avec lesquelles la Cour de justice affirme la primauté du droit communautaire n'ont d'égales que l'opiniâtreté et l'unanimité montrées*

[1] Voir sur ce point, ROLAND S., « La souveraineté », *op.cit.*, p. 122.

[2] Voir sur la notion de concurrence des systèmes juridiques, PFERSMANN O., « Qu'entend-on exactement par l'expression "concurrence des systèmes juridiques" ? », *Cahiers de la méthodologie juridique n°22*, 2008, voir http://www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/Pfersmann.pdf.

[3] Cette conception est notamment appuyée par les auteurs du constitutionnalisme multiniveaux, voir par exemple, MACCORMICK N., *Questioning sovereignty law, state, and nation in the european commonwealth*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 104 ; voir aussi WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, p. 343 ; voir également, PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 26 ; voir de même GUYOMAR M. et SIMON D., « La hiérarchie des normes en Europe », *Gazette du Palais*, février 2009, p. 12 ; voir encore RITLENG D., « Le pluralisme juridique vu par le Conseil d'État français, un bon pluralisme ? », *Informations de l'Institut de droit européen 2/08*, 2008, pp. 3-6, voir http://www.unifr.ch/euroinstitut/assets/files/pdf/Publikationen/News-letter/newsletter2_08.pdf., p. 3, selon lequel : « Plusieurs ordres juridiques coexistent, revendiquant chacun leur autonomie et souveraineté juridiques ; voir enfin BURGORGUE-LARSEN L., « La démocratie au sein de l'Union européenne. De la "constitution composée" à la "démocratie composée" », *in* BAUER H. et CALLIES C., *Les principes constitutionnels en Europe. Constitutional principles en Europe*, Bruxelles, Bruylant, Sakkoulas, Berliner, 2008, p. 84, selon laquelle : « deux niveaux d'exercice du pouvoir en Europe entrent en interaction et rétroagissent l'un sur l'autre de façon régulière ».

[4] Voir BEAUD O., « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, pp. 1045-1068 : « D'un côté, si on la juge selon un critère formel ou institutionnel, l'Union européenne ne détient pas encore la qualité d'État, alors que matériellement, elle détient de plus en plus un pouvoir unilatéral de décision analogue à celui d'un État. D'un autre côté, le processus est inversé pour les États membres. Formellement, ceux-ci demeurent souverains et la Communauté européenne ne l'est pas encore. Mais matériellement, les choses changent complètement "car les États membres conservent les signes symboliques de la souveraineté étatique (souveräne Staatlichkeit), en même temps qu'ils perdent leur pouvoir de décision juridique jusque dans les domaines d'action touchant au noyau de l'action étatique" (Di Fabio U., Der neue Art. 23 des Grundgesetz, Der Staat, 1993, p. 197). La tendance dominante de la construction européenne consiste donc à "dé-matérialiser" l'État souverain, c'est-à-dire le priver de sa substance étatique ».

par les cours suprêmes des États membres quand elles rappellent la suprématie de leurs constitutions nationales »[1]. La question qui se pose alors dans l'existence de ces deux « discours parallèles » des juges de l'Union et des États est bien celle du « droit de dernier mot »[2].

Les conflits entre identité constitutionnelle et droit de l'Union mettent particulièrement en lumière ce phénomène. La limitation de l'usage par l'État membre de ses compétences souveraines induit logiquement une réduction subséquente de sa capacité à protéger unilatéralement, dans le respect des obligations découlant du traité, ce qui apparaît pourtant essentiel à sa survie, c'est-à-dire son identité constitutionnelle. Le fonctionnement de l'Union, fondé sur le processus d'intégration se différencie ainsi du droit international ordinaire, en ce qu'il suppose des rapports actualisés entre les États membres et l'Union, distincts de ceux qu'ils entretiennent avec elle pendant les périodes conventionnelles. Dès lors, en dehors bien sûr du recours à la solution extrême que constituerait le droit de retrait, les États ont donc été contraints d'aménager progressivement les méthodes de protection de leur identité dans le cadre du processus d'intégration. Il s'agira ainsi d'identifier les raisons ayant rendu nécessaire cet aménagement, puis d'évaluer sa nature.

222. La méthode étatique de protection de l'identité, empruntant une voie souveraine et unilatérale, est clairement menacée par une interprétation extensive et absolue du principe de primauté qui a justement pour effet de limiter l'exercice étatique de la souveraineté. Le principe européen de primauté conduit-il alors à la nécessité d'un aménagement, par les États membres, des méthodes de protection de l'identité constitutionnelle, qui serait alors significatif de l'originalité de la construction européenne ? (**Chapitre 1**). Il en résulta une résistance des juges nationaux, qui tout en acceptant dans une large mesure les limites induites par le principe de primauté sur l'exercice étatique de la souveraineté, n'ont pas manqué de les pondérer en formulant des réserves de souveraineté tenant à la protection de l'identité, parfois encore qualifiées de réserves de constitutionnalité ou de contre-limites. En théorie les juges nationaux persistent à évoquer une protection souveraine de l'identité constitutionnelle, il

[1] RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, p. 678 ; voir également LEVADE A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 112 : « la tentation est forte de voir en cette dualité la source d'une opposition frontale entre le juge communautaire, exclusivement préoccupé par le respect de *l'exigence existentielle* caractéristique de l'ordre juridique dont il lui y incombe de faire respecter les normes, et les juges constitutionnels, tout entier dédiés à la préservation *d'identités constitutionnelles* que le droit communautaire et de l'Union européenne s'ingénierait à nier ».

[2] RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *op.cit.*, p. 678.

faudra néanmoins déterminer si cette méthode a réellement été appliquée ou si au contraire une méthode alternative fut employée par les juges (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Un aménagement rendu nécessaire par la primauté

223. Le processus d'intégration contraint les États à adapter les méthodes qu'ils déploient, afin de protéger leur identité constitutionnelle. Cette contrainte se nourrit des liens qu'entretiennent les principes de primauté, d'effectivité et de coopération loyale, ce dernier impliquant que les États ne mettent pas en péril la réalisation des objectifs de l'Union, à commencer par la création d'une Union sans cesse plus étroite[1]. L'adaptation est ainsi imposée par l'une des garanties essentielles de ce processus, le principe de primauté du droit de l'Union. Outil de résolution des conflits normatifs entre les règles nationales et celles de l'Union au profit des secondes, sa reconnaissance s'est en effet traduite, notamment au moyen d'une interprétation particulièrement extensive, par la limitation de l'exercice étatique de la souveraineté. Or, cette limite menace la capacité des États à protéger leur identité constitutionnelle au moyen des méthodes qu'ils déploient traditionnellement en droit international, à l'instar d'ailleurs de celles qui furent observées dans les rapports contractuels des États avec l'Union.

224. Afin de comprendre les raisons qui ont contraint les États à aménager l'exercice de leur souveraineté, il convient d'évaluer comment la jurisprudence de la Cour a pu représenter une menace. Pour cela, il est nécessaire de s'attacher d'abord à l'analyse des caractéristiques du principe de primauté, tel qu'il fut reconnu en droit de l'Union (**Section 1**), avant d'envisager ses effets sur le monopole souverain étatique, celui-ci se traduisant par une action restreinte de l'ensemble des autorités nationales, qu'elles aient une vocation normative ou juridictionnelle (**Section 2**).

Section 1 : La reconnaissance du principe de primauté

225. Il convient initialement de déterminer dans quelle mesure la reconnaissance du principe de primauté et sa motivation par le juge de l'Union présente une spécificité par

[1] Voir sur ce point NEFRAMI E., « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 197-203 ; voir du même auteur « L'État membre au service de l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2*,* 2004*,* p. 53 : « En assignant différentes significations au principe d'application effective du droit de l'Union, la Cour a rattaché l'encadrement de l'autonomie étatique au principe de primauté, en invoquant le devoir de loyauté comme corollaire de la primauté ».

rapport au droit international. Dans ce but, il faudra d'abord étudier ses origines et son champ d'application matériel (§1). S'agissant ensuite de sa justification, qui semble localisée dans l'attribution de compétence, il sera nécessaire d'analyser le lien entretenu entre ce motif de justification et les conséquences du principe sur les compétences étatiques (§2).

Paragraphe 1 : Origine et champ d'application matériel du principe

226. L'analyse de la méthode déployée par le juge dans l'ordre juridique de l'Union est utile, non seulement afin d'évaluer les effets et la spécificité du principe de primauté sur les ordres juridiques nationaux (A), mais aussi pour définir plus précisément le champ du droit de l'Union couvert par ce principe (B).

A. L'origine prétorienne d'un principe existentiel

227. La primauté du droit de l'Union signifie selon l'acception absolue retenue par la Cour de justice, que le droit de l'Union aurait une valeur supérieure aux droits nationaux des États membres ou du moins qu'il aurait une applicabilité prioritaire. S'agissant d'un principe présenté comme fondamental pour l'ordre juridique de l'Union, il est nécessaire d'étudier avec précision la méthode ayant conduit à sa reconnaissance afin d'en évaluer la spécificité éventuelle. Pour ce faire, il convient d'abord d'évoquer son absence au sein des traités (1), puis d'analyser sa consécration par le juge de l'Union (2).

1. Un principe absent des traités

228. Ce principe, aussi fondamental soit-il, n'est pour l'heure toujours pas inséré dans les traités, puisque son inscription dans le TECE n'aura pas survécu à l'abandon de ce dernier[1]. Il y était précisé que « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres »[2]. Le principe n'est depuis évoqué dans le traité de Lisbonne qu'au moyen d'une simple déclaration annexée sans réelle valeur juridique contraignante. Cette déclaration prend

[1] Voir sur ce point DUBOUT E., « De la primauté "imposée" à la primauté "consentie" – Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *in IVe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005.
[2] Article I-6 TECE.

toutefois acte de la reconnaissance prétorienne du principe qui apparaît pour sa part contraignante et de la constance de cette jurisprudence pour réaffirmer que « les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence »[1].

229. Le fondement et la détermination juridique du principe demeurent donc exclusivement jurisprudentiels. À ce titre, mention est faite d'un avis du service juridique du Conseil en date de 2007 rappelant sommairement l'arrêt Costa à la base de sa reconnaissance[2]. La déclaration fait de plus explicitement référence à l'abandon de l'inscription du principe dans le traité de Lisbonne, tout en soulignant sa valeur fondamentale et la continuité de son existence. Si certains États auront préféré son exclusion du traité lui-même, craignant notamment qu'il soit susceptible de « mettre en place un super État fédéral »[3], il faut pourtant reconnaître que son inscription dans le TECE se bornait à codifier la jurisprudence de la Cour de justice. Dès lors, il apparaissait nécessaire, même au sein d'une annexe dépourvue de valeur contraignante, de fournir une compensation à son abandon, afin de ne guère laisser imaginer qu'il ait pu être abandonné ou remis en cause.

2. Un principe d'origine prétorienne

230. L'origine et la mise en œuvre du principe de primauté sont donc purement prétoriennes[4], le juge de l'Union ayant progressivement pris le soin de le conceptualiser et de le justifier au moyen d'une « méthode téléologique d'interprétation du droit communautaire »[5]. La première apparition du principe, au demeurant innommée puisque le terme employé était alors celui de prévalence, résulte comme le souligne désormais la

[1] Déclaration n°17 annexée au traité de Lisbonne, qui d'une part prend acte de sa non-inscription au sein du traité et qui d'autre part confirme la continuité de son existence fondée explicitement sur la jurisprudence de la Cour de justice.
[2] CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ E.N.E.L, Aff. C-6/64.
[3] PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, *op.cit.*, p. 40.
[4] Voir sur le rôle de créateur du droit assumé par la Cour de justice, EISENGRÄBER A., « Les institutions européennes dans le débat sur "le gouvernement des juges" », *in* BESSON S., LEVRAT N. et CLERC E., *L'interprétation en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 83-97.
[5] Voir en ce sens HECQUARD-THERON M., « La notion d'État en droit communautaire », *RTDE*, 1990, p. 704, l'auteur poursuit qu'il « ne s'agit pas, en effet, pour le juge communautaire de maintenir un équilibre entre les systèmes juridiques nationaux et le système juridique communautaire en construction mais de poursuivre un but, l'intégration voulue par les traités ».

déclaration annexée au traité de l'illustre arrêt Costa[1]. La Cour y justifia sa position par la reconnaissance d'une « spécificité » de l'Union européenne et de son traité constitutif par rapport au droit international « ordinaire »[2]. Il s'agit là d'un « fondement propre au droit communautaire », excluant que ce dernier dépende de « la position hiérarchique du droit communautaire dans l'ordre juridique interne » ou encore « d'aléatoires concessions constitutionnelles nationales »[3].

Cette spécificité est d'abord démontrée par le juge au constat de l'intégration de l'ordre juridique de l'Union au sein du système juridique étatique, puis ensuite par le biais de différents critères, tels que « la durée illimitée » d'une Union dotée « d'institutions propres », sa « capacité » et sa « personnalité » juridique notamment au niveau international, de même que l'existence de « pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attribution des États à la Communauté »[4]. De ce dernier critère sont tirées par le juge, tant l'acceptation de l'ordre juridique de l'Union par l'État, que la réciprocité des obligations qu'il impose. Ces obligations impliquent dès lors une application uniforme et « inconditionnelle » du droit de l'Union, qui ne saurait être remise en cause par les actes unilatéraux d'un État membre. En effet, cela reviendrait sinon à « mettre en péril la réalisation des buts du traité » et concomitamment lui faire « perdre son caractère communautaire » en annihilant la « base juridique de la Communauté elle-même »[5].

231. Si la reconnaissance de la primauté est particulièrement liée à la spécificité du droit de l'Union, une telle reconnaissance n'est pourtant pas spécifique à celui-ci, puisque le droit international classique connaît également un tel principe. Ce n'est donc pas tant « la solution retenue par la Cour de justice qui est remarquable, mais bien plus le raisonnement qui l'appuie »[6], puisqu'elle aurait pu, à l'instar d'autres juridictions internationales, consacrer la

[1] CJCE, 15 juillet 1964, Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité ; il faudra attendre 1968 pour que la Cour évoque explicitement le principe de primauté du droit de l'Union, voir en ce sens, CJCE, 4 avril 1968, Firma Gebrüder Lück, Aff. 34-67.

[2] Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité ; voir également PELLET A., « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *in Collected Courses of the Academy of European Law*, Pays-Bas, Kluwer Law International, vol. V, Book 2, 1997, pp. 193-271, l'auteur y considère que la Cour de justice procède dans l'arrêt Costa à une entreprise de « désinternationalisation du droit communautaire », en remplaçant la formule « un nouvel ordre juridique de droit international » utilisée dans l'arrêt Van Gend en Loos, par celle d'un « ordre juridique propre ». Si cette entreprise participe à la consécration d'une spécificité de la construction européenne, l'auteur demeure toutefois sceptique sur les fondements de cette nouvelle qualification, au constat que ne s'était pourtant alors produit « aucune mutation juridique majeure » entre les deux arrêts.

[3] RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *op.cit.*, p. 679.

[4] Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité.

[5] *Ibidem*.

[6] JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2009, p. 569 ; voir aussi SCANDAMIS N., « L'État dans l'Union européenne Passion d'un grand acteur », *RDP*, 2012, p. 1350 :

primauté du droit de l'Union « en se référant aux obligations contractées dans des traités régulièrement ratifiés par les États membres, pour en déduire […] que ces derniers devaient certes respecter les engagements qu'ils avaient souscrits, mais dans le respect des spécificités de leurs ordres juridiques nationaux »[1].

Plus encore qu'une simple résultante de la règle *pacta sunt servanda,* la primauté apparaît ainsi, selon l'expression formulée par Pierre Pescatore, comme une « exigence existentielle »[2] du droit de l'Union, comme « un principe fondamental de fonctionnement de l'ordre juridique communautaire »[3], c'est-à-dire comme « consubstantielle à [sa] nature »[4], en échappant par conséquent aux effets habituels de la réciprocité[5]. Le juge considérera donc que « le droit né du traité ne pourrait […], en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne »[6]. D'ailleurs la juridiction de l'Union sera encore plus explicite cinq années plus tard, lorsqu'elle précisera que « les conflits entre la règle communautaire et les règles nationales doivent être résolus par l'application du principe de la primauté de la règle communautaire »[7]. Les premiers jalons du principe de primauté du droit de l'Union sur le droit national étaient ainsi posés.

232. Si sa signification et plus encore sa portée bénéficieront de développements divers et variés dans la jurisprudence ultérieure, le juge confirmera systématiquement sa justification

« l'État n'a plus à intervenir dans la manière de se soumettre au droit communautaire, comme c'est le cas avec le droit international auquel il pose ses propres conditions d'exécution (publication ou incorporation, conditions relatives à l'applicabilité directe entre autres). Les conditions de la suprématie de la règle commune sont donc uniformes pour tous les États membres et font plier même leurs dispositions constitutionnelles afférentes » ; voir également ONDUA A., *Étude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France – L'ordre constitutionnel comme guide au renforcement de la construction européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001, 120 et s.

[1] JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne, op.cit.,* p. 569.

[2] PESCATORE P., *L'ordre juridique des communautés européennes. Études des sources du droit communautaire*, Liège, presse universitaires de Liège, 1971, pp. 177-178 ; voir également GAUDIN H., « Primauté la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 640 : « remettre en cause la primauté, c'est aussi remettre en question l'ordre juridique communautaire, son autonomie et le principe d'intégration ».

[3] NGAMBI J., « Un pas supplémentaire dans l'assimilation du principe de primauté par le Conseil d'État, l'affaire Arcelor », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 697.

[4] JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 570.

[5] Voir CJCE, 13 novembre 1964, Commission c/ Luxembourg et Belgique, Aff. C-90/63 et C-91/63, « Le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle. Même en cas d'inexécution des obligations incombant à une institution communautaire, l'économie du traité comporte donc interdiction pour les États membres de ne pas exécuter leurs obligations et de se faire justice eux-mêmes en dehors des cas expressément prévus », voir également CJCE, 26 février 1976, Commission c/ Italie, Aff. C-52/75.

[6] Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité.

[7] CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, Aff. C-14/68.

en tant que condition existentielle de l'ordre juridique de l'Union. En termes identiques à ceux empruntés dans l'arrêt Costa, le principe de primauté sera certes présenté comme essentiel au maintien de l'effectivité des « engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres »[1], mais aussi comme une garantie de « l'effet utile du traité »[2] et de « l'efficacité du droit communautaire »[3].

B. Un champ d'application matériel étendu à l'ensemble du droit de l'Union

233. Étudier la primauté du droit de l'Union sur le droit national implique une première interrogation visant à déterminer les actes de l'Union susceptibles d'en bénéficier. En d'autres termes, que recouvre l'expression « droit de l'Union » ? Si la reconnaissance porte d'abord sur les traités et sur le droit de l'Union évoqué de façon générale (1), la Cour ne tardera pas à l'étendre aux actes de droit dérivé (2).

1. La primauté des traités et la primauté générale du droit de l'Union

234. La Cour, tout en formulant le principe de primauté, dut en effet déterminer les actes de l'Union susceptibles d'en bénéficier. Dans l'arrêt Costa, elle se limitait à présenter de façon générale « la prééminence du droit communautaire » et « du droit né du traité », de même que la prévalence « de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité »[4]. En ce sens, même si les traités étaient surtout visés, il semblait envisageable que l'ensemble des actes juridiques de l'Union puissent en bénéficier, sans que cela soit toutefois étayé. Cette vision sera confirmée par une série jurisprudentielle évoquant successivement la primauté « du traité et des actes pris en son application » au regard de leur « force impérative »[5], puis encore plus précisément la primauté « des actes adoptés par les institutions de la communauté »[6]. La Cour évoquera ensuite la primauté « des règles du droit

[1] CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, Aff. C-106/77, point 18.
[2] Arrêt Walt Wilhelm, précité, point 6.
[3] Voir par exemple : CJCE, 17 décembre 1970, Handelsgesellschaft, Aff. C-11/70, point 3 ; CJCE, 6 décembre 1977, Maris, Aff. C-55/77, point 17 ; CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, Aff. C-44/79, point 3 ; CJCE, 19 juin 1990, Factortame, Aff. C-213/89, point 20 ; CJCE, 28 juin 2001, Larsy, Aff. C-118/00, point 51 ; CJUE, 8 septembre 2010, Winner Wetten, Aff. C-408/06, point 61 ; CJUE, 15 janvier 2013, Križan e.a., Aff. C-416/10, point 70.
[4] Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité.
[5] Arrêt Walt Wilhelm, précité, point 6.
[6] CJCE, 17 décembre 1970, Handelsgesellschaft, Aff. C-11/70.

communautaire, établies par le traité lui-même ou en vertu des procédures qu'il a instituées »[1], de même que celle des « dispositions du traité et [des] actes des institutions directement applicables »[2]. Le droit dérivé, auquel est attribuée une force contraignante, apparaissait ainsi clairement identifié comme bénéficiant, au même titre que les dispositions du droit primaire, du principe de primauté.

235. S'agissant plus spécifiquement des dispositions des traités, le principe de leur primauté sur le droit national fut donc clairement posé par les diverses décisions précédemment évoquées[3]. Or, si cette primauté des traités vaut certes à l'égard du droit national, elle s'impose tout autant au droit dérivé. En effet la Cour précisera que « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États Membres, ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »[4]. L'opposabilité du principe de primauté des traités fut donc élargie à l'encontre des institutions européennes elles-mêmes.

2. La primauté des actes de droit dérivé

236. La Cour dut successivement préciser selon la nature des divers actes juridiques visés, l'applicabilité du principe de primauté. Son analyse se porta ainsi sur les règlements, les directives, les décisions de la Commission, ou encore les accords externes adoptés par l'Union.

237. Il fut initialement observé que la Cour semblait limiter la reconnaissance d'une primauté aux actes directement applicables dans les ordres juridiques nationaux[5]. Au sujet des règlements, la question sera très rapidement tranchée dans l'arrêt Politi. La Cour y précisait, que « l'effet des règlements tel que prévu par l'article 189 s'oppose à l'application de toute

[1] CJCE, 10 décembre 1968, Commission c/ Italie, Aff. C-7/68, point 8.
[2] Arrêt Simmenthal, précité, point 17 ; Arrêt Factortame, précité, point 18.
[3] Voir en ce sens, Arrêt Simmenthal, précité, point 17 ; CJCE, 25 octobre 1979, Commission c/ Italie, Aff. C 159/78, point 22 ; CJCE, 15 octobre 1986, Commission c/ Italie, Aff. C-168/85, point 11 ; CJCE, 4 février 1988, Murphy, Aff. C-157/86, point 11 ; CJCE, 13 mars 1997, Morellato, Aff. C-358/95, points 17 à 20 ; CJCE, 29 avril 1999, Ciola, Aff. C-224/97, point 26.
[4] Voir notamment, CJCE, 23 avril 1986, "Les Verts" c/ Parlement, Aff. C-294/83, point 23 ; CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, Aff. C-402/05, point 81 ; CJCE, 23 mars 1993, Weber contre Parlement européen, Aff. C-314/91, point 8 ; CJCE, 10 juillet 2003, Commission c/ Banque européenne d'investissement, Aff. C-15/00, point 75 ; CJUE, 26 juin 2012, Pologne c/ Commission, Aff. C-336/09 P, point 22.
[5] Voir notamment l'arrêt Arrêt Simmenthal, précité, point 17.

mesure législative […] incompatible avec leurs dispositions »[1]. Cette analyse était d'ailleurs une suite logique de l'arrêt Costa, dans lequel la Cour avait déjà justifié l'affirmation générale de la prééminence du droit de l'Union sur le droit national, en se fondant en particulier sur la force obligatoire, ainsi que sur l'applicabilité directe des règlements tels qu'en dispose encore le traité[2]. Dans l'affaire Politi, c'est à nouveau en raison de ces éléments que la juridiction de l'Union reconnaîtra, cette fois spécifiquement pour les règlements, l'applicabilité du principe de primauté, ce qu'elle confirmera d'ailleurs dans ses décisions ultérieures[3].

238. Au sujet des directives la question est plus complexe. En effet la reconnaissance de la primauté des règlements est assise sur leur force obligatoire et sur leur effet direct, c'est-à-dire sur leur invocabilité directe par les justiciables devant une juridiction nationale, caractéristique dont est naturellement dépourvue la directive, qui doit faire l'objet d'une mesure de transposition nationale. La directive s'efface au profit de la norme nationale de transposition une fois celle-ci valablement opérée[4]. Dès lors un conflit de normes au niveau interne, découlant du devoir de transposer une directive, ne devrait pouvoir résulter que d'une incompatibilité entre deux dispositions nationales, parmi lesquelles la norme interne de transposition[5]. La question de la primauté de la directive à l'égard d'une règle nationale ne semble donc pas pouvoir se poser directement. Pourtant, une situation particulière amènera la Cour à leur attribuer cet effet direct, celle de l'absence ou de l'imparfaite transposition de la directive en droit interne. Dans ce cas, la directive devient directement invocable et peut même se voir opposée au droit national. La Cour reconnut une telle possibilité dans les affaires van Duyn, Ratti et Becker[6]. Elle justifia sa position, à l'instar des règlements, sur la force obligatoire de la directive à l'égard des États membres telle qu'elle résulte du traité, même si elle se limite à la prescription des résultats à atteindre dans un délai déterminé. Il ne

[1] CJCE, 14 décembre 1971, Politi, Aff. C-43/71, point 9.
[2] Il s'agissait de l'article 189 du TCEE, devenu 249 TCE, puis 288 TFUE.
[3] CJCE, 7 mars 1972, Marimex, Aff. C-84/71, points 4 et 5 ; CJCE, 10 octobre 1973, Variola, Aff. C-34/73, point 15 ; Arrêt Simmenthal, précité, point 17 et 18 ; CJCE, 11 juillet 2008, Babanov, Aff. C-207/08, points 34-36.
[4] Voir CJCE, 6 mai 1980, Commission c/ Belgique, Aff. C-102/79, voir également CJCE, 19 janvier 1982, Becker, Aff. C-8/81, point 19 : « dans tous les cas où une directive est correctement mise en œuvre, ses effets atteignent les particuliers par l'intermédiaire des mesures d'application prises par l'État membre concerné », voir aussi CJCE, 15 juillet 1982, Felicitas Rickmers-Linie KG & Co, Aff. C-270/81, point 24 ; voir enfin CJCE, 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen BV, Aff. C-80/86, point 15, « le point de savoir si les dispositions d'une directive peuvent être invoquées en tant que telles devant une juridiction nationale ne se pose que si l'État membre en cause n'a pas transposé la directive en droit national dans les délais ou s'il en a fait une transposition incorrecte ».
[5] Voir *infra* (§349 et s.).
[6] Voir, CJCE, 4 décembre 1974, van Duyn, Aff. C-41/74, point 12 et s. ; CJCE, 5 avril 1979, Ratti, Aff. C-148/78, points 18-23 ; voir également, CJCE, 19 janvier 1982, Becker, Aff. C-8/81, points 17-25.

fait nul doute que pour la juridiction de l'Union, la violation par l'État membre de cette « obligation de résultat » serait « incompatible avec le caractère contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive »[1]. En ce sens, la Cour reconnaîtra un effet direct aux directives lorsqu'elles n'auront pas fait l'objet d'une transposition correcte dans le délai imparti[2]. Puisque la directive bénéficie de la force obligatoire et dans ce cadre d'un effet direct, au demeurant seulement vertical[3], la Cour considère que ses dispositions suffisamment précises et inconditionnelles peuvent être invoquées par les particuliers « à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive »[4]. La primauté des directives sur les normes nationales incompatibles est ainsi reconnue lorsque leur transposition est incorrectement ou non opérée dans le droit national. Reconnaître l'effet direct à une directive après l'expiration de ce délai ou dans le cas d'une mauvaise transposition rend la primauté plus effective, en permettant aux particuliers « intéressés à la sauvegarde de leurs droits »[5], de l'opposer à leur État devant le juge national. Il s'agit donc d'un outil incontestable de renforcement du principe de primauté.

Selon une interprétation encore plus extensive, la Cour de justice avait considéré, en combinant le devoir de transposition des États membres avec celui de coopération loyale, que les États devaient « s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par [une] directive »[6], même si son délai de transposition n'était pas encore expiré. Suscitant la perplexité de la doctrine, cette décision fut parfois qualifiée « d'incongruité », en considération de l'attachement traditionnel témoigné par la jurisprudence de l'Union au critère d'expiration du délai de transposition, puisqu'elle « astreint, dans des conditions discutables, les États au respect d'une surprenante obligation d'anticipation »[7]. Dans ces mêmes conditions, elle a ainsi reconnu, pendant son délai de mise

[1] Arrêt Becker, précité, points 18 et 22.
[2] Arrêt van Duyn, précité, point 12 : « si, en vertu des dispositions de l'article 189, les règlements sont directement applicables et, par conséquent, par leur nature susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effets analogues » ; CJCE, 5 avril 1979, Arrêt Ratti, précité, point 19.
[3] L'effet direct ici reconnu n'est que vertical, c'est à dire que la directive ne peut être invoquée par le particulier à l'encontre d'un autre particulier (effet direct horizontal) mais seulement à l'encontre de l'Etat.
[4] Arrêt Becker, précité, point 25 ; Arrêt Ratti, précité, point 23 ; position notamment confirmée dans l'arrêt CJCE, 11 juillet 1991, Verholen, Aff. jointes C-87/90, C-88/90 et C-89/90, point 16.
[5] CJCE, 5 février 1963, van Gend & Loos, Aff. C-26/62.
[6] CJCE, 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie, Aff. C-129/96, point 45.
[7] MEDHI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2*,* 2004*,* p. 619, l'auteur y souligne de plus que « en dépit des réserves qu'il suscite, cet arrêt permet de prendre la mesure de l'amenuisement de leur marge de liberté que les États membres doivent parfois subir au nom des impératifs d'une exécution optimale du droit communautaire ».

en œuvre, la primauté d'une telle directive sur la norme nationale[1]. Peu importe d'ailleurs que la mesure nationale fût ou non adoptée afin de transposer ladite directive, dès lors qu'elle eut pour effet de « *compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit », son incompatibilité fut prononcée et l'État sanctionné*[2]. *Elle conclura ici que l'obligation de transposition « serait privée de tout effet utile s'il était permis audit État membre d'adopter, pendant le délai de mise en œuvre de la directive, des mesures incompatibles avec les objectifs de celle-ci* »[3]. La primauté des directives dépasse ainsi la seule hypothèse d'une transposition inadéquate.

239. Au sujet des décisions de la Commission, la Cour de justice est venue consacrer leur primauté sur le droit national d'une façon tout aussi explicite que pour les actes de droit dérivé précédents. Ainsi dans l'arrêt Albako, toujours en se fondant sur la force obligatoire des actes de droit dérivé telle que formulée dans les traités, mais cette fois à l'égard des décisions, et tout en rappelant ses arrêts Costa et Simmenthal, elle précisa que : « en vertu de la primauté du droit communautaire, […] les juridictions nationales doivent s'abstenir d'appliquer toutes dispositions internes, […], dont la mise en œuvre serait susceptible d'entraver l'exécution d'une décision communautaire »[4]. Ce principe avait toutefois déjà été reconnu par la juridiction, sans que la primauté de la décision ne soit alors aussi explicitement consacrée. En effet, elle avait auparavant décidé dans l'arrêt Costa, que « dans le cas où des décisions nationales […] s'avéreraient incompatibles avec une décision adoptée par la Commission à l'issue de la procédure engagée par elle, les autorités nationales sont tenues d'en respecter les effets »[5]. Les décisions de la Commission bénéficient donc sans nul doute de la primauté.

240. Au sujet enfin des accords externes adoptés par l'Union et entrés en vigueur, la Cour sera d'abord amenée à reconnaître leur intégration dans l'ordre juridique de l'Union en tant qu'actes adoptés par une institution. Ce constat lui permettra d'ailleurs de se reconnaître seule compétente pour en donner interprétation[6]. De ce raisonnement, elle déduira ensuite que

[1] CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, Aff. C-144/04.
[2] *Ibid.*, point 66 et 67.
[3] *Ibid.*, point 72.
[4] CJCE, 21 mai 1987, Albako, Aff. C-249/85, point 17.
[5] Arrêt Walt Wilhelm, précité, point 7 ; voir également sans que la primauté n'y soit toutefois évoquée, CJCE, 8 mars 1979, Salumificio, Aff. C-130/78, points 26 et 27, le juge y posera l'interdiction pour l'administration italienne d'opposer à un particulier des mesures nationales de sauvegarde contraire à une décision de la Commission.
[6] CJCE, 30 avril 1974, Haegeman, Aff. C-181/73, points 5 et 6.

l'Union se substitue aux États membres dans l'exécution des accords externes conclus par l'Union et qui étaient déjà en vigueur avant que l'Union en soit partie. Elle en tire la conséquence que l'aspect contraignant des interprétations nationales antérieures « *ne saurait […] prévaloir dans l'ordre juridique communautaire applicable dans l'ensemble des États membres », mais aussi que « l'effet juridique contraignant de ces engagements doit être apprécié par rapport aux dispositions afférentes dans l'ordre juridique communautaire et non par rapport à celles qui leur donnaient précédemment effet dans les ordres juridiques nationaux* »[1]. La Cour consacre ainsi la primauté desdits accords sur les mesures qui avaient lieu de s'appliquer dans les ordres juridiques nationaux, ces dernières leur devenant inopposables une fois les accords conclus par l'Union. Tout comme le droit dérivé adopté unilatéralement par l'Union, les accords externes de nature bilatérale ou multilatérale ne peuvent se voir contrôler qu'à l'aune du droit de l'Union lui-même. La Cour décidera en ce sens qu'il « incombe par conséquent aussi bien aux institutions communautaires qu'aux États membres d'assurer le respect des obligations découlant de tels accords », mais encore que leurs effets ne sauraient, en raison de leur caractère communautaire, varier d'un État membre à l'autre au gré de mesures nationales d'application[2].

C'est à partir de cette exigence d'uniformité que la Cour considérera quelques années plus tard, au sujet du renvoi préjudiciel et de sa compétence exclusive en matière d'interprétation des accords externes, qu'il « importe peu à cet égard qu'il s'agisse, pour le juge national, d'apprécier la validité d'actes communautaires ou la compatibilité de dispositions législatives nationales avec les engagements liant la Communauté »[3]. Les dispositions nationales ne sauraient dès lors faire écran, à l'uniformité du droit de l'Union et au devoir du juge interne de procéder au renvoi préjudiciel en cas de doute sur l'interprétation à donner audit accord. Dans ce cadre les mesures nationales s'effacent au profit du droit de l'Union et de l'accord externe qui en fait partie intégrante. Cette primauté des accords sur le droit national est d'autant plus affirmée que la Cour le reconnut sur le droit dérivé lui-même[4]. Or, si le droit dérivé prime sur le droit des États membres, un accord externe qui lui serait supérieur ne peut à ce titre que prévaloir sur les droits nationaux.

[1] CJCE, 19 novembre 1975, Spoorwegen, Aff. C-38/75, points 15 et 16.
[2] CJCE, 26 octobre 1982, Hauptzollamt Mainz, Aff. C-104/81, points 11 et 14.
[3] CJCE, 16 mars 1983, SPI et SAMI, Aff. jointes C-267/81, 268/81 et 269/81, point 15.
[4] Voir, en ce sens, CJCE, 12 décembre 1972, International Fruit Company, Aff. jointes C-21/72 à C-24/72, points 4-8 ; CJCE, 10 septembre 1996, Commission c/ Allemagne, Aff. C-61/94, point 52 ; CJCE, 12 janvier 2006, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht, Aff. C-311/04, point 25 ; CJCE, 3 juin 2008, Intertanko e.a., Aff. C-308/06, point 42 ; CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, Aff. C-402/05, point 307 ; cette interprétation ayant en dernier lieu été confirmée par, CJUE, 21 décembre 2011, Air Transport Association, Aff. C-366/10, point 50.

241. L'ensemble du droit de l'Union qu'il soit primaire ou dérivé bénéficie donc, en considération de la spécificité de l'ordre juridique de l'Union, de la primauté sur le droit national. Or la reconnaissance prétorienne de ce principe n'est pas sans influencer la souveraineté des États membres et les compétences qui en découlent.

Paragraphe 2 : Justification et portée du principe

242. Le principe de primauté du droit de l'Union est, depuis sa consécration prétorienne, intimement lié au principe du transfert de compétences souveraines des États membres vers l'Union, ce transfert impliquant une limitation correspondante dans l'exercice de ces compétences par les États. Or, les relations entre le principe d'attribution de compétence et celui de primauté du droit de l'Union sont paradoxales, le principe de primauté recevant une interprétation des plus extensives. En effet, si l'attribution de compétences apparaît être la justification essentielle du principe de primauté (A), le critère de compétence retenue par les États ne semble pourtant pas apte à restreindre la portée de son application (B).

A. L'attribution souveraine de compétence, une justification du principe

243. Si dès l'arrêt Costa, la Cour de justice put reconnaître avec autant de force la spécificité de la construction européenne et la primauté du droit de l'Union, c'est en se fondant initialement sur l'attribution de compétences souveraines des États membres à la l'Union (1), ceux-ci ayant souverainement consenti à la création d'un « corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »[1] (2).

1. L'attribution de compétences

244. L'attribution de compétences par les États impliquerait selon le juge « une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté »[2]. En outre, il renforcera cette prescription par la répétition et l'élargissement de la formule, en précisant très peu de temps après dans un arrêt Commission contre Italie, que ne saurait ainsi prévaloir contre cette

[1] Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité.
[2] *Ibidem*.

limitation des droits souverains étatiques qui résulte du consentement au traité, « des dispositions de droit interne de quelque nature qu'elles soient »[1].

245. En acceptant de se soumettre aux obligations nées du traité, les États auraient donc souverainement accepté de limiter l'exercice de leurs compétences souveraines et par conséquent de réduire la substance même de leur souveraineté. La Cour avait déjà évoqué cette idée de limitation des droits souverains étatiques, indépendamment d'ailleurs de la conceptualisation du principe de primauté, lorsqu'elle s'attachait dans l'arrêt van Gend & Loos à caractériser « le nouvel ordre juridique de droit international » que constitue la l'Union[2]. Elle reproduira cette démarche notamment dans les arrêts Costa c/ ENEL ou Commission contre Italie, tout en s'assurant désormais de relier le principe de primauté à la limitation des droits souverains étatiques.

2. Le consentement souverain des États

246. Au sujet de cette connexion entre primauté du droit de l'Union et consentement souverain des États, l'avis 1/91 rendu par la Cour en est le plus emblématique. Il fut l'occasion pour le juge, dans le cadre d'une comparaison entre l'EEE et la CEE, de conforter ses positions sur la spécificité de la construction européenne par rapport à une organisation internationale classique. Tout en ayant conscience que le processus de création du droit primaire européen ne le distingue pas dans sa forme « d'un accord international », elle conclut toutefois qu'il constitue « la charte constitutionnelle d'une communauté de droit » en instaurant « un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains ».

247. Elle rappelle ensuite que l'une « des caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué [est], en particulier, sa primauté par rapport aux droits des États membres »[3]. Le principe de primauté et ses effets ne sont donc pas crées *ex nihilo* par le juge, mais correspondent à la volonté souveraine des États membres de se soumettre au traité. Cette logique apparaît donc conforme à la théorie de la souveraineté développée

[1] Arrêt Commission c/ Italie (7/68), précité, point 9 ; voir également CJCE, 13 décembre 1967, Neumann, Aff. C-17/67.
[2] CJCE, 5 février 1963, van Gend & Loos, Aff. C-26/62.
[3] CJCE, 14 décembre 1991, Projet d'accord entre la Communauté et les pays de l'Association européenne de libre échange, portant sur la création de l'Espace économique européen., Avis 1/91, point 21.

précédemment, selon laquelle son exercice par l'État ne peut trouver pour seules limites que celles auxquelles le souverain aura lui-même consenti en attribuant certaines de ses compétences à une autorité externe[1].

B. La compétence retenue, un critère non restrictif d'application du principe

248. L'on pourrait croire que ces limites, consenties par les États dans l'exercice de leurs droits souverains, ne sont envisageables que pour les matières attribuées à l'Union au sein des traités. L'État ne devrait pas être rendu incapable d'adopter ou de continuer à appliquer une mesure interne, même incompatible avec le droit de l'Union, lorsque celle-ci intervient dans un domaine de compétence non transféré. Pourtant la frontière séparant les matières attribuées à l'Union et celles qui demeurent exclusivement étatiques est plus ténue qu'il n'y paraît[2], puisqu'elle conduit à l'encadrement général de l'exercice par les États de leurs compétences retenues (1), même lorsqu'il s'agit de compétences intimement liées à la définition ou la protection de leur identité (2).

1. Un encadrement général des compétences retenues

249. Il est un principe développé par la Cour de justice selon lequel « les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire »[3]. Cette exigence, conduisant à un « encadrement » de l'exercice des compétences nationales pourtant retenues, s'impose d'ailleurs depuis « l'origine » du droit de l'Union[4]. En effet, si dès le traité CECA, la Cour de justice reconnaissait en elles les limites de l'action de l'Union, elle constatait également que le pouvoir de recommandation de la Haute autorité permettait « des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales là où elles sont

[1] Voir *supra* en ce sens (§18 et s.).
[2] Cette frontière floue entre compétences retenues par les États et attribuées même de façon partagée à l'Union a d'ailleurs justifié les craintes des États, de voir leur identité menacée par le droit de l'Union, voir en ce sens *supra* (§90).
[3] CJCE, 4 octobre 1991, Commission c/ Royaume-Uni, Aff. C-246/89, point 12.
[4] Voir en ce sens, PEIFFERT O., « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », *in VIIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011, p. 3 ; voir également LENAERTS K., « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences de États membres », *in Mélanges en l'honneur de J.-P. JACQUÉ*, Paris, Dalloz*,* 2010*,* pp. 421-442, selon lequel « l'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire des compétences retenues par les États membres, est encadré par les exigences de l'Union, en ce sens que, dans les matières qui relèvent de la compétence des États membres, ces derniers sont tenus d'exercer ces compétences dans le respect du traité par lequel ils se sont liés : *pacta sunt servanda* ».

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 gravement compromise »[1].

C'est ainsi que la Cour a, en plusieurs occasions et dans divers domaines de compétence, appliqué ce principe et autorisé son contrôle sur des matières ne relevant pourtant pas de la compétence de l'Union. Elle considère d'ailleurs que « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets »[2].

250. Le premier domaine touché fut celui des compétences retenues en matière monétaire. Si cette question n'a désormais plus vraiment lieu de se poser, au moins pour les membres de la zone Euro, la Cour insista à l'époque sur l'idée que « l'exercice par les États membres de leurs compétences retenues en matière monétaire ne saurait leur permettre de prendre unilatéralement des mesures qu'interdit le traité »[3]. De même d'autres domaines, tels que l'immatriculation et la nationalité des navires[4], ou encore celui du droit pénal[5], furent ainsi touchés par cette interprétation de la Cour.

Cela vaut tout autant en matière de fiscalité directe, domaine au sein duquel les États n'ont attribué aucune compétence à l'Union. Le critère de compétence retenue n'a pas empêché la Cour d'appliquer ce même principe, lorsqu'elle considéra que « la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire »[6]. Elle confirmera à plusieurs reprises cette position et la précisera en situant essentiellement les risques de violation du droit de l'Union au niveau du principe de non-discrimination. Est ainsi exclu par la Cour que l'exercice étatique de ces compétences retenues puisse conduire à « toute discrimination ostensible ou déguisée fondée

[1] CJCE, 23 février 1961, Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Aff. C-30/59.
[2] CJCE, 21 mars 1972, S.A.I.L, Aff. C-82/71, point 5.
[3] Voir, CJCE, 7 juin 1988, Grèce c/ Commission, Aff. C-57/86, point 9 ; CJCE, 21 juin 1988, Commission c/ Grèce, Aff. C-127/87, point 7 ; CJCE, 10 décembre 1969, Commission c/ France, Aff. C-11/69, points 16 et 17.
[4] Arrêt Commission c/ Royaume-Uni, précité, points 11 et 12.
[5] Voir : CJCE, 13 septembre 2005, Commission c/ Conseil, Aff. C-176/03 ; CJCE, 11 novembre 1981, Casati, Aff. C-203/80, point 27 ; CJCE, 19 janvier 1999, Calfa, Aff. C-348/96 ; CJCE, 12 septembre 2000, Geffroy, Aff. C-366/98.
[6] CJCE, 14 février 1995 Schumacker, Aff. C-279/93, point 21.

sur la nationalité »[1]. Dès lors, elles doivent s'exercer dans le respect du « principe d'égalité fiscale » tel qu'il est actuellement formulé par la Cour[2].

251. La frontière entre les compétences attribuées à l'Union et les compétences retenues par les États n'est donc pas tout à fait étanche, puisque l'exercice des premières peut contraindre celui des secondes. L'application du principe de primauté dépasse donc le simple champ de compétence du droit de l'Union, pour permettre à la Cour d'encadrer l'ensemble des normes étatiques et de garantir qu'elles n'atteignent pas l'effectivité et l'unité du droit de l'Union[3].

2. L'encadrement de compétences retenues en lien avec l'identité constitutionnelle

252. Il fut observé, au sujet de l'inscription du principe du respect de l'identité nationale dans les traités et de sa connexion avec le principe d'attribution des compétences, que l'exclusion de ces domaines des compétences de l'Union, ainsi que son devoir de respecter celles des États en la matière, n'impliquaient pas loin s'en faut que le droit de l'Union ne puisse avoir aucune incidence en ces domaines. C'est ainsi que des domaines de compétences réservés par les États et relevant implicitement ou explicitement de leur identité, selon les interprétations des juges nationaux et de l'Union, furent concernés par l'application de cette jurisprudence de l'Union. Sans préjuger pour le moment de l'issue de tels conflits normatifs entre les droits nationaux et celui de l'Union, il convient de remarquer que l'exercice des compétences étatiques retenues en matière de sécurité sociale, d'attribution de la nationalité et du droit de vote, ou encore de définition des règles régissant les noms patronymiques sont tout

[1] Voir : CJCE, 11 août 1995, Wielockx, Aff. C-80/94, point 6 ; CJCE, 27 juin 1996, Asscher, Aff. C-107/94, point 36 ; CJCE, 15 mai 1997, Futura Participations et Singer, Aff. C-250/95, point 19 ; CJCE, 29 avril 1999, Royal Bank of Scotland, Aff. C-311/97, point 19 ; CJCE, 14 septembre 1999, Gschwind, Aff. C-391/97, point 20 ; CJCE, 13 avril 2000, Baars, Aff. C-251/98, point 17 ; CJCE, 8 mars 2001, Metallgesellschaft e.a., Aff. C-397/98 et C-410/98, point 37 ; CJCE, 12 décembre 2002, De Groot, Aff. C-385/00, point 75 ; CJCE, 13 novembre 2003, Schilling et Fleck-Schilling, Aff. C-209/01, point 22 ; CJCE, 4 mars 2004, Commission c/ France, Aff. C-334/02, point 21 ; CJCE, 12 juillet 2005, Schempp, Aff. C-403/03, point 19 ; CJCE, 13 décembre 2005, Marks & Spencer, Aff. C-446/03, point 29 ; CJCE, 26 octobre 2006, Commission c/ Portugal, Aff. C-345/05, point 10 ; CJCE, 18 janvier 2007, Commission c/ Suède, Aff. C-104/06, point 12 ; CJCE, 17 janvier 2008, Commission c/ Allemagne, Aff. C-152/05, point 16 ; CJCE, 12 novembre 2009, Commission c/ Espagne, Aff. C-154/08, point 121 ; CJUE, 20 janvier 2011, Commission c/ Grèce, Aff. C-155/09, point 39.

[2] Voir CJCE, 6 décembre 2007, Columbus Container Services, Aff. C-298/05, point 54 ; voir également à ce sujet, LENAERTS K. et BERNARDEAU L., « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *CDE*, 2007, pp. 19-110 ; voir aussi LENAERTS K., « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences de États membres », *op.cit.*.

[3] Voir en ce sens DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits*, 1991, p. 88: « La pratique politique au sein du Conseil et la pratique judiciaire de la Cour de justice ont transformé les bases du droit communautaire et ont notamment permis une expansion de l'emprise matérielle du droit communautaire bien au-delà de ce qui a pu être prévu par les pères fondateurs ou par les parlements nationaux qui ont ratifié leur œuvre ».

autant que les autres encadrées par la Cour de justice, qui bénéficie en la matière d'un véritable « droit de regard »[1].

253. S'agissant d'abord de la sécurité sociale pouvant être considérée comme une composante du versant social de l'identité national[2], si la Cour reconnaît que « le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leur système de sécurité sociale », ou encore « les conditions d'octroi des prestations en matière de sécurité sociale », elle poursuit également qu'ils « doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire »[3]. Elle a ainsi considéré que cette obligation de respecter le droit de l'Union valait à l'égard des dispositions du droit primaire relatives à la libre circulation des marchandises et notamment des produits médicaux[4], à la libre circulation des services et plus particulièrement des services médicaux[5], ainsi qu'à la libre circulation des travailleurs et des citoyens[6] et enfin à la liberté d'établissement[7]. D'ailleurs, l'organisation spécifique du système de sécurité sociale, même lorsqu'elle est justifiée par l'organisation territoriale et plus précisément fédérale d'un État ne saurait échapper à cette règle[8]. L'ensemble de ces considérations relatives aux diverses libertés de circulation se retrouve finalement énoncées dans un arrêt relativement récent au sein duquel la Cour rappelle les limites de l'exercice des compétences retenues par les États en matière de sécurité sociale[9].

254. S'agissant ensuite des compétences retenues en matière d'attribution et de retrait de la nationalité, ainsi que du droit de vote correspondant à l'attribution de la citoyenneté nationale[10], la Cour considéra également à partir de l'arrêt Micheletti que « la définition des

---

[1] MOUTON J.-D., « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottman », *RGDIP*, 2010, p. 263.
[2] Voir *infra* (§571 et s.).
[3] Voir notamment les arrêts : CJCE, 28 avril 1998, Decker, Aff. C-120/95, points 22 et 23 ; CJCE, 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms, Aff. C-157/99, points 45 et 46 ; CJCE, 13 mai 2003, Müller-Fauré et Van Riet, Aff. C-385/99, point 100 ; CJCE, 23 octobre 2003, Inizan, Aff. C-56/01, point 17 ; CJCE, 18 mars 2004, Leichtle, Aff. C-8/02, point 29.
[4] Voir CJCE, 7 février 1984, Duphar, Aff. C-238/82, point 18 ; voir également Arrêt Decker, précité, point 24.
[5] CJCE, 28 avril 1998, Kohll, Aff. C-158/96, point 20 ; CJCE, 17 décembre 1981, Webb, Aff. C-279/80, point 10 ; CJCE, 16 mai 2006, Watts, Aff. C-372/04, point 92 ; CJCE, 19 avril 2007, Stamatelaki, Aff. C-444/05, point 23.
[6] CJCE, 23 novembre 2000, Elsen, Aff. C-135/99, point 33 ; CJCE, 7 juillet 2005, van Pommeren-Bourgondiën, Aff. C-227/03, point 39 ; CJCE, 21 février 2008, Klöppel, Aff. C-507/06, point 16 ; CJCE, 11 septembre 2008, Petersen, Aff. C-228/07, point 12, CJCE, 1 avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, Aff. C-212/06, points 43.
[7] Arrêt Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, précité, point 43
[8] *Ibid.*, point 58.
[9] CJCE, 16 juillet 2009, von Chamier-Glisczinski, Aff. C-208/07, point 63.
[10] Voir *infra* (§459 et s.).

conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire ». Elle y précisera de plus que la limite à l'exercice de cette compétence par un État membre correspond également au respect de la compétence analogue des autres États membres. Cette jurisprudence fut dès lors systématiquement appliquée par la Cour de justice[1].

255. Il en va de même enfin, des compétences étatiques en matière de définition des règles régissant les noms patronymiques, qui ont pu présenter en certaines occasions un lien avec l'identité linguistique ou encore républicaine des États membres[2]. La Cour considère ainsi que « si, en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire »[3]. D'ailleurs, la Cour situera également cette obligation de respecter le droit de l'Union dans le cadre des droits conférés par le statut de citoyen européen, à commencer par la liberté de circulation qui en découle[4].

256. Force est donc de constater que si le principe de primauté impose une limitation des droits souverains étatiques, cette limite ne s'impose pas que dans le seul cadre des compétences attribuées, mais s'étend également à l'encontre des compétences retenues. En apparence, une telle jurisprudence conduit irrémédiablement à porter atteinte à la souveraineté étatique, d'autant plus qu'elle ne résulte pas du consentement de l'État à voir ces domaines de compétence partagés avec l'Union ou totalement attribués à celle-ci. Cette atteinte doit toutefois être relativisée, puisqu'elle ne correspond en définitive qu'à l'obligation faite aux États d'appliquer correctement le droit né des traités. Il ne s'agit là que d'une application de la règle du droit international classique *pacta sunt servanda*. Cette approche est par ailleurs confirmée par la Cour, qui dans l'ensemble de ces situations, rappelle que le contrôle de l'exercice des compétences retenues par les États ne peut être réalisé qu'à la seule condition d'un lien de rattachabilité avec le droit de l'Union[5]. Or, l'accroissement progressif des

[1] CJCE, 11 nov. 1999, Mesbah, Aff. C-179/98, point 29 ; CJCE, 20 février 2001, Kaur, Aff. C-192/99, point 19 ; CJCE, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, Aff. C-200/02, point 45.
[2] Voir *infra* (§522 ; 411 et s.).
[3] CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, Aff. C-148/02, point 25.
[4] Voir *ibidem* ; voir également CJUE, 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, Aff. C-208/09, points 38 et 39 ; voir enfin CJUE, 12 mai 2011, Runevič-Vardyn et Wardyn, Aff. C-391/09, point 63.
[5] Voir au sujet de la sécurité sociale les arrêts : Duphar, précité, point 18 et Decker, précité, point 24 ; voir au sujet de l'attribution de la nationalité l'arrêt CJCE, 5 juin 1997, Uecker et Jacquet, Aff. C-64/96 et C-65/96, point 23 selon lequel : « il y a lieu de relever que la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 8 du traité CE, n'a

compétences de l'Union la conduit de plus en plus souvent à percuter les compétences retenues des États membres et par là même à rendre de plus en plus floue et perméable la frontière entre compétences attribuées et compétences retenues, même pour celles qui sont liées d'une manière ou d'une autre à la définition ou à la protection de l'identité constitutionnelle.

257. Dès lors, la méthode souveraine et unilatérale initialement privilégiée par les États dans les fondements contractuels de l'Union, afin de protéger leur identité, n'est plus aussi efficace dans le processus d'intégration, ne serait-ce que par leur incapacité à abriter ses composantes de l'influence du droit de l'Union. De surcroît, il apparaît que les conséquences du principe de primauté, à la lumière de l'interprétation absolue et extensive qu'en tient la Cour de justice, conduisent à infirmer la persistance d'un monopole souverain étatique, en se traduisant par des limites portées à l'action de l'ensemble des autorités nationales, quel que soit le domaine de compétence concerné.

Section 2 : Les conséquences du principe de primauté

258. La reconnaissance du principe de primauté et son interprétation absolue se traduisent par une limitation de l'exercice étatique de la souveraineté au sens matériel, désormais également exercée par l'Union au moyen des compétences d'attribution[1]. En effet, il y a « une véritable expansion de la primauté, la Cour ayant pu explorer toutes les potentialités de cette

pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire » ; voir au sujet des règles régissant les noms patronymiques l'Arrêt CJCE, 14 octobre 2008, Grunkin et Paul Aff. C-353/06, point16.

[1] Voir sur ce point CHALTIEL F., *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Étatmembre*, Paris, LGDI., 2000, 624 p., l'auteur y développe une théorie sur la dualité de la souveraineté par la distinction entre l'*imperium* (équivalent de la souveraineté au sens formel, faisant référence de manière abstraite à une autorité suprême par définition indivisible) et le *potestas* (équivalent de la souveraineté au sens substantiel, faisant pour sa part référence de façon concrète à une somme de compétences qui elle serait divisible) ; voir également dans le même ouvrage, au sujet du partage de l'exercice souverain avec l'Union p. 264 : La limitation de la souveraineté étatique (*potestas*) « peut apparaître comme un indice d'une possible attraction par l'Union de certains attributs de la souveraineté dont l'État serait désormais privé » ; voir également en ce sens, MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 106-118, selon lequel « la souveraineté étatique se vide progressivement de sa substance, dépérit, alors que, par transfusion, l'Union européenne gagne des parts toujours plus importantes de cette souveraineté. Si le réalisme impose de considérer que la souveraineté nationale peut rester substantiellement exsangue à la suite de telles opérations, elle reste, dans son principe, incarnée dans l'État. En effet, les États gardent la "compétence de la compétence", qui est au cœur même de la notion d'État. […] cette évolution conduit à mettre en rapport des États désarmés, et une Union européenne qui n'est pas dotée des attributs de la souveraineté, mais qui dispose des compétences qui y sont traditionnellement attachées ».

règle de conflit de norme »[1]. Dès lors il est nécessaire de déterminer les conséquences concrètes pour les autorités nationales de l'acception absolue du principe de primauté par la Cour. La formulation jurisprudentielle du principe de primauté s'apparente à celle d'un « commandement adressé aux autorités nationales de faire prévaloir en toutes circonstances la règle commune sur la norme nationale »[2]. En effet, comme l'a rappelé la Cour à plusieurs reprises, le devoir des États d'assurer l'exécution des obligations découlant du traité, compris en cela le respect de la primauté « s'impose à toutes les autorités des États membres »[3]. Elle ne tardera d'ailleurs pas à reconnaître l'opposabilité de cette obligation aux autorités normatives étatiques[4], de même qu'exécutives[5], mais également juridictionnelles[6], l'État s'exposant aux risques de manquement et aux potentielles sanctions pécuniaires qui l'accompagnent, quelle que soit l'autorité responsable de la violation de ces obligations[7]. Comme le note Nikos Scandamis, il s'agit là d'un « trait osé, pour un État réputé souverain, que de voir ses propres organes instrumentalisés à tel point et en leur qualité étatique propre, judiciaire ou administratif »[8]. D'un point de vue juridique, l'exercice de la souveraineté s'apprécie essentiellement en termes de production et de contrôles normatifs. En conséquence, il apparaît utile de déterminer si le principe de primauté a bien pour conséquences, tant la

[1] GAUDIN H., « Primauté la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », *op.cit.*, p. 640.
[2] RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *op.cit.*, p. 678.
[3] CJCE, 10 avril 1984, Hartz, Aff. C-79/83, point 26 ; CJCE, 10 avril 1984, Colson, Aff. C-14/83, point 26 ; CJCE, 27 octobre 2009, CEZ, Aff. C-115/08, point 138 ; CJCE, 30 septembre 2003, Klober, Aff. C-224/01, point 31 ; CJCE, 23 avril 2009, Angelidaki e.a., Aff. C-380/07, point 106.
[4] Voir par exemple : CJCE, 31 janvier 1978, Zerbone, Aff. C-94/77, point 26 ; CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur, Aff. jointes C-46/93 et C-48/93, points 34 et 35 ; Conclusions TESAURO M.-G., CJCE, 28 novembre 1995, Brasserie du pêcheur, Aff. jointes C-46/93 et C-48/93, point 42.
[5] Arrêt Brasserie du pêcheur, précité, points 32 et 34 ; Conclusions TESAURO M.-G., CJCE, Brasserie du pêcheur, précitées, points 41 et 42.
[6] Arrêt Hartz, précité, point 26 ; Arrêt Colson, précité, point 26 ; Arrêt CEZ, précité, points 138 et 140 ; Arrêt Brasserie du pêcheur, précité, points 32 et 34 ; Conclusions TESAURO M.-G., CJCE, Brasserie du pêcheur, précitées, points 41 et 42 ; Arrêt Angelidaki e.a., précité, point 106.
[7] Arrêt Brasserie du pêcheur, précité, points 32 et 34 ; Conclusions TESAURO M.-G., CJCE, Brasserie du pêcheur, précitées, points 41 et 42 ; CJCE, 5 mai 1970, Commission c/ Belgique, Aff. C-77/69, point 15 ; CJCE, 9 décembre 2003, Commission c/ Italie, Aff. C-129/00, point 29 ; arrêt Factortame, précité, points 32 et 34 ; CJCE, 1er juin 1999, Konle, Aff. C-302/97, point 62 ; CJCE, 4 juillet 2000, Haim, Aff. C-424/97, point 27 ; Klober, précité, points 31 et 32 ; CJCE, 13 juin 2006 Traghetti del Mediterraneo, Aff. C-173/03, point 30 ; CJCE, 12 novembre 2009, Commission c/ Espagne, Aff. C-154/08, point 125.
[8] SCANDAMIS N., « L'État dans l'Union européenne Passion d'un grand acteur », *op.cit.*, p. 1350 ; voir également sur ce point, HECQUARD-THERON M., « La notion d'État en droit communautaire », *op.cit.*, p. 693, 704 et s., l'auteur y considère que l'application du principe de primauté conduit la Cour de justice à « dégager les éléments susceptibles de constituer une notion communautaire d'État », dont l'élaboration « contribue à encadrer les souverainetés nationales » en faisant du « concept d'État un instrument de l'intégration » ; voir enfin NEFRAMI E., « L'État membre au service de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 54 et 56, l'auteur abordant également la notion d'instrumentalisation de l'État et considérant par là même que «l'exercice de la compétence étatique est conditionné à la fois par l'effectivité et par l'exécution concrète de la norme communautaire ».

remise en cause du monopole normatif des États membres (§1), que de leur monopole interprétatif (§2).

Paragraphe 1 : La remise en cause du monopole normatif de l'État

259. La souveraineté étant dans sa définition classique considérée comme une qualité indisponible et indivisible, l'État souverain apparaît seul à même de l'exercer sur son territoire. Cela se traduit par un monopole de la production normative, qui certes répartie entre plusieurs autorités au niveau interne, n'en demeure pas moins indisponible au niveau externe. Seul l'État est traditionnellement à même de réguler son propre ordre juridique. Aucun droit d'origine externe ne pourra, sans son accord explicite, se voir conférer une valeur normative au niveau interne. Pourtant, il est nécessaire de déterminer si le principe de primauté et ses effets impliquent qu'à la différence du droit international, le droit de l'Union remette en cause le monopole normatif de l'État[1]. En effet, la souveraineté « n'est plus exercée de manière autonome, mais à travers la prise de décisions de manière partagée »[2], puisque « par l'acceptation de la primauté et de l'effet direct, un nouveau souverain est né »[3]. Compte tenu de la conception classiquement monolithique de la souveraineté, l'assertion d'une souveraineté partagée a de quoi surprendre, ne serait-ce qu'en raison de sa nature oxymorique[4]. Or, une vision doctrinale de plus en plus répandue tend à donner du crédit à cette thèse prônant soit, le renouvellement du concept de souveraineté et de son exercice inapte en l'état à rendre compte de la réalité des rapports entre l'Union et les État membres[5],

---

[1] Voir en ce sens, di FABIO U. , « Der neue Art. 23 des Grundgesetz », *Der Staat*, 1993, p. 194 (traduction empruntée à BEAUD O., « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *op.cit.*, p. 1063) : « Par sa faculté grandissante d'organisation et par ses organes, et avant toutes choses, par son pouvoir d'édiction du droit, l'Union européenne n'est plus une organisation internationale ».

[2] LENAERTS K., « Constitutionnalism and the Many faces of Federalism », *American journal of comparative law*, 1990, p. 231.

[3] JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *op.cit.*, p. 14.

[4] LEMAIRE F., « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFDC*, 2012, p. 822.

[5] Voir CHALTIEL F., *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Étatmembre*, *op.cit.*, prônant la dualité de la notion de souveraineté. Voir également JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne » ou encore MADURO P., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *in* Walker Neil, *Sovereignty in Transition,* Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 502-537 ; de même que LENAERTS K., « Constitutionnalism and the Many faces of Federalism », *op.cit.* et du même auteur LENAERTS K., « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences de États membres », *op.cit.*, ces derniers auteurs proposent, en substitution d'une conception monolithique de la souveraineté, d'accueillir la notion de pluralisme constitutionnel permettant la régulation des conflits par le dialogue et la conciliation.

soit encore son exclusion pure et simple de l'équation[1]. Certes la souveraineté persiste, mais à « des degrés différents allant de la souveraineté pleine et entière à la souveraineté effritée, voire même, d'un point de vue substantiel, ouvertement amputée »[2]. Le droit de l'Union pénètre largement les ordres juridiques nationaux des États membres sans pourtant nécessiter en toutes occasions leur consentement. D'abord, même s'ils ont accepté de se soumettre aux procédures instituées par le traité, parmi lesquelles celle stipulant l'adoption d'une partie du droit dérivé par la voie majoritaire, il n'empêche que les actes en résultant ne nécessitent plus l'accord de l'ensemble des États membres pour trouver à s'appliquer sur leur territoire. L'État ne dispose plus du droit de veto qui était alors le sien pour l'adoption du droit primaire. La liberté de son consentement souverain n'est plus totale bien qu'il dispose encore de l'option extrême du retrait. Ensuite, le droit dérivé peut en fréquentes occasions directement pénétrer le droit national ou encore contraindre le législateur à le transposer correctement sans véritable marge d'appréciation. La médiation par le droit national, permettant l'adaptation de l'acte de droit externe aux exigences de l'ordre interne est donc également compromise.

260. Par conséquent, il apparaît que l'une des représentations les plus symboliques de l'exercice de la souveraineté par l'État soit atteinte, son monopole normatif interne[3]. Un tel constat semble toucher l'ensemble des autorités étatiques ayant une capacité normative, que les dispositions adoptées aient une valeur *infra*-législative[4], législative[5] ou encore conventionnelle[6]. Mais, un autre type de normes est également touché, les normes à valeur

[1] Voir en ce sens GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *op.cit.,* p. 317, qui propose l'idée d'une « fédération atypique » européenne dont l'avantage est « d'éviter les débats relatifs à la notion de souveraineté » ; voir dans le même sens ROLAND S., « La souveraineté », *op.cit.*, p. 129 ; voir par analogie BEAUD O., *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p., qui propose d'exclure la notion de souveraineté pour penser la théorie du fédéralisme.

[2] SCANDAMIS N., « L'État dans l'Union européenne Passion d'un grand acteur », *RDP*, 2012, p. 1344 ; l'auteur rajoute p. 1366 que « si la question récurrente porte toujours sur la nature de l'État libéral, tel que dépouillé au sein de l'Union, l'*État résiduaire* de l'Union cumule, de manière indiscernable, *l'État libéral amputé* et un *État-membre dépouillé* de ses compétences, essentiellement, d'intervention, au profit de l'Union elle-même ».

[3] *Ibid.*, p. 1350 « la préséance de la fonction législative au sein de l'État est sérieusement atteinte : la souveraineté, entendue comme pouvoir législatif, passe véritablement entre les mains des organes de l'Union, dont le pouvoir normatif, faussement qualifié de « réglementaire » dans la praxéologie communautaire, égale, contre toutes apparences, législation, donc normativité primaire ».

[4] Voir par exemple : Arrêt Ciola, précité, points 25 et 26 ; CJCE, 7 mars 1996, Commission c/ France, Aff. C-334/94, point 24 ; CJUE, 4 octobre 2012, Byankov, Aff. C-249/11, point 66.

[5] Voir par exemple : Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité, point 7 ; Arrêt Simmenthal, précité, point 17 ; CJCE, 9 juin 1992, Simba e.a. , Aff. jointes C-228/90 à C-234/90, C-339/90 et C-353/90, points 27 et suivant ; CJCE, 22 octobre 1998, IN.CO.GE.'90, Aff. jointes C-10/97 à C-22/97, point 20 ; Arrêt Morellato, précité, point 18 ; Arrêt Winner Wetten, précité, points 53 et 54.

[6] Voir par exemple : CJCE, 24 octobre 1973, Schlüter, Aff. C-9/73, pt 27 ; CJCE, 10 novembre 1992, Exportur, Aff. C-3/91, point 8 ; CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93, point 40.

constitutionnelle[1]. Or, les États identifient logiquement leur identité constitutionnelle parmi ce dernier type de normes[2]. Ainsi, remettre en cause la liberté des États d'adopter ou de maintenir leurs dispositions constitutionnelles, dès lors qu'elles entreraient en conflit avec le droit de l'Union, conduit inexorablement à encadrer leur identité constitutionnelle ou du moins à menacer leur capacité à la protéger. En effet, un tel encadrement se réalise non seulement par l'inopposabilité des dispositions constitutionnelles contraires au droit de l'Union (A), mais également par le devoir des États de les abroger (B).

A. L'inopposabilité du droit constitutionnel

261. Si l'inopposabilité au droit de l'Union et la sanction pour incompatibilité des normes à valeur législative et *infra*-législative fut rapidement imposée par le juge de l'Union, ce dernier ne s'en tint pas à ces niveaux hiérarchiques. En effet, dès la jurisprudence Simmenthal, concernant essentiellement l'incompatibilité avec le droit de l'Union de la loi postérieure comme antérieure à sa formation, le juge précisa de façon générale que « serait incompatible 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 »[3]. Sans explicitement viser le domaine constitutionnel, le juge de l'Union ne semblait alors exclure aucune norme nationale du champ d'application matériel du principe de primauté. D'ailleurs, la Cour de justice semblait déjà retenir une telle interprétation lorsqu'elle considérait dans l'arrêt Costa contre ENEL « l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, [à l'encontre du droit de l'Union], une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable »[4]. La nature de cette mesure unilatérale n'était pas plus précisée que dans l'arrêt Simmenthal, ouvrant ainsi l'éventualité que les normes constitutionnelles nationales puissent être également encadrées par le principe de primauté. Afin d'apprécier cet encadrement, il faut dès lors distinguer deux situations différentes. La première concerne l'inopposabilité au droit de l'Union des dispositions ou pratiques constitutionnelles en vue d'apprécier sa validité (1). La seconde se rapporte à l'impossibilité pour l'État de se prévaloir de la valeur constitutionnelle d'une

[1] Voir en ce sens ONDUA A., *Étude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France – L'ordre constitutionnel comme guide au renforcement de la construction européenne*, *op.cit.*, p. 128 et s.
[2] Voir *supra* (§132 ; 169 et s.) et *infra* (§295 et s.).
[3] Arrêt Simmenthal, précité, point 22 ; voir aussi CJCE, 8 février 1973, Commission c/ Italie, Aff. C-30/72, point 11 ; cette solution de principe fut réitérée dans les arrêts : Factortame, précité, point 20 et Larsy, précité, point 51.
[4] Arrêt Costa c/ E.N.E.L, précité.

disposition interne, afin de justifier une incompatibilité avec le droit de l'Union et exclure par là même l'application de ce dernier (2).

1. L'inopposabilité du droit constitutionnel à la validité du droit de l'Union

262. Le droit constitutionnel ne saurait d'abord être opposé à la validité du droit de l'Union[1]. C'est au moyen de sa décision Handelsgesellschaft que la Cour franchira véritablement le pas. Justifiant par la nécessité de préserver l'unité et l'effectivité du droit de l'Union, l'impossibilité de recourir « à des règles ou notions juridiques du droit national pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté »[2], elle insista sur l'idée que ne saurait lui être judiciairement opposées « des règles nationales quelles qu'elles soient »[3]. Sont donc concernées parmi ces règles nationales, les dispositions constitutionnelles, puisqu'elle poursuivit que « *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* »[4].

263. L'on connaît le retentissement de cette décision dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, celle-ci ayant conduit les juges de la Cour de Karlsruhe à formuler ce qui deviendra la première réserve de constitutionnalité opposée au droit de l'Union[5]. Cette résistance allemande était d'autant plus motivée que les droits fondamentaux sont considérés comme une composante de l'identité constitutionnelle allemande. La solution de principe dégagée par la Cour de justice fut toutefois confirmée à plusieurs reprises[6], le juge considérant ultérieurement qu'un État ne saurait par exemple « exciper de difficultés internes ou de dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires »[7]. Ici aussi, une

[1] Voir par exemple sur ce point, DONNARUMMA M. R., « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des cours constitutionnelles », *RFDC*, 2010, p. 722 et s.
[2] Arrêt Handelsgesellschaft, précité.
[3] *Ibidem* ; voir également : CJCE, 13 juillet 1972, Commission c/ Italie, Aff. C-48/71, point 9 ; Arrêt Winner Wetten, précité, point 61.
[4] Arrêt Handelsgesellschaft, précité.
[5] Voir *infra* (§299 ; §338).
[6] Voir par exemple : CJCE, 8 octobre 1986, Keller, Aff. C-234/85, point 7 ; CJCE, 17 octobre 1989 Dow Chemical Ibérica, Aff. jointes 97/87, 98/87 et 99/87, point 7 ; CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93, point 38 ; CJCE, 23 avril 2009, Commission c/ Grèce, Aff. C-290/94, point 30 ; Arrêt Winner Wetten, précité, point 61 ; Arrêt Križan e.a., précité, point 70.
[7] CJCE, 11 avril 1978, Commission c/ Italie, Aff. C-100/77, point 21.

menace envers l'identité constitutionnelle des États est perceptible, notamment au regard de leur structure politique et institutionnelle. Un lien sera du reste établi entre ce principe d'inopposabilité au droit de l'Union des règles et structures constitutionnelles nationales d'une part et le principe du respect de l'identité nationale d'autre part, notamment dans le cadre de la prise en compte par l'Union de l'autonomie politico-institutionnelle, juridictionnelle et territoriale des États membres, impliquant alors qu'un juste équilibre soit trouvé[1].

264. Il faut désormais s'interroger sur l'opposabilité du droit constitutionnel à l'égard cette fois non plus de la validité mais de l'applicabilité du droit de l'Union.

2. L'inopposabilité du droit constitutionnel à l'application du droit de l'Union

265. De cette inopposabilité au droit de l'Union des dispositions constitutionnelles dans le but d'évaluer la validité du premier, doit être distinguée une situation différente, celle de l'examen de compatibilité du droit constitutionnel avec les prescriptions du droit de l'Union. Dans ce cadre, la réponse de la Cour abonde dans le même sens. La valeur constitutionnelle d'une règle nationale jugée contraire à une disposition du droit de l'Union ne saurait exclure la sanction de la première et justifier l'inapplication de la seconde.

266. Furent ainsi considérées par la Cour de justice comme incompatible avec le droit de l'Union : une disposition constitutionnelle allemande relative à l'exclusion des femmes de tout emploi militaire comportant l'utilisation d'armes[2] ; une disposition constitutionnelle luxembourgeoise limitant l'accès aux emplois civils et militaires de la fonction publique aux seuls détenteurs de la nationalité luxembourgeoise[3] ; trois dispositions constitutionnelles grecques, l'une prévoyant l'exclusion des non-nationaux aux emplois de la fonction publique[4], une autre portant sur l'incompatibilité entre la qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise de médias d'information avec celle de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise qui est chargée au sens large de l'exécution de marchés de travaux, de fournitures ou de services[5] et

[1] Voir *infra* (§401 et s. ; §429 et s.).
[2] CJCE, 11 janvier 2000, Tanja Kreil, Aff. C-285/98, point 32.
[3] CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93, points 37 et 38.
[4] CJCE, 23 avril 2009, Commission c/ Grèce, Aff. C-290/94, points 29 et 30.
[5] CJCE, 16 décembre 2008, Michaniki, Aff. C-213/07, point 51.

une dernière relative à l'interdiction absolue, dans le secteur public, de transformer un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée[1]. Dans toutes ces décisions, la disposition constitutionnelle contraire n'a non seulement pas pu justifier l'inapplication ou l'application incorrecte du droit de l'Union, mais sa valeur constitutionnelle n'a pas plus empêché la Cour, au constat de son incompatibilité, de contraindre l'État à la laisser inappliquée. De la même façon, dans le cadre de l'exécution du mandat d'arrêt européen, il fut jugé par la Cour de justice que, si l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux autorise les États à maintenir au sein de leur droit constitutionnel un standard de protection des droits fondamentaux plus élevé que le niveau européen, cette disposition ne va pas jusqu'à leur permettre de subordonner l'exécution d'un acte de droit dérivé tel que celui en cause, au motif que celui-ci, bien que conforme à la Charte, ne le serait pas face au droit à un procès équitable tel que garanti par la Constitution d'un État membre[2]. Une pareille interprétation de la Charte reviendrait selon le juge de l'Union à « porter atteinte au principe de primauté du droit de l'Union »[3]. Un standard de protection plus élevé des droits fondamentaux, s'il est envisageable ne doit donc pas conduire à remettre en cause ni « le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »[4]. Cette décision de la Cour répète avec force que ni la constitution, ni les droits fondamentaux qu'elle garantit ne peuvent réduire la portée de la primauté. Là encore une menace envers l'identité constitutionnelle est perceptible. D'ailleurs certaines de ces affaires, Michaniki, Commission contre Luxembourg et Melloni ne sont pas sans présenter de liens avec le principe du respect de l'identité nationale[5]. Il faut en conséquence que l'inopposabilité des règles constitutionnelles à l'applicabilité du droit de l'Union trouve au sein de la jurisprudence de l'Union un équilibre avec son devoir de respecter l'identité nationale des États membres.

267. Par conséquent la valeur constitutionnelle d'une règle nationale importe guère pour évaluer son incompatibilité avec le droit de l'Union, de même qu'elle n'autorise son opposabilité ni à la validité, ni à l'application du droit de l'Union. La norme européenne prime sur l'ensemble du droit national, même constitutionnel, de sorte que ce dernier puisse être encadré par le juge de l'Union lui-même.

---

[1] Arrêt Angelidaki e.a., précité, points 204 à 207.
[2] CJUE, 26 février 2013, Melloni, Aff. C-399/11, points 55 à 60.
[3] Arrêt Melloni, précité, point 58.
[4] Arrêt Melloni, précité, point 60.
[5] Voir *infra* (§737 ; §531 ; §692).

B. L'obligation d'abroger l'ensemble des normes incompatibles

268. La compatibilité avec le droit de l'Union de l'ensemble du droit des États membres est susceptible d'être contrôlée par le juge de l'Union. Comme l'observe également Guy Canivet, « la règle constitutionnelle nationale est traitée en norme ordinaire »[1]. Cela signifie que le droit constitutionnel, à l'instar les normes qui lui sont inférieures dans l'ordre juridique étatique, n'échappe pas aux contraintes liées par la Cour de justice au principe de primauté. En ce sens, les prescriptions qu'il aura tenues à l'égard du domaine législatif et du législateur national s'impose également au droit constitutionnel et donc au constituant lui-même. D'ailleurs la Cour l'a explicitement formulé dans sa décision Angelidaki, en considérant que « toutes les autorités des États membres sont soumises à l'obligation de garantir le plein effet des dispositions du droit communautaire en ce compris lorsque lesdites autorités modifient leur Constitution »[2]. Il s'agit par conséquent d'une contrainte sur l'ensemble des autorités normatives étatiques, de laquelle peut d'ailleurs résulter le devoir pour celles-ci, d'abroger les actes qui seraient jugés incompatibles, de même que celui de ne pas ultérieurement en adopter. La Cour a donc formulé une exigence tenant au devoir des États membres d'abroger les normes contraires au droit de l'Union (1), de même qu'elle a précisé l'inconditionnalité de cette exigence et la forme que devait emprunter l'abrogation (2).

1. L'exigence d'une abrogation

269. Essentiellement conçue comme une règle prioritaire d'applicabilité de la norme européenne, le principe de primauté « n'entraîne 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 »[3]. En effet, d'un point de vue formel, la contrainte attachée au principe de primauté ne peut absolument pas conduire à reconnaître une quelconque capacité d'intervention directe de l'Union dans l'ordre juridique des États membres pour en modifier « brutalement » les actes internes. Elle n'en possède tout simplement pas la compétence puisque le droit de l'Union, s'il s'intègre directement dans leur ordre juridique, n'a toutefois pas comme vocation de les remplacer. Toutefois, d'un point de vue matériel, la Cour de

[1] CANIVET G., « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire, contre-éloge de la tragédie », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 614.
[2] Arrêt Angelidaki e.a., précité, point 207.
[3] MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 399.

justice dispose, par sa faculté de prononcer des sanctions pécuniaires, d'un réel pouvoir de contrainte sur l'État responsable d'une mesure incompatible, et peut en conséquence lui imposer de l'abroger ou de la modifier par ses propres moyens, mais en définitive elle dépend formellement du bon vouloir de l'État pour que cette action soit effectivement menée.

270. C'est dans cette logique que la Cour de justice considéra que « l'introduction ou le maintien inchangé, dans la législation d'un État membre, d'un texte incompatible avec une disposition du traité [ou avec une disposition communautaire] constitue […], dans le chef dudit État, un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu du traité »[1]. De cette situation de manquement, la Cour tire ainsi à l'encontre de l'État membre « l'obligation d'adapter sa législation nationale aux exigences du traité »[2] afin de la mettre « en conformité avec le droit communautaire »[3]. Le constat d'une incompatibilité ne suffit donc pas pour que la norme soit retirée. Plus précisément encore, elle consacre d'une part « l'obligation d'éliminer des ordres juridiques internes » les dispositions qui lui seraient incompatibles[4], et d'autre part l'obligation de ne pas en insérer de nouvelles qui, si tel était le cas, devrait être abolies aussitôt après leur adoption[5].

271. Il faut enfin préciser que dans tous les cas, cette obligation d'abrogation des dispositions internes incompatibles ne saurait, en considération des délais inhérents aux procédures législatives ou constituantes, retarder la mise en œuvre d'un arrêt de la Cour ayant retenu cette incompatibilité et sanctionné le manquement d'un État membre ou encore permettre l'octroi d'un délai dans son exécution à l'État fautif[6]. Si la Cour de justice a bien formulé une telle obligation d'abrogation, elle en a également défini les contours en précisant non seulement sa nature inconditionnelle, mais également la forme qu'elle devait revêtir.

---

[1] CJCE, 4 avril 1974, Commission c/ France, Aff. C-167/73, point 41 ; CJCE, 25 octobre 1979, Commission c/ Italie, Aff. C-159/78, point 22 ; CJCE, 15 octobre 1986, Commission c/ Italie, Aff. C-168/85, point 11 ; CJCE, 26 avril 1988, Commission c/ Allemagne, Aff. 74/86, point 10 ; CJCE, 14 juillet 1988, Commission c/ Grèce, Aff. C-38/87, point 9 ; CJCE, 13 juillet 2000, Commission c/ France, Aff. C-160/99, point 22 ; CJCE, 18 janvier 2001, Commission c/ Italie, Aff. C-162/99, point 33.

[2] CJCE, 15 octobre 1986, Commission c/ Italie, Aff. C-168/85, point 14.

[3] CJCE, 18 janvier 2001, Commission c/ Italie, Aff. C-162/99, point 22.

[4] CJCE, 24 mars 1988, Commission c/ Italie, Aff. C-104/86, point 12 ; CJCE, 23 avril 2009, Commission c/ Grèce, Aff. C-290/94, point 29.

[5] CJCE, 26 avril 1988, Commission c/ Allemagne, Aff. 74/86, point 11.

[6] CJCE, 13 juillet 1972, Commission c/ Italie, Aff. C-48/71, point 6 ; CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93, points 51 et 52.

2. L'inconditionnalité et la forme de l'abrogation

272. L'exigence d'abroger la norme interne est inconditionnelle. Peu importe ici, que l'incompatibilité de la mesure nationale soit sanctionnée par rapport à une disposition directement applicable du droit de l'Union. En effet, même si la seconde est alors directement invocable par les particuliers devant les juges nationaux, il n'empêche que le maintien de la mesure nationale génère « une situation de fait ambiguë en maintenant, pour les sujets de droit concernés, un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit communautaire »[1]. En ce sens, l'effet direct n'est ici qu'une « garantie minimale » ne permettant pas à elle seule d'assurer « une application pleine et complète » du droit de l'Union[2].

273. De surcroît, la juridiction de l'Union impose que l'incompatibilité ne puisse « être définitivement éliminée qu'au moyen de dispositions internes à caractère contraignant, ayant la même valeur juridique que celles qui doivent être modifiées »[3]. De même, elle exige aussi que les États « le fassent par l'adoption de dispositions juridiques susceptibles de créer une situation suffisamment précise, claire et transparente pour permettre aux particuliers de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir devant les juridictions nationales »[4]. Seule une mesure nationale peut donc mettre un terme à l'incompatibilité, et non directement le juge de l'Union.

274. En somme, chaque autorité nationale ayant adopté un acte jugé incompatible par la Cour a le devoir de l'éliminer dans la même forme et par des termes précis. L'ensemble des autorités normatives internes sont donc instrumentalisées par l'Union et effectivement limitées dans l'exercice des compétences souveraines de l'État, y compris le pouvoir

[1] CJCE, 4 avril 1974, Commission c/ France, Aff. C-167/73, point 41 ; CJCE, 25 octobre 1979, Commission c/ Italie, Aff. C-159/78, point 22 ; CJCE, 15 octobre 1986, Commission c/ Italie, Aff. C-168/85, point 11 ; CJCE, 26 avril 1988, Commission c/ Allemagne, Aff. 74/86, point 10 ; CJCE, 14 juillet 1988, Commission c/ Grèce, Aff. C-38/87, point 9 ; CJCE, 25 juillet 1991, Emmott, Aff. C-208/90, points 20 et 21 ; CJCE, 13 juillet 2000, Commission c/ France, Aff. C-160/99, point 22 ; CJCE, 18 janvier 2001, Commission c/ Italie, Aff. C-162/99, point 33.

[2] CJCE, 15 octobre 1986, Commission c/ Italie, Aff. C-168/85, point 11 ; CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-120/88, point 10 ; CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Espagne, Aff. C-119/89, point 9 ; CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Grèce, Aff. C-159/89, point 10 ; CJUE, 5 octobre 2010, Commission c/ France, Aff. C-512/08, point 54.

[3] CJCE, 15 octobre 1986, Commission c/ Italie, Aff. C-168/85, point 13 ; CJCE, 13 juillet 2000, Commission c/ France, Aff. C-160/99, point 23.

[4] CJCE, 18 janvier 2001, Commission c/ Italie, Aff. C-162/99, point 22 ; CJCE, 28 février 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-360/87, point 12 ; CJCE, 15 juin 1995, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-220/94, point 10.

constituant. En effet, la Cour précisa que cette interprétation du principe de primauté « vaut également lorsque sont en cause des principes généraux de droit constitutionnel »[1].

275. Si la contrainte exercée par la primauté du droit de l'Union touche les autorités normatives des États membres, elle n'apparaît pas non plus être sans incidence sur leurs autorités juridictionnelles, puisqu'elle contraint tout autant le juge national à l'application effective du droit de l'Union, de laquelle semble cette fois résulter la remise en cause du monopole interprétatif de l'État.

Paragraphe 2 : La remise en cause du monopole interprétatif de l'État

276. Si l'État dispose traditionnellement du monopole normatif sur son territoire, il dispose également du monopole d'interprétation du droit y étant applicable qui, confié au juge, permet d'assurer son application et son effectivité. Or, ce monopole est lui-même remis en cause par les contraintes que le juge de l'Union associe au principe de primauté. Comme le note Denis Simon, dans le cadre du droit de l'Union, « l'affirmation de la primauté internationale est complétée par la communautarisation de la primauté interne, c'est-à-dire par l'encadrement communautaire de la mission du juge interne en sa qualité de juge communautaire de droit commun »[2]. En effet, dans le cadre du droit international général, « *la gestion des relations entre cet ordre et l'ordre national relève du droit interne tandis que, dans l'ordre de l'Union européenne, cette question est réglée par le droit de l'Union* […] *; cette spécificité de l'ordre juridique de l'Union par rapport à l'ordre juridique international a pour effet de mettre à l'écart le jeu des règles applicables au droit international classique* »[3]. Parmi ces règles, le monopole d'interprétation que le juge national tient pourtant de la souveraineté étatique. Ce monopole est d'abord remis en cause au sujet de l'appréciation de la validité du droit de l'Union, qui ne saurait être réalisée par le juge interne. Lorsqu'un argument tenant à exercer ce contrôle est soulevé devant le juge national, il a le devoir de renvoyer cette appréciation à

[1] Arrêt Commission c/ Italie (162/99), précité, point 23.
[2] SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, p. 189 ; voir également sur ce point DE BERRANGER T., *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, Montchrestien, 1995, p. 331 et s.
[3] Voir GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *op.cit.*, p. 280 ; Voir également JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2010, p. 541.

la Cour de justice par le renvoi préjudiciel[1]. Il peut de même être contraint d'exercer un tel renvoi, lorsque lui est soumis une demande en interprétation du droit de l'Union, alors qu'il est juge de dernière instance[2]. Dans ce cadre, seules les exceptions tenant soit à l'existence d'un arrêt antérieur de la Cour de justice portant sur une question identique[3], soit à la clarté suffisante de l'acte en cause, soit enfin à la non-pertinence de la question posée[4], lui permettent d'éviter le recours préjudiciel[5]. En dehors de l'appréciation de la validité des actes de l'Union et de leur interprétation, cette remise en cause du monopole interprétatif du juge national s'apprécie essentiellement au sujet de l'interprétation et de l'application des normes purement internes. Lorsque le juge national est confronté à un conflit potentiel entre le droit de l'Union et le droit national, il doit « substituer à la collision de droits un système de priorité »[6]. De l'impossibilité d'appliquer les deux normes, il doit trancher en faveur de l'une ou l'autre. Or, « la réponse est dictée par les impératifs de la prévalence du droit communautaire »[7]. Il a le devoir dans le cadre du processus d'intégration d'assurer, conformément au principe de primauté, la pleine effectivité du droit de l'Union. Ce devoir se décline d'abord en celui d'interpréter conformément au droit de l'Union les dispositions internes susceptibles, dans le cas contraire, de porter atteinte à l'application du premier (A). Il se poursuit ensuite, en cas de conflit insoluble par l'interprétation, dans le devoir d'écarter la règle interne incompatible, en attendant le cas échéant que l'autorité normative compétente l'ait ensuite elle-même supprimée (B).

[1] Voir arrêt Foto-Frost, précité, point 17 : « l'article 173 attribuant compétence exclusive à la Cour pour annuler un acte d'une institution communautaire, la cohérence du système exige que le pouvoir de constater l'invalidité du même acte, si elle est soulevée devant une juridiction nationale, soit également réservé à la Cour » ; cette obligation résulte désormais de l'article 267 TFUE ; voir également la jurisprudence de la Cour sur cette question au travers notamment des arrêts : CJCE, 27 mars 1963, Da Costa, Aff. C-28/62, C-29/62 et C-30/62 et CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, Aff. C-283/81.

[2] Arrêt Da Costa, précité. Dans ce cadre, l'existence d'un contrôle partiel de constitutionnalité déclenché par le juge ordinaire et renvoyé au juge constitutionnel, après sursis à statuer dans l'affaire pendante, ne saurait enlever le caractère de juge en dernière instance à la juridiction ordinaire l'ayant déclenché, voir en ce sens : CJCE, 19 novembre 2009, Filipiak, Aff. C-314/08, point 72 ; CJUE, 15 janvier 2013, Križan e.a., Aff. C-416/10, point 72.

[3] Arrêt Da Costa, précité.

[4] Arrêt CILFIT, précité, points 16 et 20.

[5] Arrêt CILFIT, précité, point 10.

[6] FORIERS P., « Les antinomies du droit », *in La pensée politique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 445.

[7] MEDHI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », *op.cit.*, p. 631.

A. Le devoir d'interprétation conforme des dispositions internes

277. D'un point de vue général, c'est avec une grande constance que la Cour de justice impose, vis-à-vis de l'ensemble du droit de l'Union, le devoir des États membres fondé sur le principe de coopération loyale « de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations [en] découlant », cette prescription valant pour toutes les autorités nationales, parmi lesquelles les autorités juridictionnelles[1]. Dans ce cadre, le juge national est également tenu, dans la mesure du possible, de donner aux règles de droit interne « une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire »[2]. S'agissant plus spécifiquement des directives, la Cour de justice a adapté sa formule de telle sorte qu'elle reconnaît, sur le même fondement de la coopération loyale, mais cette fois interconnectée avec l'article du traité portant sur la mise en œuvre des directives par les États, « l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir […] de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation »[3]. Cette obligation s'impose également à l'ensemble des autorités nationales. Le juge national étant donc soumis à cette obligation doit « interpréter son droit national [antérieur comme postérieur] à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé »[4], ce droit national incluant les dispositions transitoires[5], les jurisprudences internes établies[1], mais également la mesure de transposition,

[1] CJCE, 5 octobre 1994, van Munster, Aff. C-165/91, point 32 ; CJCE, 26 septembre 2000, Engelbrecht, Aff. C-262/97, point 38 ; CJCE, 27 octobre 2009, CEZ, Aff. C-115/08, point 138 ; CJUE, 8 mars 2011, Avis de la Cour, Aff. 1/09, point 68.

[2] CJCE, 4 février 1988, Murphy, Aff. C-157/86, point 11 ; Arrêt van Munster, précité, point 34 ; Arrêt Engelbrecht, précité, point 39 ; CJCE, 11 janvier 2007, ITC, Aff. C-208/05, point 68 ; CJCE, 18 juillet 2007, Lucchini, Aff. C-119/05, point 60 ; CJCE, 11 juillet 2008, Babanov, Aff. C-207/08, point 34 ; Arrêt CEZ, précité, point 138 ; Arrêt van Munster, précité, point 34 ; CJUE, 13 avril 2010, Wall, Aff. C-91/08, point 70 ; CJUE, 22 juin 2010, Melki, Abdeli, Aff. jointes C-188/10 et C-189/10, point 50.

[3] CJCE, 10 avril 1984, Hartz, Aff. C-79/83, point 26 ; CJCE, 10 avril 1984, Colson, Aff. C-14/83, point 26 ; Arrêt Kolpinghuis Nijmegen BV, précité, point 12 ; CJCE, 22 septembre 1998, Coote, Aff. C-185/97, point 18 ; CJCE, 13 novembre 1990, Marleasing, Aff. C-106/89, point 8 ; CJCE, 14 juillet 1994, Faccini Dori, Aff. C-91/92, point 26 ; Arrêt Inter-Environnement Wallonie, précité, point 40 ; CJCE, 25 février 1999, Carbonari e.a., Aff. C-131/97, point 48 ; Arrêt Mau, précité, point 35 ; CJCE, 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a., Aff. jointes C-397/01 à C-403/01, point 110 ; CJUE, 19 janvier 2010, Kücükdeveci, Aff. C-555/07, point 47.

[4] Arrêt Colson, précité, point 26 ; CJCE, 16 décembre 1993, Wagner Miret, Aff. C-334/92, point 20 ; CJCE, 23 février 1999, BMW, Aff. C-63/97, point 22 ; Arrêt Kolpinghuis Nijmegen BV, précité, point 12 ; Arrêt Pfeiffer e.a., précité, point 113 ; Arrêt Marleasing, précité, point 8 ; Arrêt Faccini Dori, précité, point 26 ; CJCE, 27 juin 2000, Océano Grupo e.a., Aff. jointes C-240/98 à C-244/98, points 30 et 31 ; CJCE, 13 juillet 2000, Centrosteel, Aff. C-456/98, point 16 ; CJCE, 23 octobre 2003, Adidas, Aff. C-408/01, point 21 ; CJCE, 15 mai 2003, Mau, Aff. C-160/01, point 36 ; Arrêt Carbonari e.a., précité, points 48 et 49 ; Arrêt Hartz, précité, point 26 ; Arrêt Coote, précité, point 18 ; CJCE, 4 juillet 2006, Adeneler e.a., Aff. C-212/04, point 108 ; CJCE, 12 juin 2008, Vassilakis e.a., Aff. C-364/07, point 56 ; Arrêt Angelidaki e.a., précité, point 197 ; CJUE, 24 janvier 2012, Dominguez, Aff. C-282/10, point 24 ; CJUE, 24 mai 2012, Amia, Aff. C-97/11, point 28 ; Arrêt Kücükdeveci, précité, point 48.

[5] Arrêt BMW, précité, point 23.

lorsque cette dernière a été réalisée[2]. La Cour de justice a non seulement défini le régime de cette obligation d'interprétation conforme (1), mais également les conséquences d'une impossible réalisation de celle-ci (2).

1. Le régime de l'interprétation conforme

278. Cette obligation « d'interprétation conforme », en ce qu'elle est une garantie de la pleine efficacité du droit de l'Union, apparaît selon la Cour comme « inhérente au système du traité »[3], et justifie que les juridictions internes « *fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, aux fins de garantir la pleine effectivité de la directive en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci* »[4]. Les méthodes d'interprétations demeurent intactes, mais le juge interne est lié par le principe de primauté, quant au résultat à obtenir.

279. Cette contrainte trouve pour limite « les principes généraux du droit qui font partie du droit communautaire, et notamment ceux de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité »[5]. En outre, lorsque la directive n'est pas encore transposée, ce devoir ne peut être imposé au juge national qu'à partir de l'expiration du délai de transposition[6]. Dès lors, la pleine latitude du juge national dans l'interprétation du droit interne est atteinte aux profits de l'application effective de la norme européenne, qu'il s'agisse de l'exécution des directives ou même plus largement du respect des obligations résultant du droit de l'Union.

---

[1] Arrêt Centrosteel, précité, point 17.
[2] Arrêt Kolpinghuis Nijmegen BV, précité, point 12 ; Arrêt Pfeiffer e.a., précité, point 115 ; Adidas salomon, point 21 ; Arrêt Carbonari e.a., précité, point 48 ; Arrêt Hartz, précité, point 26 ; Arrêt Coote, précité, point 18.
[3] Arrêt Pfeiffer e.a., précité, point 114 ; Arrêt Adeneler e.a., précité, point 109 ; Arrêt Vassilakis e.a., précité, point 57 ; Arrêt Angelidaki e.a., précité, point 198 ; Arrêt Dominguez, précité, point 24 ; Arrêt Amia, précité, point 28 ; Arrêt Kücükdeveci, précité, point 48.
[4] Arrêt Adeneler e.a., précité, point 111 ; Arrêt Vassilakis e.a., précité, point 59 ; Arrêt Angelidaki e.a., précité, point 200 ; Arrêt Dominguez, précité, point 27 ; Arrêt Amia, précité, point 29.
[5] Voir d'une part, Arrêt Kolpinghuis Nijmegen BV, précité, point 13, la Cour y justifie cette position par l'argument selon lequel « une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne prise par un État membre pour son application, de déterminer ou d' aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en *infra*ction à ses dispositions » ; voir d'autre part, Arrêt Angelidaki e.a., précité, point 199, la justification tenant cette fois à l'impossibilité pour la directive de « servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national ; voir de même, Arrêt Adeneler e.a., précité, point 110 ; voir aussi, Arrêt Vassilakis e.a., précité, point 56 ; Arrêt Dominguez, précité, point 25.
[6] Arrêt Angelidaki e.a., précité, point 201 ; Arrêt Vassilakis e.a., précité, point 63 ; Arrêt Adeneler e.a., précité, point 114.

2. Les conséquences de l'impossible interprétation conforme

280. La Cour de justice ne s'arrête pas à l'exigence d'une interprétation conforme et tire plusieurs conséquences de l'impossibilité de la mettre en œuvre.

281. En effet, s'agissant des directives non transposées après expiration du délai et compte tenu de leur effet direct seulement vertical, elle impose au juge national de réparer les dommages causés aux particuliers par le manquement de l'État, si une interprétation conforme du droit national aux objectifs de la directive n'était pas envisageable[1]. S'agissant ensuite des directives transposées, le juge de l'Union préconise au moyen du devoir d'interprétation conforme du droit interne, que le juge national réduise la portée d'une norme interne contraire au droit de l'Union, voire si nécessaire, qu'il ne l'applique que pour autant qu'elle soit compatible avec la mise en œuvre effective de ladite directive[2]. Désormais, que la transposition soit non réalisée ou mal réalisée, la juridiction de l'Union invite dans tous les cas le juge interne à faire valoir les droits que les particuliers tirent directement de la directive, dès lors que d'une part l'interprétation conforme du droit interne ne serait pas possible et que d'autre part ladite directive remplisse les conditions de l'effet direct vertical. C'est en substance, ce qui ressort des jurisprudences Dominguez et Amia[3]. Ainsi, de l'impossibilité de réaliser l'interprétation conforme, s'imposerait « à titre subsidiaire » l'invocabilité d'exclusion de la directive[4], c'est-à-dire l'exclusion de la norme interne au profit de l'invocabilité directe des dispositions pertinentes de la directive.

282. En dehors des directives, lorsque l'interprétation conforme est également inenvisageable pour rendre compatible le droit interne aux obligations découlant du droit de

[1] Arrêt Faccini Dori, précité, point 26 ; Arrêt Carbonari e.a., précité, point 52 ; Arrêt Adeneler e.a., précité, point 112 ; Arrêt Vassilakis e.a., précité, point 60 ; Arrêt Angelidaki e.a., précité, point 202 ; sans qu'il soit véritablement utile d'y revenir, les conditions de cette indemnisation sont exposées dans l'arrêt CJCE, 19 novembre 1991, Francovich e.a., Aff. jointes C-6/90 et C-9/90, points 39 et 40.

[2] CJCE, 22 mai 2003, Connect Aff. C-462/99, point 40 ; Arrêt Pfeiffer e.a., précité, point 116 ; Arrêt Mangold, précité, Arrêt Kücükdeveci, précité, points 51, 53 et 54.

[3] Arrêt Dominguez, précité, point 23 « la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible », voir aussi le point 33 ; Arrêt Amia, précité, points 27 et 30 : « Par conséquent, avant de laisser inappliquées des dispositions nationales dans une affaire telle que celle au principal, il incombe à la juridiction nationale de vérifier, en prenant en considération non seulement lesdites dispositions mais aussi l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par ce droit, si elle ne peut pas parvenir à une interprétation dudit droit national qui soit conforme au texte et à la finalité de la directive en cause », voir aussi le point 33.

[4] Voir sur ce point, SIMON D., « Nouvelle confirmation de la fonction de l'obligation d'interprétation conforme. », *Europe*, juillet 2012, pp. 268-269.

l'Union, la Cour de justice impose la même obligation au juge interne. De la primauté et de l'impossibilité de réaliser une interprétation conforme peut, en certaines occasions, naître le devoir pour le juge national d'écarter l'application de la norme interne contraire ou incompatible avec une norme européenne[1]. Cette solution, vaut dès lors que la disposition du droit de l'Union visée est dotée de l'effet direct complet[2], ce qui est bien évidemment le cas des règlements[3], mais également de certains articles du traité en étant dotés selon les observations de la Cour[4].

283. Le devoir imposé par la Cour de justice au juge national d'écarter la norme interne contraire ne s'articule pas en toute occasion avec celui d'interprétation conforme. Ainsi, il convient désormais de s'attacher de façon autonome à l'analyse de ce devoir.

B. Une obligation d'écarter les dispositions internes contraires

284. Il existe un autre devoir du juge national que celui d'interprétation conforme, celui d'écarter l'application de la norme interne contraire au droit de l'Union. Si ce devoir est régulièrement présenté en tant que conséquence d'une impossible interprétation conforme, il apparaît également être parfois évoqué par le juge de l'Union à titre principal. Or cette seconde obligation porte en elle des conséquences sur les compétences internes du juge national (1), mais aussi sur les rapports qu'il entretient avec les autres juges nationaux, que ces derniers lui soient simplement supérieurs ou encore qu'ils soient juges constitutionnels (2).

1. Le devoir d'écarter la norme contraire et les compétences du juge national

285. Il est de nombreuses occasions où le juge de l'Union a mentionné l'obligation d'écarter la norme contraire à titre principal. Il en était ainsi dès les jurisprudences Lück, Politi ou encore Simmenthal, notamment confirmées par l'arrêt ultérieur Factortame[5].

[1] Voir par exemple : Arrêt CEZ, précité, point, point 138 ; Arrêt ITC, précité, point 69; Arrêt Lucchini, précité, point 61 ; Arrêt Babanov, précité, point 34 ; Arrêt Engelbrecht, précité, point 40.
[2] Effet direct à la fois vertical et horizontal.
[3] Arrêt Babanov, précité, point 36.
[4] Arrêt Murphy, précité, point 11 ; Arrêt ITC, précité, point 70 ; Arrêt van Munster, précité, point 32.
[5] CJCE, 4 avril 1968, Lück, Aff. C-34/67; Arrêt Politi, précité ; Arrêt Simmenthal, précité, points 21 et 24 ; CJCE, 19 juin 1990, Factortame, Aff. C-213/89, point 18. Ces décisions furent d'ailleurs confirmées à de nombreuses reprises par le juge de l'Union, voir par exemple en ce sens : CJCE, 4 juin 1992, Debus, Aff. jointes

L'ensemble de ces décisions pose le principe d'exclusion d'une application, par les juridictions nationales, de toute mesure interne incompatible avec le droit de l'Union. Ce devoir du juge interne, résultant de la conjugaison des principes de primauté et de coopération loyale, ne va toutefois pas jusqu'à lui imposer l'obligation ou même lui reconnaître la faculté de prononcer la nullité de la dite norme, la juridiction de l'Union prenant en considération le fait qu'il revient à chaque État de définir « la compétence des organes et juridictions »[1]. L'incompatibilité constatée entre une règle interne et une règle de l'Union n'a donc pas pour effet de rendre la première « inexistante »[2]. Cette considération à l'égard de l'organisation procédurale et de la répartition des compétences entre les juges nationaux, décidée par chaque État membre, n'est pourtant pas sans limite, bien qu'en lien avec le principe du respect de l'identité nationale[3]. En effet, cette organisation ne doit pas dans la pratique rendre impossible l'application du droit de l'Union ou encore nuire à son efficacité. Dans ce cadre, la Cour de justice a plusieurs fois sanctionné des règles procédurales, lorsque celles-ci ne donnaient pas au juge les compétences nécessaires en vue d'écarter la norme interne incompatible.

286. Elle a ainsi jugé que les juridictions nationales avaient le devoir d'écarter une règle procédurale ou pratique judiciaire interne, qui aurait justement pour objet d'empêcher le juge de laisser inappliquée de son propre chef toute norme interne contraire au droit de l'Union. Justifiant cette position par la garantie de l'effectivité du droit de l'Union, elle précisa ainsi qu'il appartenait au juge national de remplir ce devoir de sa propre autorité et à l'égard de « toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »[4]. Fut ainsi touchée l'organisation procédurale italienne visant à attribuer exclusivement au juge constitutionnel le pouvoir de rendre inapplicable, par leur suppression, les dispositions législatives internes[5]. De même, fut concernée la règle coutumière anglaise selon laquelle « aucune mesure provisoire ne peut être ordonnée contre la

C-13/91 et C-113/91, point 32 ; CJCE, 13 mars 1997, Moralleto, Aff. C-358/95, points 18 et 30 ; Arrêt IN.CO.GE.'90, précité, point 21 ; Arrêt Ciola, précité, points 26 et 27 ; CJCE, 20 mars 2003, Kutz-Bauer, Aff. C-187/00, point 73 ; Arrêt Larsy, précité, point 51 ; CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi e.a., Aff. jointes C 387/02, C-391/02 et C 403/02, point 72 ; Arrêt Winner Wetten, précité, points 53 et 55 ; CJCE, 19 novembre 2009, Filipiak, Aff. C-314/08, points 81 et 88 ; CJUE, 22 juin 2010, Melki, Abdeli, Aff. jointes C-188/10 et C-189/10, point 43 ; CJUE, 5 octobre 2010, Elchinov, Aff. C-173/09, point 31 ; CJUE, 20 octobre 2011, Interedil, Aff. C-396/09, point 38 ; CJUE, 6 septembre 2012, Philips Electronics, Aff. C-18/11, points 38 et 40.

[1] Arrêt Filipiak, précité, point 82.

[2] *Ibid.*, point 83.

[3] Voir *infra*, (§416).

[4] Arrêt Simmenthal, précité, point 22 ; Arrêt Factortame, précité, point 20 ; Arrêt Filipiak, précité, point 81 ; Arrêt Winner Wetten, précité, point 56 ; Arrêt Melki, Abdeli, précité, points 43 et 44.

[5] Arrêt Simmenthal, précité, points 23 et 24.

Couronne » par le juge national, seul le parlement ayant la faculté de rendre inapplicable par sa suppression la loi interne[1]. Aucun obstacle, même « temporaire », ne saurait ainsi être admis à l'encontre de l'application effective du droit de l'Union par les juridictions internes[2], qui doivent en ce sens être à même de pouvoir adopter des mesures provisoires visant au sursis à exécution de la norme interne contraire[3], en attendant le cas échéant sa suppression effective par l'autorité compétente. La détermination des critères d'adoption de ces mesures provisoires relèvent entièrement du droit interne[4], à supposer qu'ils répondent des principes d'équivalence et d'effectivité. En effet, la Cour a considéré que « *ces critères ne sauraient être moins favorables que ceux concernant des demandes similaires de nature interne, ni rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique communautaire* »[5]. Dans le sens inverse, des mesures provisoires tenant au maintien temporaire d'une réglementation interne contraire au droit de l'Union ne sauraient être qu'exceptionnellement prononcées, lorsqu'elles sont justifiées par « des considérations impérieuses de sécurité juridique »[6]. Il ressort de tous ces arrêts que les compétences internes des juges nationaux sont à ce point encadrées qu'il en résulte une atteinte à leur monopole interprétatif. Cette idée se confirme par le devoir d'écarter les décisions contraires de leurs homologues nationaux.

2. Le devoir d'écarter la décision contraire et les rapports entre les juges nationaux

287. La Cour de justice a sanctionné un autre type de règle procédurale relative cette fois au rapport interne entre les différents degrés de juridiction. Il s'agissait notamment du devoir du juge ordinaire de respecter les instructions données par les juges supérieurs ou constitutionnels[7]. Dans ce cadre, la Cour de justice a dégagé deux principes particulièrement intéressants.

Premièrement, le juge interne est tenu comme pour toute disposition interne, d'écarter la décision rendue par le juge constitutionnel ou supérieur, mais également, par voie de conséquence, de laisser inappliquée la disposition procédurale lui imposant de respecter cette

[1] Arrêt Factortame, précité, points 21 et 22.
[2] Arrêt Simmenthal, précité, point 23 ; Arrêt Factortame, précité, point 20 ; Arrêt Melki, Abdeli, précité, point 44 ; Arrêt Winner Wetten, précité, point 57.
[3] Arrêt Factortame, précité, point 21 ; Arrêt Melki, Abdeli, précité, point 53.
[4] CJCE, 13 mars 2007, Unibet, Aff. C-432/05, point 81.
[5] Arrêt Unibet, précité, point 82.
[6] Arrêt Winner Wetten, précité, point 66.
[7] Voir : Arrêt Filipiak, précité ; Arrêt Melki, Abdeli, précité ; Arrêt Elchinov, précité ; CJUE, 1er mars 2011, Chartry, Aff. C-457/09 ; Arrêt Interedil, précité ; CJUE, 15 janvier 2013, Križan e.a., Aff. C-416/10.

décision, dès lors que ces dernières entreraient en contradiction avec le droit de l'Union ou son application effective[1].

Deuxièmement, une procédure de renvoi après cassation, de même qu'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité ne sauraient priver le juge interne de sa faculté d'adresser un renvoi préjudiciel à la Cour de justice[2]. Étant entendu que le juge interne est alors contraint de respecter l'interprétation rendue par le Cour de justice, même à l'encontre de la décision rendue par le juge interne de degré supérieur[3]. D'ailleurs, cette faculté du juge ordinaire « *ne saurait se transformer en obligation, en raison du fait que le droit national ne permet pas à ce juge de laisser inappliquée une disposition nationale qu'il estime contraire à la Constitution, sans que cette disposition ait été préalablement déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle* »[4].

Pourtant, les décisions rendues en cassation, de même que celles rendues par les juges constitutionnels ne sont pas susceptibles de recours. Une telle interprétation de la Cour de justice, imposant au juge ordinaire de s'en écarter si nécessaire au profit de l'application du droit de l'Union, semble donc conduire à une remise en cause de l'autorité de chose jugée. En effet, s'il ne résulte pas de cette obligation que les juges supérieurs ou constitutionnels soient tenus de réviser leur propre décision, les effets de cette dernière sont toutefois annihilés, puisqu'elle perd sa force contraignante à l'égard du juge interne qui en était pourtant le seul véritable destinataire.

288. Or selon la Cour de justice, en considération de la garantie qu'il représente vis-à-vis de la stabilité du droit et des relations juridiques ou encore de la bonne administration de la justice « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision »[5]. Comment alors justifier que des décisions rendues par les juges supérieurs ou constitutionnels, qui bénéficiant par définition de l'autorité de la chose jugée, doivent lorsqu'elles sont contraires au droit de l'Union être écartées par le juge ordinaire ? Il faut sur ce point reconnaître que la déférence de la Cour de justice envers ce principe n'est pas totale.

---

[1] Arrêt Filipiak, précité, points 69 et 85 ; Arrêt Elchinov, précité, points 28, 30, 31 et 32 ; Arrêt Interedil, précité, points 37, 38 et 39 ; Arrêt Križan e.a., précité, points 69 et 71.
[2] Arrêt Filipiak, précité, point 71 ; Arrêt Melki, Abdeli, précité, points 42, 51 et 52 ; Arrêt Elchinov, précité, points 25, 26 et 27 ; Arrêt Chartry, précité, point 20 ; Arrêt Interedil, précité, point 35 ; Arrêt Križan e.a., précité, points 67, 68 et 71.
[3] Arrêt Filipiak, précité, point 69 ; Arrêt Melki, Abdeli, précité, point 56 ; Arrêt Elchinov, précité, points 29 et 30 ; Arrêt Interedil, précité, point 37 ; Arrêt Križan e.a., précité, point 69.
[4] CJUE, 19 janvier 2010, Kücükdeveci, Aff. C-555/07, points 54 et 55 ; Arrêt Elchinov, précité, point 28.
[5] CJCE, 16 mars 2006, Kapferer, Aff. C-234/04, points 20 et 21 ; Arrêt Fallimento, précité, points 22 et 23.

D'abord, elle a décidé que l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'une juridiction nationale qui venait constater l'obligation inconditionnelle de paiement d'une aide d'État devait être écartée, dès lors que cette décision adoptée postérieurement et en contradiction avec une décision de la Commission constatant l'incompatibilité de l'aide avec le droit de l'Union, intervenait dans un domaine de compétence pourtant exclusivement attribué à la Commission[1]. Cette violation manifeste de la répartition des compétences entre État membre et l'Union, ainsi que du principe de primauté aura suffi à faire primer l'obligation de récupération des aides incompatible sur le principe de la *res judicata*, au moyen d'un raisonnement juridique qui demeure pourtant lacunaire[2].

Ensuite, d'une façon similaire quoique dans un raisonnement mieux étayé, la Cour a de même sanctionné le principe de l'autorité de la chose jugée en considération d'une interprétation telle, dans un ordre juridique interne, qu'en plus d'empêcher la révision des décisions qui étaient contraires au droit de l'Union, il contraignait le juge national à ne pas s'en écarter dans les affaires ultérieures[3]. Cette situation semble ainsi se rapprocher de celle des juges internes tenus d'observer les indications fournies par les juges supérieurs. Ainsi le devoir du juge ordinaire de s'écarter de ces décisions lorsqu'elles sont contraires au droit de l'Union répondrait de la même logique. L'autorité de la chose jugée justifie que ces décisions ne soient pas révisées, mais ne peut toutefois aller jusqu'à légitimer que d'autres soient rendues postérieurement à celles-ci en continuant à se fonder sur elles.

Dans tous les cas l'État, assumant dans son ensemble et pour le compte de ses juridictions, la responsabilité des manquements leur étant imputables lors de l'application du droit de l'Union, aura le devoir d'indemniser les particuliers des dommages subis par ces manquements[4]. L'autorité de la chose jugée n'est alors pas formellement remise en cause, puisque la décision juridictionnelle justifiant la responsabilité de l'État n'est pas en elle-même révisée[5]. Il n'en demeure pas moins que matériellement ses effets sont réduits à néant.

289. Ainsi, le monopole interprétatif des juges nationaux n'est plus. Le juge est contraint de respecter le droit de l'Union lorsqu'il donne application et interprétation au droit national.

[1] Arrêt Lucchini, précité, points 59 à 63.
[2] Voir SIMON D., « Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif », *Europe*, octobre 2007, p. 235, « on peut regretter que le déroulement du raisonnement juridique ne soit pas irréprochable, à propos d'une question délicate et sensible ».
[3] CJCE, 3 septembre 2009, Fallimento, Aff. C-2/08, points 29 à 31.
[4] Voir pour les conditions critères de l'indemnisation : CJCE, 13 juin 2006 Traghetti del Mediterraneo, Aff. C-173/03.
[5] CJCE, 30 septembre 2003, Klober, Aff. C-224/01, points 36, 39 et 40 ; Arrêt Traghetti del Mediterraneo, précité, points 35 à 44.

Comme le relève d'ailleurs Philippe Manin au sujet des rapports entre l'office du juge constitutionnel et l'existence du principe de primauté, « celui à qui est confié spécifiquement la mission de veiller au respect et à la primauté de la Constitution se trouve dans une position délicate par rapport à l'application du droit de l'Union européenne »[1]. En effet, la force contraignante des interprétations fournies par les juges constitutionnels, qui permettait dans les rapports conventionnels avec l'Union de contraindre les diverses autorités nationales au respect du droit constitutionnel et des procédures qu'il institue, incluse en cela l'identité constitutionnelle, est menacée dans le processus d'intégration. Le juge constitutionnel doit s'abstenir d'adopter des interprétations contraires au droit de l'Union, lorsque le juge ordinaire doit désormais s'en écarter si une telle interprétation venait nuire à l'efficacité ou l'applicabilité du droit de l'Union. La capacité du juge constitutionnel d'assurer la protection de l'identité constitutionnelle et d'imposer son respect aux autorités internes, notamment dans le cadre de l'exécution des obligations nées du droits de l'Union, est donc clairement remise en cause, de même que celle des juges ordinaires de la mettre en œuvre conformément aux prescriptions du premier.

290. Le monopole de l'exercice étatique de la souveraineté est clairement menacé, voire infirmé par le droit de l'Union, nonobstant le fait que cette limite soit souverainement consentie. Une interprétation aussi absolue et extensive du principe de primauté, touchant vraisemblablement les dispositions constitutionnelles antérieures, comme postérieures à l'acte juridique de l'Union concerné, conduit indéniablement à l'encadrement du pouvoir constituant étatique et par là même au « droit d'autodétermination constitutionnelle »[2], symbole le plus éminent de la souveraineté étatique, nationale ou encore populaire et de son exercice au niveau interne. Pourtant ce droit à l'autodétermination participe des plus activement à la construction et à la préservation de l'identité constitutionnelle. Cette interprétation mène donc irrémédiablement à l'incapacité étatique de protéger l'identité constitutionnelle par l'adoption ou le maintien des règles constitutionnelles, dès lors qu'elles entreraient en conflit avec le droit de l'Union. En effet, la pertinence de cette méthode était en premier lieu garantie par la suprématie générale du droit constitutionnel dans la hiérarchie normative, suprématie désormais largement remise en cause par le juge de l'Union dans le cadre du processus d'intégration. Elle l'était aussi en second lieu par le monopole

[1] MANIN P., « Le Conseil constitutionnel français et le droit de l'Union européenne : prudence et pragmatisme », *in Réalisations et défis de l'Union européenne - Droit-Politique-Économie. Mélanges en hommage au Professeur Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 347.
[2] BEAUD O., « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *op.cit.*, p. 1047.

d'interprétation du droit détenu par les juges nationaux. Or le juge national, même constitutionnel, n'est désormais plus totalement libre de donner ses interprétations au droit interne, celles-ci devant désormais se réaliser à la lumière du droit de l'Union. De plus, lorsqu'une telle interprétation, ne serait pas possible, il est tenu de le laisser inappliqué, nonobstant les compétences que lui accorderait ou non en ce sens l'ordre juridique interne et peu importe les décisions rendues par les juges internes qui lui seraient pourtant supérieurs. Par conséquent, la protection constitutionnelle accordée aux composantes de l'identité constitutionnelle et son effectivité juridictionnelle peuvent apparaître menacées, à l'instant où elles seraient reconnues incompatibles avec le droit de l'Union.

Conclusion du chapitre 1 :

291. La reconnaissance du principe de primauté est prétorienne. Cela signifie que les États n'ont pas véritablement et directement donné leur consentement à un principe qu'ils subissent pourtant dans leurs rapports quotidiens avec l'Union. D'ailleurs, lorsqu'ils ont eu l'occasion d'enfin y consentir, ils l'ont rejeté des traités, cela n'ayant toutefois pas pour conséquence ni de le remettre en cause, ni d'en affaiblir la portée. Il s'agit là d'une exigence « existentielle » du droit de l'Union qui, née de la spécificité d'une Union souverainement consentie par les États au moyen de l'attribution de compétence, vient en garantir la base juridique et l'existence même en tant qu'organisation politique originale. Fondé sur l'attribution de compétence, le principe s'impose certes dans les domaines transférés, mais également dans d'autres pourtant réservés par les États membres. Cette extension du champ couvert par le principe de primauté a donc de quoi surprendre, puisqu'il percute frontalement la souveraineté des États en les contraignant tant dans leur liberté de consentir ou non au transfert de certaines compétences, que dans leur capacité de mettre à l'abri de l'Union celles qu'ils auront pourtant retenues. De surcroît, cette atteinte à la souveraineté étatique se ressent matériellement dans son exercice[1]. L'État membre est contraint dans toutes ses autorités à l'abandon du monopole de son exercice, par l'obligation consentie au regard du principe de coopération loyale, de se conformer aux exigences du droit de l'Union parmi lesquelles la primauté de son droit. La

[1] Voir en ce sens, CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 300 : « Comment, dans toutes ces transformations, ne pas percevoir la mutation de l'État et l'érosion (la reconsidération) de ce qui en fait pendant longtemps sa principale caractéristique : la souveraineté ? À vrai dire, plus que d'une mise en cause de la souveraineté de l'État, dans son contenu et en tant que notion, l'intégration européenne apparaît comme un processus de transformation des conditions d'exercice de la souveraineté de l'État. ».

reconnaissance et l'interprétation absolue du principe de primauté impose ainsi la réactualisation des rapports qu'entretient classiquement l'État avec le droit international, en le poussant par le processus d'intégration dans ses derniers retranchements.

Si la conception absolue de la primauté empêche ou limite l'exercice par l'État de ses compétences souveraines, elle inhibe en conséquence sa capacité de protéger son identité constitutionnelle par les voies classiques tenant à ses compétences normatives et juridictionnelles. Il faut en conséquence s'interroger sur la réaction des juges nationaux, afin de déterminer par quels moyens ils peuvent continuer à protéger leur identité.

Chapitre 2 : Un aménagement rendu possible par le pluralisme

292. La législation de l'Union, du fait de son mode d'adoption essentiellement fondé sur la règle majoritaire et de l'extension exponentielle de son champ matériel d'action, peut tout autant que le droit primaire entrer en conflit avec le droit constitutionnel des États membres, même dans le cadre de leurs compétences réservées. Il est par conséquent susceptible de percuter de plein fouet leur identité constitutionnelle. Ses caractéristiques particulières, que sont l'applicabilité immédiate et la primauté absolue se conjuguant avec l'effet direct, présupposent pour l'État ayant accepté d'y être soumis par la ratification du traité, de ne pouvoir contrôler le droit dérivé au niveau interne, ni au regard de son propre droit fut-il constitutionnel, ni par sa confrontation avec le droit primaire. Il serait donc contraint d'assurer l'applicabilité et l'effectivité du droit dérivé envers et contre toute norme interne. Cette conception absolue du principe de primauté contraint les États dans l'exercice de leurs compétences souveraines, notamment en matière normative et juridictionnelle.

Or, il fut observé que la maîtrise et l'usage de ces compétences étaient la voie privilégiée par les États, afin de garantir la protection de leur identité constitutionnelle dans leurs rapports conventionnels avec l'Union. En ce sens, ils ont dû adapter leurs méthodes de protection identitaire, afin d'entrer en conformité avec les prescriptions du juge de l'Union tenant au processus d'intégration.

293. Il faut commencer par remarquer que la réception du principe de primauté dans l'ordonnancement juridique des États membres tend à s'écarter de la vision fournie par la Cour de justice, ne serait-ce que par sa médiation constitutionnelle. Cette médiation entraîne « une première altération potentielle » du principe, celui-ci étant « habilité » et donc « subordonné aux constitutions des États membres, qui peuvent, le cas échéant, en moduler la portée »[1]. Ainsi, les États ont quelque peu tempéré les velléités absolutistes et existentielles

[1] LENAERTS K., « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 626 ; voir également RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *op.cit.*, p. 679 et s ; voir également PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 7 et s. : « la primauté du droit communautaire résulte de la constitution qui n'est donc subordonnée qu'en apparence au droit communautaire : d'un côté, la suprématie de la constitution française est affirmée et, de l'autre, le droit communautaire ne bénéficie que d'une primauté sous réserve (ou encore on pourra parler de primauté tempérée) ; voir aussi GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *op.cit.*, p. 286, l'auteur considérant que dans le droit national, la primauté naît d'une autorisation constitutionnelle qui dans certains cas établit ses contours et ses limites ».

que l'Union attache au principe de primauté[1], par l'aménagement d'une issue de secours. Bien qu'acceptant dans une large mesure, lorsque le droit de l'Union l'impose, de désactiver l'exercice de leurs compétences souveraines, ils ont toutefois évoqué le maintien, dans des cas limites, d'une protection souveraine de leur identité constitutionnelle[2]. Dès lors, le verrouillage opéré par le texte constitutionnel à l'égard de l'évolution du droit primaire ne disparaîtrait pas complètement au sujet du droit dérivé adopté en vertu des procédures instituées par le traité.

294. L'interrogation porte en conséquence sur les moyens à disposition des juges nationaux pour conserver malgré tout une capacité de protection identitaire vis-à-vis du droit dérivé et de ses effets, mais aussi sur les raisonnements employés pour justifier et permettre leur utilisation. Il faut donc évaluer la réaction des juges face au conflit de norme entre droit dérivé de l'Union et identité nationale. Dans la situation où un conflit avéré viendrait à se déclarer entre droit de l'Union et identité constitutionnelle, il est ainsi question en théorie pour les juridictions nationales de réactiver l'exercice souverain si aucune autre solution, favorable à la préservation de l'identité, ne se présentait. Il apparaît ainsi nécessaire d'évaluer la teneur de ces réserves (**Section 1**). Il devra ensuite être observé si dans la pratique, les États ont effectivement, à l'issue des contrôles de constitutionnalité qu'ils auront pu mener, mis en œuvre ces réserves par la sanction directe ou même indirecte d'un acte de droit dérivé. Dans la négative, il conviendra alors de déterminer si une méthode alternative de protection de l'identité s'est offerte à eux afin de parvenir à la conciliation des exigences existentielles réciproques (**Section 2**).

---

[1] Voir sur ce point, DE BERRANGER T., Constitutions nationales et construction communautaire, Paris, Montchrestien, 1995, p. 333 et s.

[2] Voir par exemple LENAERTS K., « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », p. 625 et s. ; voir aussi NABLI B., « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 210-215 et du même auteur « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », *op.cit.*, p.159 et s. ; voir également BURGORGUE-LARSEN L., « L'identité constitutionnelle en question(s) », in BURGORGUE-LARSEN L., L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Paris, Pedone, 2011, p. 162 et s., qui évoque la « fonction de fermeture » du recours à la notion d'identité constitutionnelle par les États membres ; voir de même RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 4 ; voir aussi CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, Paris, Pedone, 2010, p. 84 et s.; voir enfin GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *op.cit.*, p. 279 et s.

Section 1 : La persistance d'une protection souveraine en théorie

295. Il apparaît d'abord utile d'analyser la réception du principe de primauté par les États membres[1], mais aussi et surtout la résistance identitaire de leurs juridictions suprêmes et/ou constitutionnelles lui étant opposée par le biais de ce qui fut qualifié de réserves de constitutionnalité, de réserves de souveraineté ou encore de contre-limites[2]. L'essentiel de l'analyse portera ainsi sur les décisions des juridictions internes ayant évoqué en théorie l'exécution de telles réserves. Acceptant initialement et dans leur grande majorité de se plier aux caractéristiques du droit de l'Union par l'adoption d'une clause constitutionnelle de participation spécifique à l'Union ou adressée de manière générale aux institutions interétatiques[3], les États membres et leurs juridictions semblent ainsi encadrer constitutionnellement la primauté de son droit.

À la suite de cet encadrement préalable, l'ensemble des États ici étudiés pose des limites à l'habilitation constitutionnelle du droit de l'Union et de ses effets[4]. Il conviendra donc de vérifier en quoi cet encadrement et ces limites peuvent être conçus comme un verrouillage identitaire potentiel des effets du droit de l'Union qui laisserait présager, malgré

---

[1] Voir sur ce point CARPANO E., *État de droit et droits européens, l'évolution de l'État de droit dans le cadre de l'européanisation des systèmes juridiques*, Paris, l'Harmattan, 2005, 565-574 ; voir également LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461.

[2] Voir pour une analyse générale de ces réserves, GREWE C. et RIDEAU J., « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : flash-back sur le coming-out d'un concept ambigu », *op.cit.*, pp. 319-345 ; voir également LAURANS Y., « La résistance des cours suprêmes à la primauté du droit de l'Union européenne : entre dialogue horizontal et monologues parallèles », *Civitas Europa*, juin 2008, pp. 239-261 ; voir encore CARPANO E., *État de droit et droits européens, l'évolution de l'État de droit dans le cadre de l'européanisation des systèmes juridiques*, *op.cit.*, pp. 579-587 ; voir enfin LENAERTS K., « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », *in* BAILLEUX A., CARTUYVELS Y., DUMONT H. et OST F., *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis 2009, pp. 623-646.

[3] Voir sur ce point, RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.*, pp. 1111-1423 ; Voir également du même auteur, « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, pp. 270-279 ; et « Les implications constitutionnelles de l'appartenance à l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, pp. 87-88 ; voir également PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, 48 et s. ; voir enfin CHALTIEL F., « Constitution française, Constitution européenne, vers l'osmose des ordres juridiques, à propos de la révision constitutionnelle du 28 février 2005 », *RMCUE*, 2005, pp. 280-287 et du même auteur « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des États membres », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 70 et s.

[4] Sur cette notion de limite à la primauté et par conséquent à l'intégration, voir notamment DEROSIER J.-P., « Le noyau constitutionnel identitaire frein à l'intégration européenne, contribution à une étude normativiste comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *op.cit.* ; voir encore PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 67 et s. ; voir aussi, KOMBILA H., « Les principes constitutionnels face au droit communautaire, l'Union dans la diversité de l'identité constitutionnelle européenne », in VIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, p. 18 et s.

les prescriptions de la Cour de justice, la persistance d'une protection souveraine de l'identité au sein du processus d'intégration.

296. Ces limites formulées par les juges constitutionnels nationaux répondent la plupart du temps, implicitement ou explicitement, à la volonté de protéger unilatéralement l'identité constitutionnelle, en rendant opposables à la primauté du droit dérivé, les dispositions qui composent ou garantissent cette identité. Afin d'opérer une classification entre ces différentes réserves, seront d'abord observées les limites fondées sur la supraconstitutionnalité opposées par certains États à la primauté (§1), puis celles répondant d'autres fondements juridiques (§2).

Paragraphe 1 : La réception constitutionnelle d'une primauté limitée par la supraconstitutionnalité

297. Des réserves de constitutionnalité formulées par certains des États membres se fondent sur la supraconstitutionnalité de certaines normes[1]. Ces dernières ne pourraient dès lors céder face à une disposition ordinaire de la Constitution visant à habiliter le droit de l'Union et sa primauté au sein de l'ordre juridique national. La logique qui sous-tend leur protection est ainsi la même que celle venant contraindre le pouvoir de révision constitutionnelle[2]. Le droit de l'Union ne saurait porter atteinte à l'identité constitutionnelle de ces États, identifiée dans les dispositions et principes constitutionnels intangibles (A) ou encore bénéficiant à tout le moins d'une protection renforcée par rapport au reste du droit constitutionnel (B).

A. Des limites fondées sur l'intangibilité de certaines dispositions constitutionnelles

298. La première caractéristique permettant d'évoquer l'idée de supraconstitutionnalité d'une norme constitutionnelle est celle de son intangibilité. Il fut observé que certains États membres disposent dans leur texte fondamental de telles clauses d'éternité, auxquelles les juges constitutionnels attachent une réelle effectivité et au sein desquelles ils identifient

[1] Voir dans le même sens, BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI., 2012, p. 79, qui relève « le rapprochement souvent fait entre les juridictions constitutionnelles avec les fameuses « clauses d'éternité » opposable dans un premier temps au pouvoir de révision constitutionnelles, en termes d'interdiction [cas allemand] ou de limitation [cas espagnol] ».
[2] Voir *supra* (§169 et s.).

clairement l'identité constitutionnelle de l'État concerné. Des limites identitaires fondées sur l'intangibilité de certaines normes constitutionnelles et opposées à une primauté du droit de l'Union constitutionnellement encadrée ont ainsi été formulées en Allemagne[1] (1), en Italie[2] (2) et en République tchèque[3] (3).

1. « L'identité constitutionnelle » allemande

299. Ce raisonnement transparaît très clairement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande dite *Solange* I selon laquelle « *il ne suffit pas de parler de primauté du droit communautaire par rapport au droit constitutionnel national et de justifier ainsi le point de vue que le droit communautaire doit toujours prévaloir sur le droit constitutionnel national, au motif que la Communauté serait sinon mise en cause* »[4]. Cette première réflexion s'oppose donc clairement à la réception d'une primauté absolue du droit de l'Union, en s'attaquant à la base même de sa justification fournie par le juge de l'Union. Elle rajoute qu'exceptionnellement, le droit de l'Union « ne saurait prévaloir sur certaines dispositions contraignantes du droit constitutionnel »[5]. Elle s'appuie pour ce faire, en plus du constat préliminaire de la séparation et de l'indépendance des ordres juridiques interne et externe, sur deux axes de réflexion. D'abord, l'article 24 de la Loi fondamentale, disposition traitant des rapports avec les institutions internationales « ne doit pas être interprétée littéralement », puisque « comme toute règle constitutionnelle présentant un caractère fondamental analogue à cette disposition [, elle] doit être entendue et interprétée dans le cadre de l'ensemble de la Constitution ». Ensuite, il « ne permet pas que la structure fondamentale

[1] Voir pour une analyse spécifique de la situation allemande, MAYER F. C., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *in* BURGORGUE-LARSEN L*., L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 63-87 ; voir également DONNARUMMA M. R., « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des cours constitutionnelles », *op.cit.*, p. 738 et s. ; voir aussi VOLMERANGE X., *Le fédéralisme allemand face au droit communautaire*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 37-46 ; voir enfin MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, pp. 101-130.

[2] Voir pour une analyse spécifique de la situation italienne, GUASTINI R., « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-9/la-primaute-du-droit-communautaire-une-revision-tacite-de-la-constitution-italienne-sup1-sup.52498.html ; voir également DONNARUMMA M. R., « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des cours constitutionnelles », *op.cit.*, p. 727 et s.

[3] Voir pour une analyse détaillée et spécifique de la situation en République tchèque, LAULHE SHAELOU S., « "Nous les peuples". L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences tchèque, polonaise et lettone », *in* BURGORGUE-LARSEN L*., L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 137-143.

[4] C.C.F.A., 29 mai 1974, Solange I, n° BvL 52/71, point 2.

[5] *Ibid.*, point 3.

de la Constitution qui confère à celle-ci son identité soit modifiée sans révision constitutionnelle, et notamment par la législation de l'institution interétatique »[1]. Elle conclura finalement que « *l'article 24* […] *ouvre l'ordre juridique national de telle sorte que (dans les limites susmentionnées) les pouvoirs souverains exclusifs de la République Fédérale d'Allemagne, dans le champ d'application de la loi fondamentale, se trouvent restreints et que la validité et l'application directes, sur le territoire souverain de l'État, d'un droit issu d'une autre source sont rendues possibles* »[2].

300. Le juge allemand reconnaît et accepte ainsi la primauté du droit de l'Union au moyen d'une clause constitutionnelle, et de plus exclut explicitement que cette primauté puisse être absolue, dans la mesure où la norme constitutionnelle qui la justifie doit se concilier avec les autres. Ainsi, la primauté constitutionnellement fondée ne saurait avoir une valeur supérieure aux autres dispositions constitutionnelles mais tout au plus équivalente. Par surcroît de devoir être conciliée avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles, elle ne pourrait l'être avec certaines d'entre elles, relevant expressément de l'identité constitutionnelle allemande qui prévaudraient systématiquement sur la primauté d'application du droit de l'Union. De plus, le juge conçoit l'évocation d'un tel conflit normatif comme non constitutif d'une violation du traité, au regard de l'obligation qui serait celle de l'Union de « rechercher une solution compatible avec une obligation impérative, inhérente au droit constitutionnel de la République d'Allemagne »[3], offrant par là même une porte de sortie favorable au dénouement du conflit par le juge de l'Union, sans néanmoins transiger sur ses propres exigences nationales. Cette conception jurisprudentielle allemande de la primauté, formulée dans ce qui deviendra la première réserve de constitutionnalité, est désormais partiellement inscrite dans la Constitution au sein de l'article 23. Celui-ci, depuis le début des années 1990, règle de façon spécifique la participation de l'Allemagne à l'Union en lieu et place de l'article 24 destiné de façon générale au droit international « ordinaire ». Le juge allemand le qualifiera d'ailleurs dans son arrêt Lisbonne « d'habilitation constitutionnelle persistante »[4]. La réception constitutionnelle de la primauté telle qu'initialement interprétée dans l'arrêt *Solange* sera dès lors systématiquement et scrupuleusement reprise par les décisions ultérieures de la

[1] *Ibidem*.
[2] *Ibidem*.
[3] *Ibid.*, point 2.
[4] C.C.F.A., Lisbonne, décision précitée, point 240 « la primauté d'application du droit de l'Union ne s'applique qu'en vertu et dans les limites de l'habilitation constitutionnelle persistante ».

Cour de Karlsruhe[1].

C'est dans l'une d'elle, relative à l'examen de compatibilité du traité de Lisbonne, qu'elle eut d'ailleurs l'occasion de préciser le fondement et la teneur matérielle des limitations qu'elle retient à propos de la primauté. Le juge y rappelle la nécessité dans le fonctionnement de l'Union de pouvoir invoquer devant lui « la responsabilité d'intégration […] pour préserver le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale »[2], noyau qu'il dégage de l'article 79 alinéa 3 de la Constitution portant sur les clauses d'éternité. L'ensemble des dispositions couvertes par l'article doivent donc être considérées comme s'imposant systématiquement à la primauté du droit de l'Union[3]. Puisque supraconstitutionnelles, elles ne peuvent céder face à la disposition constitutionnelle ordinaire qui habilite la primauté. Ces limites identitaires sont donc clairement fondées sur la supraconstitutionnalité et permettent ainsi de dresser un catalogue précis des normes étant définitivement opposables à la primauté du droit de l'Union.

2. Les « principes fondamentaux » de l'ordre juridique constitutionnel italien

301. Le même raisonnement apparaît dans les réserves de constitutionnalité formulées par d'autres juridictions constitutionnelles. En effet, dans cette même logique et peu de temps

[1] Voir C.C.F.A., 22 octobre 1986, Solange II, n°2 BvR 197/83, point II.1.a) : « L'article 24§1 permet toutefois, par la volonté des auteurs de la Constitution, d'attribuer au traité transférant des droits souverains à des institutions interétatiques ainsi qu'au droit émanent de semblables institutions une primauté de validité et d'application sur le droit interne de la République fédérale d'Allemagne », puis point II.1.b) : « l'habilitation au titre de l'article 24§1 n'est cependant pas sans avoir de limite constitutionnelle (…) » ; voir plus récemment, C.C.F.A., 7 juin 2000, marché de la banane, n°2 BvL 1/97, points II.1. et II.2., qui confirme et reprend les décisions Solange I et II dans les éléments tenant à la primauté et ses limites, mais cette fois sur la base de l'article 23 de la Constitution ; voir également C.C.F.A., Lisbonne, décision précitée, point 240 et point 231 : « Avec la Déclaration n° 17 relative à la primauté et annexée au traité de Lisbonne, la République Fédérale d'Allemagne ne reconnaît pas une primauté absolue de la validité du droit de l'Union – ce qui soulèverait des objections du point de vue du droit constitutionnel –, mais confirme seulement la situation juridique actuelle dans son interprétation par la Cour constitutionnelle fédérale » ; voir enfin C.C.F.A., 6 juillet 2010, Honeywell, n°2 BvR 2661/06 notamment point 53 qui confirme de façon générale ces précédentes décisions en matière de primauté.

[2] C.C.F.A., Lisbonne, décision précitée, point 240. Voir notamment pour une analyse de cet arrêt : BAUER M. B., « Constitutionnalité du traité de Lisbonne, "Conditions et contrôles constitutionnels de la validité interne du droit de l'Union" », *RTDE*, 2009, pp. 799-844 ; PETIT Y., « L'architecture institutionnelle de l'Union européenne sous les fourches caudines de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Observations sur l'arrêt Lisbonne du 30 juin 2009 », *in VIIIe Congrès français de droit constitutionnel de l'AFDC,* Nancy, 16, 17, 18 juin 2011 ; SIMON D., « La Cour de Karlsruhe et le traité de Lisbonne : oui, mais... », *Europe*, août 2009 ; VON UNGERN-STERNBERG A., « L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ? », *RDP*, 2010, pp. 171-195 ; CHALTIEL F., « Le Traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne », *LPA*, juillet 2009, pp. 4-15 ; HANF D., « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la cour constitutionnelle fédérale », *CDE*, 2009, pp. 639-710.

[3] Il s'agit des articles 1 à 20 de la Constitution, voir *supra* (§202 et s.), pour une analyse matérielle de ces dispositions.

après la toute première réserve allemande, la Cour constitutionnelle italienne adoptait sa décision Frontini. au sein de laquelle elle acceptait largement de se soumettre à la primauté du droit dérivé de l'Union, tout en lui posant également une limite[1]. Les effets limitatifs de la primauté sur la souveraineté italienne sont donc eux même limité. Il s'agit de la célèbre théorie des « contre-limites ».

302. Premièrement, le juge reconnut et fonda implicitement la validité du principe de primauté au regard de l'article 11 de sa Constitution[2], ayant d'ailleurs rendu possible l'adoption de la loi d'exécution du traité[3]. Il précisa successivement que cet article ouvrait « l'Italie aux formes de collaboration et d'organisation internationale qui engage le plus », en permettant à la fois « *la limitation des fonctions législatives, exécutives et juridictionnelles rendue nécessaire par l'institution* [de la] *Communauté » et le transfert « des pouvoirs souverains déterminés à la Communauté économique* […] *conçue comme instrument d'intégration* ». Il conclura finalement que les institutions de l'Union « *ont reçu le pouvoir d'adopter des règlements ayant une portée générale, c'est-à-dire* […] *des actes ayant un contenu normatif général au même titre que les lois de l'État, dotés d'efficacité obligatoire dans tous leurs éléments et directement applicables dans tous les États membres* »[4]. C'est donc sur ce fondement cumulé à la loi d'exécution que le juge italien reconnaît la validité et les effets du droit de l'Union sur l'ordre juridique national, parmi lesquels compte sa primauté sur le droit interne. Le juge tira ensuite les conséquences de ce premier raisonnement. L'article 11 signifie « qu'il est possible de conclure des traités comportant une limitation de souveraineté » en leur donnant exécution par une loi ordinaire et que cette disposition « serait vidée de son contenu normatif spécifique », si « pour chaque limitation de souveraineté prévue par l'article 11, [l'Italie devait] adopter une loi constitutionnelle »[5]. Ainsi, cet article a une valeur « substantielle » et « procédurale », permettant les limitations de souveraineté « aux conditions et pour les finalités établies, en déchargeant le Parlement de l'obligation de recourir à l'exercice du pouvoir de révision »[6]. Le raisonnement du juge italien se distingue ici de celui du juge allemand en admettant que, dans le but de se conformer aux exigences du

[1] C.C.I., 27 décembre 1973, Frontini, n°183/1973.
[2] L'article 11 est complété mais non remplacé par un article 117 de la Constitution Italienne spécifiquement relatif à l'Union et adopté lors d'une révision de 2001.
[3] Loi italienne n° 1203, 14 Octobre 1957, rendant exécutoire le traité instituant la Communauté économique européenne, remplacée régulièrement par une nouvelle loi d'exécution notamment à chaque modification des traités.
[4] C.C.I., Frontini, décision précitée, point 5.
[5] *Ibid.*, point 6.
[6] *Ibidem*.

droit de l'Union, une révision tacite de la Constitution puisse être engagée sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure constituante.

303. Ensuite, combinant cette dernière réflexion avec une autre interprétation relative à l'autonomie, la séparation, puis à la coordination des ordres juridiques de l'Union et de l'État, il conclut finalement que « *les dispositions constitutionnelles réglementent uniquement l'activité normative des institutions de l'État italien et, que par leur nature, elles ne peuvent pas se rapporter ou s'appliquer à l'activité des institutions communautaires, réglée par le traité de Rome* »[1]. Le juge italien par cette dernière réflexion semble donc, contrairement d'ailleurs au juge allemand, consacrer non seulement la primauté d'application des règlements européens sur la législation nationale, mais également de manière générale sur l'ensemble du droit constitutionnel[2]. Il ne peut toutefois dans ce cadre s'agir d'une primauté de validité conçue au moyen de la hiérarchie normative, ce qui évite d'ailleurs d'opposer frontalement suprématie constitutionnelle et primauté du droit de l'Union. La primauté d'application est ainsi conçue et acceptée sur la base d'un double constat imprégné d'une logique proprement dualiste : la séparation des ordres juridiques italien et de l'Union d'une part ; la distinction des domaines d'action et d'application des droits respectifs d'autre part. Or, la primauté ici reconnue n'apparaît pas plus absolue qu'en Allemagne.

304. En effet, si de manière générale elle permet au droit de l'Union d'échapper à un conflit avec les normes constitutionnelles italiennes, la limite de ce raisonnement est explicitement formulée par le juge, puisque selon lui, « *sur la base de l'article 11 de la Constitution, des limitations de souveraineté n'ont été autorisées que pour la poursuite des finalités qui y sont indiquées ; il faut donc exclure que ces limitations, concrètement précisées dans le traité de Rome puissent, de quelque manière, comporter, pour les institutions de la CEE, un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de* [l'ordre juridique constitutionnel italien], *ou les droits inaliénables de la personne humaine* »[3]. C'est à ces mêmes « principes fondamentaux » que faisait référence le juge italien lorsqu'il abordait les limites de la révision constitutionnelle[4]. Il fait donc comme le juge allemand référence à des principes intangibles, supraconstitutionnels qui forment « l'essence des valeurs suprêmes sur

[1] *Ibidem*.
[2] Voir dans le même sens, C.C.I., 17 et 24 avril 1996, n° 126/1996, la Cour constitutionnelle y reconnaît également l'importance et les diverses implications du principe de primauté, même en ce qui concerne les règles constitutionnelles.
[3] C.C.I., Frontini, décision précitée, point 9.
[4] Voir *supra* (§197 et s.).

lesquelles se fonde la Constitution italienne »[1]. Toutefois, contrairement à la Constitution allemande, elle ne les énumère pas. Il revient donc au juge de progressivement les découvrir, ce qui confère un caractère évolutif au champ matériel couvert par l'identité constitutionnelle italienne. Ainsi l'identification de l'identité constitutionnelle procède alors d'un double critère, d'abord formel, puisqu'elle résulte de la reconnaissance de dispositions constitutionnelles dont la révision n'est pas possible, ensuite matériel, puisque laissé à la libre appréciation du juge qui pourra, au cas par cas et selon son sentiment, reconnaître dans tel ou tel principe une composante de l'identité constitutionnelle opposable au droit de l'Union.

Ainsi, la portée de la primauté en Italie est, à quelques détails près, calquée sur la vision allemande, et aboutit aux mêmes résultats. Elle est constitutionnellement encadrée et ne saurait justifier la violation des principes intangibles de l'ordre juridique national. Son acception n'est donc pas celle d'une primauté absolue contrairement, encore une fois, aux prescriptions de la Cour de justice. Cette première décision italienne fut également reprise et confirmée dans la jurisprudence ultérieure de la Cour constitutionnelle italienne[2].

305. Deux arrêts de 2007 perpétuent la théorie des contre-limites italiennes[3]. Le juge y affirme ainsi qu'en « *adhérant aux traités communautaires, l'Italie est entrée dans un ordre plus large de nature supranationale, cédant une partie de sa souveraineté, y compris en matière de pouvoir législatif, dans les domaines visés par les traités eux-mêmes, avec pour seule limite l'inviolabilité des principes et des droits fondamentaux garantis par la Constitution* »[4]. Si le juge italien confirme l'existence des contre-limites, il fut amené dans ces affaires à distinguer les rapports que l'ordre juridique italien entretient avec la CEDH, de ceux qu'il entretient avec le droit de l'Union. Or, au constat d'une part, du transfert de souveraineté vers l'Union duquel résulte une limitation correspondante de l'exercice souverain étatique, et d'autre part de l'effet direct de son droit, il parviendra à la conclusion que s'agissant de deux ordres juridiques de nature distincte, ces derniers doivent être traités différemment. Ces décisions tendent ainsi à assouplir la vision purement dualiste qui était auparavant celle du juge constitutionnel italien, en conférant au droit de l'Union un traitement préférentiel par

[1] C.C.I., Franz Pahl, décision précitée, point 2.1.
[2] Voir en ce sens C.C.I., 8 juin 1984, Granital, n°170/1984, notamment point 7, qui confirme sa position tenue dans la décision Frontini ; voir également C.C.I., 13 avril 1989, Fragd, n°232/1989, notamment points 3.1 et 3.2 qui en reprennent le principe.
[3] C.C.I., 22 octobre 2007, n° 348/2007, point 3.3 et C.C.I., 22 octobre 2007, n° 349/2007.
[4] C.C.I., décision précitée n°348/2007, point 3.3.

rapport au reste du droit international[1]. Cet assouplissement sera en outre confirmé par deux décisions de la Cour constitutionnelle en date de 2008[2]. Avant ces deux dernières décisions, l'ordre juridique de l'Union était mentionné comme « autonome », et « séparé » de l'ordre juridique interne, bien que « coordonné » avec celui-ci. Dorénavant, son autonomie et sa nécessaire coordination avec l'ordre juridique interne sont toujours de mise, mais en tant que droit « intégré » à celui-ci. La séparation des ordres juridiques n'est donc plus aussi franche.

Or, cette séparation permettait d'éviter l'écueil d'une confrontation directe entre suprématie constitutionnelle et primauté du droit de l'Union. Dans ce cadre, il semble possible que l'atténuation de la frontière séparant l'ordre juridique italien de l'ordre juridique de l'Union accentue la soumission précédemment amorcée du droit national, y compris constitutionnel, envers le droit de l'Union. Nonobstant cette dernière ouverture, le juge constitutionnel n'a pas manqué dans ces deux dernières décisions de rappeler à nouveau l'existence et la persistance des contre-limites. L'intangibilité de quelques principes et dispositions à valeur supraconstitutionnelles ne s'efface donc toujours pas aux profits du principe de primauté. Ils demeurent systématiquement opposables au droit de l'Union, leur violation par ce dernier étant susceptible de justifier en dernier recours, une réactivation des compétences souveraines transférées afin de les protéger unilatéralement.

3. Les « fondements de la souveraineté et l'essence des fondements de l'État de droit » tchèque

306. Le juge constitutionnel tchèque a également fondé la primauté du droit de l'Union sur un article de sa Constitution, ce qui transparaît dans sa décision Sugar, lorsqu'il évoque la double fonction de son article 10a al.1, celui-ci constituant à la fois « la base normative pour le transfert de pouvoirs » et l'ouverture de « l'ordre juridique national à l'exploitation du droit communautaire »[3]. Le juge appuie également son raisonnement sur celui tenu par les juges constitutionnels des autres États membres précédemment analysés, pour constater qu'ils « n'ont jamais entièrement acquiescé à la doctrine de la primauté absolue du droit

[1] Voir sur ce point ZAMPINI F., « Cour constitutionnelle italienne et revirements en droit européen : du dualisme à la dichotomie », *in* CARPANO E., *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 319-345, notamment p. 324 et 325 ; voir également GREWE C. et RIDEAU J., « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : flash-back sur le coming-out d'un concept ambigu », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 330 et 331.
[2] C.C.I., 13 février 2008, n° 102/2008, point 8.2.8.1 ; voir également C.C.I., 13 février 2008, n° 103/2008.
[3] C.C.T., 8 mars 2006, régulation des quotas du sucre II, n° Pl. ÚS 50/04, point VI.B.

communautaire sur l'ensemble du droit constitutionnel »[1]. Lui-même accepte donc la primauté du droit de l'Union, sans que celle-ci soit toutefois reconnue comme absolue, puisqu'il dégage également une limite au transfert et à l'ouverture opérée par l'article 10a al.1 de sa Constitution.

307. Considérant « la nature conditionnelle de la délégation de ces pouvoirs », il conclut finalement que la délégation de compétences et donc l'ouverture de l'ordre juridique qui en résulte peuvent persister « *aussi longtemps que ces pouvoirs sont exercés d'une manière qui est compatible avec la préservation des fondements de la souveraineté de l'État de la République tchèque, et d'une manière qui ne menace pas l'essence même des fondements de l'État de droit* »[2]. Or, la Cour observe, par un rattachement express de ces principes aux dispositions constitutionnelles intangibles[3], qu'ils ne sont pas même modifiables par l'assemblée constituante. Elle fonde donc l'existence de ces limites à la primauté comme en Allemagne, et en Italie sur la supraconstitutionnalité de certaines dispositions constitutionnelles, elle-même dégagée de l'intangibilité et de la valeur juridique supérieure des principes visés. Ainsi, la primauté du droit de l'Union sur le droit national, même constitutionnel est acceptée, mais limitée par la volonté de pouvoir continuer à protéger unilatéralement « l'essence des fondements de l'État », c'est-à-dire l'identité constitutionnelle.

Cette démonstration sera à nouveau réitérée par la Cour dans l'un de ses arrêts « Lisbonne », dans lequel elle considérera au sujet de l'habilitation constitutionnelle du droit de l'Union et de sa primauté que « *le transfert des pouvoirs des organes de la République tchèque ne peut pas aller aussi loin que de violer l'essence même de la République, entendue comme un État démocratique régi par la règle de droit, fondée sur le respect des droits et libertés des êtres humains et des citoyens, et d'établir un changement des exigences essentielles d'un État démocratique régi par la règle de droit* »[4].

308. Dans ce premier groupe d'États, aucun d'entre eux n'aura en définitive accepté de reconnaître une valeur absolue au principe de primauté, tel qu'il fut pourtant crée et interprété par la Cour de justice. Dans un premier temps, les juges constitutionnels concernés acceptent

[1] *Ibid.*, point VI.A.
[2] *Ibid.*, point VI.B.
[3] La Cour fait une référence directe à l'article 9 al.3 en lecture croisée avec l'article 1 al.1, voir *supra* (§194), pour leur analyse.
[4] C.C.T., Lisbonne I, décision précitée, point 97 au sujet de l'interprétation de l'article 10a al.1 de la Constitution.

tous l'idée d'un transfert de compétences souveraines et d'une limitation subséquente de leur exercice au niveau interne en se fondant sur l'existence d'une clause constitutionnelle d'habilitation du droit de l'Union et de ses effets parmi lesquelles la primauté. Pourtant quelques différences dans le raisonnement des juridictions constitutionnelles étudiées, notamment italienne et allemande, persistent. Ainsi, le juge allemand évoque l'interprétation de la clause constitutionnelle d'habilitation au regard de l'ensemble de la Constitution et rejette ainsi l'idée qu'une révision tacite de la Constitution puisse être opérée en dehors des formes prévues par elle-même, lorsque le juge italien accepte tout autant l'idée d'une révision constitutionnelle tacite en vue de se conformer aux exigences du droit de l'Union, que celle d'une inopposabilité générale du droit constitutionnel à celui-ci. Il n'en demeure pas moins qu'en matière de protection de l'identité constitutionnelle, les limites opposées à la primauté et le raisonnement qui les sous-tendent apparaissent strictement identiques. Les juges constitutionnels ont ainsi clairement justifié la persistance théorique, au sein du processus d'intégration, d'une protection souveraine de l'identité constitutionnelle, dans la mesure où cette dernière était identifiée dans des dispositions et principes intangibles à valeur supraconstitutionnelle. Dans ce cadre l'identification d'une telle identité constitutionnelle apparaît plus aisée en Allemagne et République tchèque, dans la mesure où le texte constitutionnel énumère l'ensemble des dispositions rendues intangibles, là où il revient au juge italien de les découvrir. Nonobstant cette dernière remarque, le droit de l'Union ne saurait porter atteinte, par l'exercice de ces pouvoirs transférés, à une composante de l'identité constitutionnelle que le constituant lui-même ne peut pas réviser, une telle atteinte justifiant la réactivation des compétences souveraines transférées. D'autres États ont formulé des réserves similaires fondées sur la supraconstitutionnalité de certaines normes constitutionnelles non plus considérées comme éternelles, mais bénéficiant à tout le moins d'une protection renforcée par la complexification procédurale de leur révision.

B. Des limites fondées sur la protection renforcée de certaines dispositions constitutionnelles

309. La seconde caractéristique permettant d'évoquer l'idée de supraconstitutionnalité d'une norme constitutionnelle est donc celle d'une protection renforcée par le durcissement des conditions procédurales tenant à sa révision. Il fut observé que d'autres États membres ont ainsi attribué à certains de leurs principes ou dispositions à valeur constitutionnelle une telle protection renforcée, à laquelle les juges constitutionnels attachent également une réelle

effectivité et au sein desquelles ils identifient tout aussi clairement l'identité constitutionnelle de l'État concerné. Des limites identitaires fondées sur la protection renforcée de certaines normes constitutionnelles et opposées à une primauté du droit de l'Union constitutionnellement encadrée ont ainsi été formulées en Espagne[1] (1) et en Lettonie[2] (2).

1. Les « principes fondamentaux de l'État de droit, social et démocratique » espagnol

310. La Cour constitutionnelle espagnole est apparue également très sensible à cette question. En effet, le juge espagnol conçoit de manière équivalente l'article 93 de sa Constitution, l'analysant comme « le support constitutionnel de base de l'intégration d'autres ordonnancements » dans l'ordre juridique espagnol, mais en retenant toutefois leur autonomie et leur influence réciproque[3]. Il métaphorise d'ailleurs cet article en tant que « charnière par laquelle la Constitution elle-même permet l'entrée dans le système constitutionnel d'autres ordonnancements juridiques par le biais du transfert de l'exercice de compétences »[4]. Le rapprochement entre l'article 93 et la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union est d'autant plus explicite lorsque le juge aborde la distinction entre la suprématie de sa Constitution et la primauté du droit de l'Union, qu'il fonde également sur la séparation des ordres juridiques[5]. Dans un premier temps, il considère que la suprématie d'une norme, en l'espèce sa Constitution, « prime en principe » sauf à considérer que la norme suprême elle-même ait prévu son inapplicabilité dans certains domaines. Il précise ensuite que c'est le cas de la Constitution espagnole avec l'article 93 en concluant que « la Constitution a elle-même accepté, en vertu de l'art. 93, la primauté du droit communautaire dans le domaine d'application qui lui est propre »[6]. Le droit constitutionnel semble donc en Espagne, à l'instar du raisonnement tenu par le juge italien, être rendu inopposable de façon générale au droit de l'Union.

[1] Voir pour une analyse spécifique de la situation espagnole, SAIZ-ARNAIZ A., « L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », *op.cit.*, pp. 101-131 ; voir également tant pour la pertinence de ses analyses que pour l'utilité de ses traductions, BURGORGUE-LARSEN L., « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/la-declaration-du-13-decembre-2004-dtc-n-1-2004-br.51927.html.

[2] Voir pour une analyse détaillée et spécifique de la situation en Lettonie, LAULHE SHAELOU S., « "Nous les peuples". L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences tchèque, polonaise et lettone », *op.cit.*, pp. 148-152.

[3] T.C.E., T.E.C.E, décision précitée, point 2.

[4] *Ibidem*.

[5] La problématique de cette relation entre primauté et suprématie fut d'ailleurs initialement soulevée par le juge du conseil d'État espagnol dans son rapport préalable. Voir en ce sens, C.E.Esp., 21 octobre 2004, T.E.C.E., n°2544/2004.

[6] T.C.E., T.E.C.E, décision précitée, point 4.

311. Toutefois, le juge espagnol ne voit pas en l'article 93 le gage d'un transfert illimité des pouvoirs souverains et d'une primauté absolue, dans la mesure où ceux-ci ne seraient acceptables que « lorsque la loi européenne est conforme avec les principes fondamentaux de l'État de droit, social et démocratique établis par la Constitution »[1]. Précisant d'ailleurs plus amplement le contenu matériel de ces principes, il les caractérise par le respect « de la souveraineté de l'État », « des structures constitutionnelles de bases », « du système de valeur » et « des principes fondamentaux » constitutionnellement consacrés parmi lesquels « les droits fondamentaux »[2]. Or, ces principes recouvrent parfaitement ceux identifiés par le texte constitutionnel lui-même, comme uniquement révisables au moyen d'une procédure de révision renforcée[3]. La réserve espagnole est donc comme en Allemagne ou en Italie fondée sur la supraconstitutionnalité de certains principes, à ce point près qu'ils ne sont toutefois pas conçus comme intangibles. Enfin, le juge interne rapproche et justifie la validité de son raisonnement par le devoir de l'Union de respecter l'identité nationale, devoir auquel elle aurait failli s'il devait en arriver à mettre en œuvre ces réserves. Le contenu matériel de ces limites peut être assimilé à une volonté de protection de l'identité constitutionnelle espagnole, puisque reprenant ce que le juge qualifie « de principes fondamentaux établis par la Constitution » à la base de l'État espagnol[4].

312. En définitive, la primauté du droit de l'Union en Espagne trouve également son existence dans la Constitution et sa limite dans la caractérisation de normes supraconstitutionnelles. Il ne s'agit donc pas non plus d'une primauté absolue qui prévaudrait sur l'ensemble des normes constitutionnelles nationales, puisque certaines d'entre elles aisément rattachables à l'identité constitutionnelle espagnole lui restent systématiquement opposables.

2. Les « principes de l'État démocratique et de la souveraineté populaire » lettone

313. En Lettonie, le fondement et l'acceptation de la primauté n'est pas explicitement rattaché à une disposition constitutionnelle. Toutefois, bien que le juge letton accepte cette primauté dans la mesure où il considère que « le transfert de compétences à l'UE et l'intégration des actes juridiques de la Communauté européenne dans [le] système juridique

[1] *Ibid.*, point 2.
[2] *Ibidem*.
[3] Voir *supra*, (§178).
[4] T.C.E., T.E.C.E, décision précitée, point 2.

letton] imposent certaines restrictions », il ne la conçoit pas non plus comme illimitée, puisqu'il ne qualifie ces restrictions d'acceptables que « si la législation de l'UE est compatible avec les principes d'un État démocratique et avec la souveraineté du peuple qui sont dérivés de l'article 1 et 2 de la Constitution »[1].

314. Il reconnaît d'ailleurs que ces principes, en plus desquels s'ajoutent « les droits de l'homme et les libertés fondamentales », sont les valeurs au fondement de l'État letton. Il les fait donc matériellement correspondre à la notion d'identité constitutionnelle[2]. Par ailleurs et comme précédemment observé, ces principes bien que non intangibles bénéficient d'une protection renforcée imposant une procédure de révision constitutionnelle plus complexe pour les modifier. La réserve lettone s'appuie donc formellement sur la supraconstitutionnalité de certaines normes identitaires pour ensuite trouver son champ matériel dans ces dernières. Elle se rapproche ainsi des réserves allemande et italienne mais plus encore espagnole.

315. Aussi, la primauté telle qu'elle est ici réceptionnée n'apparaît pas plus absolue que dans les autres États et trouve par conséquent sa limite dans les aspects considérés comme essentiels de la Constitution, c'est-à-dire dans l'identité constitutionnelle lettone.

316. Ce second groupe d'États, dans lesquelles aucune disposition constitutionnelle n'est considérée comme intangible, a toutefois consacré la supraconstitutionnalité de certaines dispositions inscrites dans la Constitution en leur octroyant une protection renforcée. Or les juges constitutionnels ont, tout autant que dans le groupe précédent, identifié l'identité constitutionnelle au sein de ces dispositions. La supraconstitutionnalité semble donc également être conçue comme le fondement justificatif d'une réactivation potentielle des compétences souveraines, si leur usage devait apparaître nécessaire à la protection de l'identité constitutionnelle vis-à-vis du droit de l'Union et de sa primauté affirmée par la Cour de justice sur le droit interne. En somme la primauté reconnue au droit de l'Union, ne saurait mettre en péril la protection renforcée qui est attribuée à certaines dispositions constitutionnelles, en autorisant leur révision tacite en dehors du recours aux procédures prévues par la constitution.

[1] C.C.Let., Lisbonne, décision précitée, point 18.3.
[2] *Ibid.*, point 17.

317. À l'examen de ces premières réserves de constitutionnalité, il apparaît que la réception de la primauté dans ce groupe d'États réponde d'une logique identique. Elle se fonde généralement sur une disposition constitutionnelle qui a pour objet de l'habiliter, tout en permettant son encadrement. Cet encadrement les conduit ainsi à lui opposer des limites. D'ailleurs, la formulation et la justification de ces limites portées à la primauté, sont ici très proches, puisqu'elles prennent toutes leurs existences dans la valeur supraconstitutionnelle de certaines normes ou principes internes. Ces derniers, étant par définition supérieurs à une disposition ordinaire de la constitution, ne peuvent en définitive céder face à celle qui habilite le droit de l'Union et sa primauté sur le droit interne. Or, ces dernières sont toutes explicitement ou implicitement rattachées par les juges nationaux à l'identité constitutionnelle et permettent donc tout autant son identification, que la mise en œuvre d'une protection unilatérale de celle-ci, même dans le cadre du processus d'intégration.

Enfin, il apparaît que des réserves similaires en ce qu'elles visent à protéger l'identité constitutionnelle furent formulées par les juridictions constitutionnelles d'autres États membres. Pourtant ces réserves répondent d'une autre logique que celle de la supraconstitutionnalité, ce qu'il convient désormais d'analyser.

Paragraphe 2 : La réception constitutionnelle d'une primauté limitée par la suprématie constitutionnelle

318. Dans le premier groupe d'États observés, les limites formulées par les juges nationaux à l'égard d'une primauté constitutionnellement réceptionnée et encadrée sont fondées sur la supraconstitutionnalité de certaines dispositions et principes à valeur constitutionnelle identifiés comme inhérents à leur identité constitutionnelle. D'autres États, tout en conservant l'idée d'une réception constitutionnelle du principe de primauté, lui ont également opposé de pareilles limites tenant à la protection de leur identité ou de manière générale à l'ensemble du droit constitutionnel. Néanmoins le fondement justificatif de ces limites n'est alors plus le même. Non plus justifié par la supraconstitutionnalité, la démarche conduit pourtant au même résultat. Les juges constitutionnels concernés bien qu'acceptant de se soumettre à la primauté

du droit de l'Union, n'entendent pas plus que les précédents lui donner une valeur absolue. Sont ainsi concernées la France[1] (A) et la Pologne[2] (B).

A. Des limites fondées sur la suprématie partielle de la Constitution française

319. En France, la protection de l'identité constitutionnelle s'appuie sur la combinaison de deux raisonnements. D'abord la reconnaissance et le respect du principe de primauté se réalisent par sa réception et son encadrement constitutionnels. Ensuite le principe de primauté, auquel il est ainsi donné une valeur équivalente à la norme qui le réceptionne, doit par conséquent s'articuler avec le reste de la Constitution (1). Dans ce cadre, le juge français évoquera dans un premier temps l'opposabilité potentielle de l'ensemble « des dispositions expresses de la Constitution », avant de réduire dans un second temps le champ matériel de sa réserve « aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », qu'il conçoit désormais comme systématiquement opposables au droit de l'Union, tout en se laissant le soin de les identifier au cas par cas (2).

1. La réception constitutionnelle d'une primauté limitée

320. Assez récemment, en France, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la question de la primauté et de sa réception dans l'ordre juridique national[3], d'abord de façon implicite

[1] Voir par exemple pour une analyse spécifique de la situation française, ROUSSEAU D., « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne (L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle française) », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 89-100 ; voir également MATHIEU B., « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national », *RFDC*, 2007/4, pp. 675-693 ; voir encore DUBOUT E., « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une *supra*-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, pp. 451-482 ; voir aussi CANIVET G., « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire, contre-éloge de la tragédie », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone*,* 2010*,* pp. 614-616 ; voir encore BRAMI C., *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français - Essai d'une analyse systémique*, dir. CALVÈS G., soutenue à Cergy Pontoise, 2008, p. 140 et s. ; voir de même CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2004-2006) », *RFDC*, 2007, pp. 161-173 ; voir enfin MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, pp. 57-61.

[2] Voir pour une analyse détaillée et spécifique de la situation en Pologne, LAULHE SHAELOU S., « "Nous les peuples". L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences tchèque, polonaise et lettone », *op.cit.*, pp. 143-148.

[3] Voir par exemple sur cette question, MATHIEU B., « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national », *op.cit.*, pp. 675-693, voir http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-4-page-675.htm ; voir également CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen 2004-2006 », *op.cit.*, p. 163, qui évoque une « application renforcée de la primauté du droit communautaire par le juge constitutionnel » ; voir aussi DUBOUT E., « De la primauté "imposée" à la primauté "consentie" – Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *op.cit.*, p. 10 et s.

dans le cadre très particulier du contrôle *a priori* des lois internes de transposition des directives, puis en parallèle et d'une façon plus détaillée lors du contrôle de compatibilité du TECE.

321. Dans le premier cadre, le raisonnement du juge constitutionnel permettait déjà d'entrevoir sa conception de la primauté. Il fonde tout d'abord sur une « exigence constitutionnelle » résultant des termes de l'article 88-1 de la Constitution, l'obligation de transposition des directives, nécessité inhérente à la primauté du droit de l'Union et qui implique dans une certaine marge de manœuvre une transposition aboutie et conforme aux prescriptions de la directive[1]. À ce titre, cette première réflexion procède d'une bienveillance à l'égard du droit de l'Union et d'une acceptation de la primauté du droit dérivé sur les actes adoptés pour le transposer, puisqu'elle le conduit à rejeter de manière générale sa compétence pour contrôler les lois de transposition des directives, lorsqu'elles sont conformes à cette dernière[2]. Toutefois, étant fondée sur une exigence constitutionnelle, l'obligation de transposition et par conséquent l'acception de la primauté du droit de l'Union ou du moins des directives trouve également sa limite dans le texte constitutionnel, et ne peut donc pas plus que dans les États précédents être conçue comme absolue. En effet, il précise qu'à cette exigence « il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »[3]. Il substituera deux ans plus tard cette première ébauche de réserve de constitutionnalité par la formule suivante : « la transposition d'une directive ne saurait aller à

[1] C.C., 10 juin 2004, confiance dans l'économie numérique, n°2004-496 DC, point 7 ; C.C., 1er juillet 2004, communications électroniques et services de communication audiovisuelle, n°2004-497 DC, point 18 ; C.C., 29 juillet 2004, bioéthique, n°2004-498 DC, point 4 ; C.C., 29 juillet 2004 protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, n°2004-499 DC, point 7 ; C.C., 27 juillet 2006, droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, n°2006-540 DC, point 17 ; C.C., 30 novembre 2006, secteur de l'énergie, n°2006-543 DC, point 4 ; C.C., 19 juin 2008, O.G.M, n°2008-564 DC, point 42 ; C.C., 12 mai 2010, ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n°2010-605 DC, point 17.

[2] Voir en ce sens, POTTEAU A., « Les dimensions constitutionnelles de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 179-196, l'auteur soutient que la reconnaissance de cette exigence constitutionnelle par le Conseil « conduit à immuniser − tout au moins partiellement − l'acte communautaire d'un contrôle indirect de constitutionnalité via la mesure législative ou réglementaire de transposition, ce qui conduit en réalité à ce que les normes constitutionnelles ne puissent plus en principe constituer un obstacle à la mise en œuvre par la France de ses obligations communautaire ».

[3] C.C., confiance dans l'économie numérique, décision précitée, point 7 ; C.C., communications électroniques et services de communication audiovisuelle, décision précitée, point 18 ; C.C., bioéthique, décision précitée, point 4 ; C.C., protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, décision précitée, point 7 ; voir sur cette première série de décision LEVADE A., « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *RDP*, 2004, p. 910 et s.

l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »[1], tout en confirmant sa démarche précédente. Le juge remplace néanmoins un éventuel obstacle à la transposition fondé sur l'interprétation générale de la Constitution par une limite certaine à celle-ci, justifiée par le teneur identitaire de certaines dispositions constitutionnelles non identifiées. L'article 88-1 de la Constitution organise de façon générale la participation de la France à l'Union. Or, tirer de cet article une exigence constitutionnelle de transposition des directives, aurait tout autant pu conduire le Conseil à qualifier comme telle l'ensemble des obligations qui résultent de la participation de l'État à l'Union, à commencer par le respect de la primauté du droit qu'elle adopte.

322. Le rattachement explicite entre primauté et article 88-1 résultera toutefois d'un autre type de décision, celle du contrôle de compatibilité du traité avec la Constitution, en l'espèce, celle du TECE[2]. Il précisera ici par référence expresse aux décisions venant d'être évoquées que « la portée du principe de primauté du droit de l'Union […] résulte […] de l'article 88-1 de la Constitution »[3]. Il est d'ailleurs intéressant d'observer ici que cette remarque était formulée à l'encontre de l'inscription de la primauté dans le TECE et qu'indépendamment de cette insertion, avortée par la suite, le Conseil continuait d'attribuer le fondement de la primauté du droit de l'Union à la disposition constitutionnelle interne, considérant que rien n'avait changé[4]. Si le Conseil appuie donc la primauté sur l'article 88-1, aux côtés de l'exigence de transposition qui découle au moins partiellement de ce principe, il est alors loisible de considérer que la limite formulée à l'encontre de la seconde vaut également de façon générale pour la première. La primauté est donc encore une fois acceptée mais constitutionnellement encadrée[5]. C'est d'ailleurs ce qui transparaissait déjà en 2001 dans la

[1] C.C., droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, décision précitée, point 19 ; C.C., secteur de l'énergie, décision précitée, point 6 ; C.C., O.G.M, décision précitée, point 44 ; C.C., ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, décision précitée, point 18 ; C.C., 17 décembre 2010, Kamel D., n° 2010-79 QPC, point 3.

[2] C.C., T.E.C.E, décision précitée.

[3] *Ibid.*, point 13 ; voir également BRAMI C., *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français - Essai d'une analyse systémique*, dir. CALVÈS G., soutenue à Cergy Pontoise, 2008, p. 129, selon lequel : « la décision de novembre 2004 reconnaît explicitement la primauté de l'ordre juridique communautaire et la fonde sur la Constitution. On peut alors parler de primauté du droit communautaire fondée sur la suprématie constitutionnelle. ».

[4] Voir sur ce point SIMON D., « Constitution européenne - Constitution française : la guerre des droits n'aura pas lieu », *RLD Aff.*, février 2005, p. 8 ; voir également CHALTIEL F., « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, développements récents », *RMCUE*, juin 2007, p. 365 : « Sur le fond, la primauté affirmée dans le [TECE] est donc neutralisée dans son caractère potentiellement absolu ».

[5] PONTHOREAU M.-C., « Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales », *DPCE*, 2007, pp. 1576-1588 : « Ce n'est pas le droit communautaire, mais la Constitution française qui donne une base juridique au devoir de transposition des directives. […] En d'autres termes, la primauté du droit communautaire résulte de la Constitution qui n'est donc

décision syndicat national de l'industrie pharmaceutique du Conseil d'État, lorsqu'il considérait que le principe de primauté du droit de l'Union « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution »[1].

2. Des « dispositions expresses de la Constitution » aux « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »

323. Les nouvelles limites ainsi dessinées de la primauté ne sont pas pleinement satisfaisantes, ni dans leur assise juridique, ni dans leur définition matérielle[2], le juge apparaissant à la fois évasif et indécis quant à leur justification. La première formule apparaissait sur ce point mieux construite.

324. Initialement fondées sur les « dispositions expresses de la Constitution », cette formule laissait penser que l'ensemble de la Constitution pouvait être rendu opposable aux effets de l'article 88-1 et donc à l'acceptation de la primauté dans l'ordre juridique interne. Il ne s'agissait toutefois que de l'opposabilité potentielle d'un obstacle constitutionnel, dont il serait ainsi revenu au juge constitutionnel de constater l'existence dans son œuvre conciliatrice habituelle, en mettant en balance l'article 88-1 avec n'importe quelle autre disposition constitutionnelle. Finalement, comme dans les prémisses de la réflexion du juge allemand, il semblait ici considérer que cet article devait être interprété au regard de l'ensemble de la Constitution. Le raisonnement justificatif, bien que contraire aux prescriptions de la Cour de justice, car ne permettant pas véritablement d'écarter les règles constitutionnelles contraires au droit de l'Union, était alors cohérent, puisque fondé de manière générale sur la suprématie de la Constitution et la nécessaire conciliation des normes

subordonnée qu'en apparence au droit communautaire : d'un côté, la suprématie de la Constitution française est affirmée et, de l'autre, le droit communautaire ne bénéficie que d'une primauté sous réserve. ».

[1] C.E., 3 décembre 2001, syndicat national de l'industrie pharmaceutique, n°226514 ; voir également sur la notion de suprématie constitutionnelle, SIMON D., « L'autonomisation du contrôle d'euro-compatibilité : une rupture épistémologique dans les rapports de systèmes ? », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, pp. 507-513.

[2] Voir en ce sens, SIMON D., « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, Octobre 2006, pp. 42-43 : « Quoi qu'il en soit, ce remplacement d'une formule ambiguë par une formule obscure se fait manifestement au prix d'une atteinte à la primauté et à l'uniformité d'application du droit communautaire » ; Voir également CHALTIEL F., « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, développements récents », *op.cit.*, p. 366 parlant de décisions frappées « du sceau de l'ambiguïté », s'interrogeant elle-même sur « les conséquences d'une formule aussi large et imprécise », ainsi que sur sa teneur matérielle ; voir enfin ROSSETTO J., « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *in Constitutions et pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien 2008, p. 450 et s.

en son sein. De même, les normes potentiellement opposables, certes nombreuses restaient facilement identifiables, car concernant toutes les dispositions constitutionnelles[1], à l'exclusion des droits fondamentaux dont le juge constitutionnel renvoyait déjà expressément la protection au juge de l'Union dans le cadre du droit dérivé[2].

325. Pourtant le Conseil remplacera cette première formule par celle de « règle [ou] principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Il s'agit d'une évolution conceptuelle de la limite portée à la primauté du droit de l'Union, puisqu'elle conduit à corrélativement modifier son intensité et son champ matériel. Le premier constat qui s'impose est celui d'un renforcement de l'intensité de la limite, puisque le juge remplace un éventuel obstacle à la transposition, fondé sur l'interprétation générale de la Constitution, par une limite certaine, justifiée au moyen de la teneur identitaire de certaines dispositions constitutionnelles encore non identifiées. Ce renforcement est toutefois contrebalancé par la diminution du nombre potentiel de conflits normatifs en limitant la quantité de normes constitutionnelles opposables à l'article 88-1 et en permettant ainsi une mise en adéquation, au demeurant partielle, avec les prescriptions de la Cour de Justice. D'une suprématie générale de la Constitution, le juge constitutionnel semble ainsi aboutir par sa nouvelle formule à la conception d'une suprématie seulement partielle du texte constitutionnel. Toutefois, le fondement de la limite est juridiquement contestable, de même que la sélection des normes opposables hasardeuse, puisque contrairement au juge allemand, elle ne se fonde pas sur des normes qui seraient qualifiées de supraconstitutionnelles et dont l'identification serait rendue plus aisée. En effet, le Conseil ajoute que la violation de ces dispositions est impossible « sauf à ce que le constituant y ait consenti »[3], et ce dans les formes habituelles de révisions. L'interdiction d'une atteinte à la forme républicaine serait donc inopérante ici. Dès lors, les dispositions constitutionnelles visées ne bénéficieraient pas d'une protection supérieure aux autres[4], ni par leur intangibilité, ni par une procédure de révision renforcée.

---

[1] L'ensemble du « bloc de constitutionnalité » serait touché selon DUPÉRÉ O., « Jurisprudence constitutionnelle : le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne », *RFDC*, 2005/1, pp. 147-169, voir http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2005-1-page-147.htm ; ce dernier se fondant lui-même sur la déclaration du secrétaire général du Conseil constitutionnel, SCHOETTL J.-E., Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel, *LPA*, juin 2004, p. 10-21, spéc. p. 18.

[2] Voir par exemple C.C., confiance dans l'économie numérique, décision précitée, point 7 ; voir également *infra* (§368).

[3] Voir par exemple, C.C., droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, décision précitée, point 19.

[4] Pourtant comme le note très justement DUBOUT E., « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une *supra*-constitutionnalité ? », *op.cit.*, pp. 451-482 : « Cette distinction fait apparaître *en droit positif français* une certaine forme de hiérarchie entre ce qui est "inhérent à l'identité

Alors qu'elles sont-elles et en quoi seraient-elles plus que les autres opposables à l'article 88-1? Si initialement la logique de l'obstacle potentiel résultait de la réception constitutionnelle de la primauté combinée à l'œuvre conciliatrice du Conseil, il apparaît que le fondement de ces limites ne soit plus formel, c'est-à-dire en fonction de la nature constitutionnelle de la disposition visée, mais matériel en ce que la sélection des normes opposables s'opérerait par l'analyse de leur contenu et de l'importance identitaire qui s'en dégagerait. Ainsi, la réduction du nombre de normes opposables s'accompagne d'une plus grande difficulté d'identification, qui ne pourra être réalisée qu'au cas par cas[1], « danger nécessaire dans la mesure où le rôle de gardien de la Constitution oblige le juge constitutionnel à préserver un verrou »[2]. Il semble néanmoins possible, indépendamment de l'absence de contrainte y étant attachée, de se référer à l'interdiction de révision de la forme républicaine et au lien qu'elle nourrit avec le titre 1er de la Constitution. Sont ainsi visés l'article premier relatif aux valeurs de la République, l'article 2 relatif à ses symboles, ainsi que les articles 3 et 4 portant sur le principe de souveraineté nationale et populaire de même que sur le caractère pluraliste de la démocratie. Ces articles permettent de déterminer au moins pour partie ce que peut concerner la notion de « principes inhérents à l'identité constitutionnelle » de la France[3].

326. Il reste toutefois que la limite retenue de la primauté est encore une fois formulée en vue de protéger unilatéralement l'identité constitutionnelle, pour laquelle le juge français aurait pu à tout le moins entreprendre si ce n'est une description matérielle partielle, au moins une identification de ses critères de sélection. Dans ce cadre, la continuité du renvoi à la Cour de justice en ce qui concerne la conciliation des droits fondamentaux avec le droit dérivé de l'Union ne doit pas être vue comme leur exclusion de l'identité constitutionnelle, mais comme la reconnaissance d'une protection équivalente au niveau européen qui justifie l'abandon d'un contrôle national de l'application du droit dérivé sur ce fondement[4].

---

constitutionnelle" et ce qui ne l'est pas : le premier ensemble apparaissant, non seulement symboliquement mais aussi désormais juridiquement, plus important que le second ».

[1] Voir sur ce point, ROSSETTO J., « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *op.cit.*, p. 450 : « le contenu d'un "noyau dur" n'est pas facile à cerner, ne serait-ce que parce que le Conseil est seul en mesure de le déterminer au fil de sa jurisprudence ».

[2] CHALTIEL F., « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, développements récents », *op.cit.*, p. 366.

[3] Voir *supra*, §196).

[4] Voir *infra* (§368).

B. Des limites fondées sur la suprématie générale de la Constitution polonaise

327. Le juge polonais s'est également saisi de la question d'une réception constitutionnelle de la primauté et de son rapport avec l'ordre juridique interne dans un arrêt relatif à la participation de la Pologne à l'Union[1].

328. Il fonde en premier lieu la primauté du droit de l'Union sur les articles 90al.1 et 91al.2 et 3 de la Constitution, qui traitent respectivement de la conclusion et de la supériorité sur la législation nationale, non seulement des traités, mais également des actes adoptés par les procédures qu'ils instituent. La formulation de la primauté est ici explicite, mais se limite au domaine législatif seulement, n'atteignant pas ainsi le droit constitutionnel national. C'est donc bien seulement en vertu d'une norme interne à valeur constitutionnelle que la primauté est reconnue.

Ensuite, s'agissant de son impact sur le droit constitutionnel, il est revenu au juge d'en délimiter les contours, ce qu'il fit de façon très catégorique. Il précise d'abord que « la Constitution a la primauté de force obligatoire et d'application sur le territoire de la République de Pologne en raison de sa suprématie », puis en tire la conclusion que si le droit de l'Union prime sur les lois internes, « la primauté d'application des traités n'équivaut pas une primauté analogue sur la Constitution »[2]. La primauté est donc ici des plus explicitement limitée par la Constitution. Il ne saurait s'agir d'une primauté absolue sur l'ensemble de l'ordre juridique national, la Constitution apparaissant encore une fois comme son fondement et sa limite. Le juge poursuit sur la relativisation de l'autonomie des ordres juridiques de l'Union et de l'État par des influences réciproques et aboutit au constat qu'un conflit entre le droit de l'Union et la Constitution reste possible même à la lumière d'une interprétation favorable, auquel cas sa solution est sans équivoque, « [le] conflit ne peut être aucunement résolu par la reconnaissance de la suprématie d'une règle communautaire sur une règle constitutionnelle »[3].

Le juge insiste d'ailleurs à ce propos sur les droits et libertés constitutionnellement garantis, qui en tant que « seuil minimal et infranchissable », ne sauraient être ni diminués, ni mis en question » par l'introduction de réglementations de l'Union[4]. Il conclut d'ailleurs qu'en pareil cas, « la perte de validité », « le remplacement par une règle communautaire »,

[1] T.C.P., appartenance de la Pologne à l'Union européenne, décision précitée.
[2] *Ibid.*, point 11.
[3] *Ibid.*, point 13.
[4] *Ibid.*, point 14.

ou encore la limitation du champ d'application de la règle constitutionnelle conflictuelle est inenvisageable[1]. Le juge prescrit même les solutions alternatives qui en découleraient : la révision de la Constitution, la modification de la législation de l'Union concernée, ou le retrait de l'Union.

329. Cette démonstration sera reprise par la juridiction constitutionnelle polonaise lors de l'examen de compatibilité du traité de Lisbonne[2]. La réserve polonaise est ainsi fortement calquée sur les premières réserves du juge constitutionnel français, et permet de rendre opposable à la primauté, non pas un nombre limité de dispositions constitutionnelles qui relèveraient uniquement de l'identité constitutionnelle polonaise, mais bien l'ensemble de la Constitution, dès lors que le juge constitutionnel, même dans un tentative d'interprétation favorable au droit de l'Union, ne sera pas parvenu à la conciliation.

Par conséquent, la stratégie polonaise apparaît la plus éloignée des prescriptions de la Cour de Justice, puisque ne se pliant pas, exception faite de ce devoir d'interprétation favorable, à l'inopposabilité au droit de l'Union des règles constitutionnelles nationales. La protection de l'identité constitutionnelle n'est ainsi pas dissociée de la protection du droit constitutionnel en général, pour lequel le juge polonais n'entend faire perdre ni sa suprématie et ni son applicabilité prioritaire sur le droit de l'Union.

330. Dans le cadre des États ayant formulé des limites au principe de primauté sans toutefois les construire autour d'une logique de supraconstitutionnalité, la comparaison des cas français et polonais est particulièrement intéressante. Si les deux États ont de façon similaire constitutionnellement réceptionné et habilité le droit de l'Union, ainsi que ses effets dans l'ordre juridique interne, ils ne lui ont pourtant pas reconnu la même portée.

Ainsi, le juge français a donné une valeur constitutionnelle au principe de primauté et aux obligations qui en découlent, ce qui le conduit à interpréter cette obligation au regard de l'ensemble de la Constitution et à ne pas exclure qu'une autre disposition constitutionnelle puisse éventuellement céder face à celle-ci. Beaucoup plus intransigeant, le juge polonais considère pour sa part qu'un conflit entre une règle de l'Union et une disposition de la constitution ne peut se résoudre qu'en faveur de la seconde, lorsqu'une interprétation

[1] *Ibid.*, point 13.

[2] T.C.P., Lisbonne, décision précitée, point 2.5 :« Le Tribunal constitutionnel maintient sa position présentée dans l'exposé des motifs du jugement dans le cas K 18/04, en vertu de laquelle ni l'article 90 (1), ni l'article 91 (3) ne peuvent constituer une base pour conférer la compétence à un organisme international ou à une institution internationale d'édicter des actes juridiques ou d'adopter des décisions qui seraient incompatibles avec la Constitution de la République de Pologne ».

favorable ne permettrait pas d'éviter le conflit. Dans tous les cas, ce dernier refuse de façon stricte, non seulement l'idée d'une révision constitutionnelle tacite, mais également celle d'une réduction de la portée de la règle constitutionnelle en cause.

Par ailleurs l'évolution des limites formulées par le Conseil constitutionnel permet de percevoir l'intérêt du recours à la notion d'identité constitutionnelle non seulement en comparaison de sa formule initiale, mais également en comparaison de l'attitude du juge polonais. Cet intérêt réside essentiellement dans la diminution du nombre de normes susceptibles d'être opposées à la primauté du droit de l'Union. D'une suprématie générale de la Constitution incluant l'identité constitutionnelle, telle qu'il l'avait auparavant formulée et telle que le juge constitutionnel polonais la conçoit encore, elle permet de parvenir à une suprématie partielle du droit constitutionnel, seules quelques dispositions ou principes étant dès lors opposables. Le recours à la notion d'identité constitutionnelle apparaît alors être, bien que dans un esprit initial de fermeture de l'ordre juridique, un outil d'ouverture même partiel de l'ordre juridique, puisque permettant une réduction quantitative importante du nombre de normes constitutionnelles opposables au droit de l'Union.

331. Toutes les réserves de constitutionnalité participent d'une même idée. L'interprétation absolue du principe de primauté fournie par le juge de l'Union ne saurait être reprise par les juges internes sans être relativisée. En ce sens, la primauté ne pourrait aller jusqu'à imposer systématiquement l'exclusion d'une norme constitutionnelle contraire. En effet, ces réserves ont toutes pour objet d'opposer des limites à la primauté et à ses effets dans les ordres juridiques nationaux concernés. La reconnaissance de la primauté du droit de l'Union sur les normes internes, indépendamment d'ailleurs de la conception moniste ou dualiste des États ayant formulé ces réserves[1], ne se fonde pas directement selon les juges nationaux sur le droit de l'Union. Elle s'appuie plutôt, au regard des adaptations constitutionnelles faites en ce sens, sur une disposition interne à valeur constitutionnelle parfois qualifiée de « clause constitutionnelle d'intégration »[2], puisque réalisant une « habilitation constitutionnelle »[1],

[1] Voir sur les différentes conceptions monistes ou dualistes des États membres et sur la réception de la primauté par une disposition constitutionnelle, RIDEAU J., « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », *op.cit.*, pp. 290-294 ; voir également MAGNON X., « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les Cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *op.cit.*, p. 125 : « Il n'est de monisme véritable qu'au niveau communautaire, le monisme au niveau des États demeure un monisme interne » ; voir encore ROSSETTO J., « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *op.cit.*, p. 448 ; SCHMIED F., *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, dir. MOUTON J. D., soutenue à Nancy 2, 2011, n°110 et s.

[2] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 177.

voire une « appropriation constitutionnelle »[2] du principe de primauté. Celles-ci justifient la primauté du droit de l'Union dans leur ordre juridique interne en créant une obligation constitutionnelle de participer à l'intégration européenne. C'est en se fondant sur ces dispositions constitutionnelles que les juges internes reconnaissent la primauté du droit de l'Union. Les États membres ici étudiés n'ont ainsi pas entendu bouleverser leur pyramide normative par la reconnaissance d'un nouvel échelon dédié au droit de l'Union qui serait hiérarchiquement supérieur à la norme fondamentale de référence, à savoir la Constitution. La suprématie constitutionnelle dans l'ordre juridique interne n'est donc pas remise en question, tout au plus est-elle adaptée par l'élargissement du sommet, de sorte qu'il accueille en son sein les exigences nées du processus d'intégration. En somme le droit de l'Union se voit formellement constitutionnalisé au niveau interne et articulé avec l'ensemble de la Constitution. C'est en substance ce qu'observent Jean-Marie Auby et Rostane Medhi, lorsqu'ils considèrent qu'il ne s'agit pas d'étirer par le haut la pyramide normative, « par l'adjonction d'étagements supplémentaires »[3], mais seulement d'élargir l'étage constitutionnel dans une sorte de « hiérarchie latérale »[4], si bien que la hiérarchie normative puisse être « une cascade régulière voyant les normes supérieures informer les normes inférieures » tout en prenant « l'aspect d'un luxuriant bosquet »[5]. Il est alors compréhensible que la primauté ainsi conçue trouve sa limite dans la valeur de la disposition qui la fonde. En somme, la primauté serait assise sur la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne et ne pourrait dès lors porter sans limite atteinte à cette même suprématie[6].

La primauté n'est donc pas réceptionnée par ces États comme une primauté absolue, telle qu'elle fut définie par la Cour, mais bien comme une primauté certes acceptée, mais constitutionnellement et par la suite juridictionnellement encadrée. « Exigence existentielle » du droit de l'Union devenue exigence constitutionnelle, le respect de la primauté doit en effet se concilier avec d'autres dispositions ou obligations constitutionnelles. Indépendamment des

---

[1] CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 311.

[2] MAGNON X., « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les Cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *op.cit.*, p. 124.

[3] MEDHI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », *op.cit.*, p. 635.

[4] AUBY J-M., « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public éléments de problématique », *in Mélanges dédiés à R. Pelloux*, Lyon, L'Hermès, 1980, p. 35.

[5] MEDHI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », *op.cit.*, p. 635.

[6] Voir en ce sens LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 444 : « La Constitution se voit reconnaître l'autorité suprême, que celle-ci soit attachée à l'ensemble de ses dispositions ou à celles considérées comme si fondamentales qu'elles font obstacle au plein effet des attributions de compétence consenties, en vertu de la Constitution, a des institutions internationales ou *supra*nationales ».

prescriptions de la Cour de justice, il est revenu dans la pratique au juge interne par son pouvoir d'interprétation de déterminer quelles normes ou quels principes sont susceptibles de d'être opposables à la primauté. L'objet des réserves de constitutionnalité fait ainsi référence à une question cruciale en matière de rapport de système, qui est celle de la conciliation nécessaire entre une « exigence existentielle » du droit de l'Union, sa primauté et une exigence souveraine de l'État membre qui lui est tout aussi existentielle, le respect de son identité constitutionnelle[1]. En effet, les jurisprudences constitutionnelles précédemment observées ont mis en lumière un certain nombre de limites, que la primauté du droit de l'Union ne saurait franchir. Or, ces limites sont explicitement ou implicitement conçues par les juges comme inhérentes aux diverses identités constitutionnelles, et participent donc à une protection unilatérale de celles-ci. Si les réserves ainsi formulées convergent vers un même but, leur fondement juridique, leur intensité et leur champ matériel varient sensiblement d'un État à l'autre. D'un côté les réserves fondées sur la supraconstitutionnalité, apparaissent indépassables lorsque les dispositions et principes visés sont intangibles tels qu'en Allemagne, en Italie et en République tchèque, ou difficilement dépassables lorsqu'ils ne bénéficient que d'une protection renforcée, comme en Espagne et en Lettonie. De l'autre côté, les réserves fondées sur une suprématie générale ou partielle de la Constitution, ne faisant pas appel à la supraconstitutionnalité, sont bien plus fragiles, puisqu'une révision constitutionnelle standard en France et à peine complexifiée en Pologne suffiraient à les rendre inopérantes. En outre, le champ matériel couvert par ces limites peut considérablement varier d'un État à l'autre, selon que l'identité constitutionnelle soit directement et exhaustivement identifiée dans un faible nombre de dispositions constitutionnelles, ou qu'elle soit progressivement et épisodiquement déterminée par les juges nationaux telle qu'en France ou en Italie. À ce propos, la persistance dans la jurisprudence du juge polonais, ainsi que dans la première formule du juge français d'une suprématie générale et absolue de l'ensemble du droit constitutionnel, sans distinction de ce qui relèverait ou non de l'identité constitutionnelle, conduit à penser que si la fonction première du recours à la notion d'identité constitutionnelle est bien celle de fermeture, elle conduit dans la pratique à ouvrir l'ensemble

[1] Voir en ce sens LEVADE A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 109-128, « Interprètes authentiques de leurs ordres juridiques respectifs, juge communautaire et juges nationaux ont, en symétrie, du distinguer ce qu'étaient leurs essences. Garants de systèmes juridiques radicalement distincts et obéissant à des logiques inverses, c'est au prix d'une démarche symétrique inversée que les juges constitutionnels nationaux jugèrent nécessaire de rappeler que les ordres juridiques internes, structurellement hiérarchisés, étaient aussi substantiellement fondés, répliquant ainsi au juge communautaire qui, garant d'un système fonctionnellement intégré, avait du expliciter les fondements de son efficacité ».

du droit constitutionnel qui n'y serait pas inclus aux effets du droit de l'Union, parmi lesquels sa primauté. D'une fonction de fermeture, elle produit donc en partie un effet d'ouverture de l'ordre juridique interne.

Indépendamment de ces nuances, une telle réception et limitation de la primauté par des réserves tenant à la protection de l'identité constitutionnelle conduit logiquement les États concernés à évoquer la mise en œuvre d'un contrôle indirect du droit dérivé au regard des éléments qui la composent, par l'examen des mesures internes de transposition ou d'exécution de celui-ci, et ce bien qu'un tel contrôle soit proscrit par la Cour de Justice. Ainsi ces réserves de constitutionnalité, envisagées en théorie par les juges nationaux, trouveraient à se réaliser par la sanction indirecte du droit dérivé, en le rendant inapplicable dans l'ordre juridique interne de l'État concerné. Une telle situation s'est-elle réalisée en pratique ?

Section 2 : La naissance d'une alternative pluraliste en pratique

332. La conséquence directe de la réception nationale d'une primauté relativisée, puisque constitutionnellement encadrée et limitée aux fins de protéger l'identité constitutionnelle, se caractérise par la volonté de mettre en œuvre, au sein des États membres qui ont formulé des réserves de constitutionnalité, un contrôle indirect du droit dérivé qui ne porte pas à proprement parler sur sa validité, mais plutôt sur son applicabilité dans leur ordre juridique interne. Les réserves de souveraineté ainsi conçues ont pour objet de laisser une marge de manœuvre aux juges nationaux qui les formulent. Afin de garantir une application effective du droit de l'Union, ces derniers acceptent de limiter voire de désactiver leurs compétences souveraines relatives au contrôle de constitutionnalité du droit interne à la seule condition que cette application ne conduise pas à remettre en cause l'identité constitutionnelle de leur État. La réalisation de la réserve ne se produirait toutefois, non pas à l'instant où le contrôle d'un acte interne visant à la transposition ou à l'exécution d'un acte de droit dérivé serait effectué, mais seulement si à l'issue de celui-ci, la validité de l'acte interne était sanctionnée et l'acte de droit dérivé rendu définitivement inapplicable.

Il convient donc de déterminer si dans la pratique, les réserves tenant à la protection de l'identité constitutionnelle se sont réalisées dans la jurisprudence des États les ayant formulées (§1), puis d'observer si les juges nationaux n'ont pas privilégié une autre méthode qu'il sera alors nécessaire de qualifier (§2).

Paragraphe 1 : L'incitation au respect identitaire par la menace, un monologue prescriptif du juge national

333. La mise en œuvre par les États membres d'un contrôle direct ou indirect de l'applicabilité du droit dérivé au sein de leur ordre juridique n'est pas permise par la Cour de justice, dans la mesure où cela contreviendrait à la primauté « absolue » du droit de l'Union et à l'uniformité de son application ou de son interprétation. Pourtant, les juridictions constitutionnelles ou suprêmes semblent par le biais de ces réserves de souveraineté mettre en œuvre un tel contrôle, certes de façon indirecte, mais plaçant tout de même leur État respectif à la frontière d'une situation de manquement. Il apparaît utile de distinguer les diverses procédures qui ont pu les conduire à exercer ou du moins évoquer ce contrôle tout autant que d'observer plus spécifiquement les caractéristiques de ce contrôle et ses conséquences potentielles.

334. Les réserves de constitutionnalité et l'évocation correspondante d'un contrôle du droit dérivé résultent de deux types de décisions différentes. Certaines d'entre elles proviennent des examens de compatibilité des traités à la constitution en vue de les ratifier ou de continuer leur application, lors desquels les juridictions nationales envisagent non seulement le traité, mais également les diverses situations qui pourraient naître de son application. Dans ce cadre, les réserves formulées à l'égard du droit dérivé sont en général plutôt vagues et toujours théoriques. S'en tenant aux grands principes d'un contrôle seulement envisagé, elle ne permettent que rarement de l'aborder avec précision. Les autres résultent d'affaires traitant spécifiquement du contrôle indirect d'actes de droit dérivé dans l'ordre juridique interne. C'est donc essentiellement ce second cas de figure qui offrira le plus de détails quant aux contrôles opérés en pratique et aux solutions qui s'en sont dégagées.

L'exercice d'un tel contrôle dépend d'ailleurs des compétences du juge constitutionnel, celles-ci apparaissant comme très variables d'un État à l'autre[1]. Il convient en outre d'ajouter qu'un contrôle direct de validité des actes de droit dérivé ne saurait être réalisé par les juges nationaux, sans entrer en parfaite contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice, aussi bien qu'avec leurs obligations d'État membre. Les juges nationaux ayant formulé des réserves de constitutionnalité ont ainsi tous pris conscience de cette nécessité et accepté de se plier à cette incompétence. Le juge allemand pour commencer justifie la

[1] Voir *supra*, (§122 et s.) .

limitation de sa compétence par le fait « *qu'il ne peut soumettre à un contrôle que les actes émanant du pouvoir souverain allemand* […] *raison pour laquelle le Bundesverfassungsgericht considère le recours pour inconstitutionnalité formé directement […] contre un règlement de la Communauté, comme irrecevable* »[1], de même qu'il précise d'ailleurs qu'il « ne statue jamais sur la validité ou l'absence de validité d'une disposition de droit communautaire »[2]. La position du juge italien est strictement identique, puisqu'il exclut également un tel contrôle direct des règlements au motif que « l'article 134 de la Constitution ne concerne que le contrôle de constitutionnalité à l'égard des lois et des actes ayant force de loi, de l'État et des régions [ce qui] n'est pas le cas des règlements communautaires »[3], insistant d'ailleurs sur la limitation de l'État dans l'exercice de sa compétence notamment juridictionnelle, ainsi que sur la « plénitude des fonctions de la Cour de justice » pour réaliser le contrôle de légalité du droit de l'Union[4]. Ces deux juridictions nationales fondent explicitement et à nouveau ce raisonnement sur la séparation des ordres juridiques impliquant consécutivement la compétence exclusive d'une part de la Cour de justice pour contrôler et interpréter le droit dérivé de l'Union et d'autre part du juge national pour interpréter son droit constitutionnel, ce qui exclut la compétence de l'autre juridiction dans leur propre domaine d'action respectif. De façon très similaire le Conseil constitutionnel français renvoyait en 2004 à la compétence exclusive du juge de l'Union, notamment par le biais de la question préjudicielle, le soin d'exercer ce contrôle au sujet des directives[5], ce qui justifiera en 2006 qu'il n'accepte de contrôler que les incompatibilités manifestes entre la loi de transposition et la directive concernée. En effet n'étant pas lui-même, jusque très dernièrement, en mesure de recourir par cette voie aux interprétations impératives de la Cour de justice, il délègue alors cette tâche au juge ordinaire[6]. Enfin, le juge constitutionnel tchèque fit ce même constat, précisant que « la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour apprécier la validité des normes du droit communautaire », ajoutant que « ces questions relèvent de la compétence exclusive de la Cour européenne de justice »[7].

[1] C.C.F.A., Solange I, décision précitée, point 7.b), le juge allemand se fonde ici sur une de ses précédentes décisions, voir en ce sens C.C.F.A, 18 octobre 1967, les règlements CEE, n°1 BvR 248/63 et 216/67.
[2] *Ibid.*, point 5.b).
[3] C.C.I., Frontini, décision précitée, point 9.
[4] *Ibid.*, point 5 et 9.
[5] Voir par exemple, C.C., confiance dans l'économie numérique, décision précitée, point 7.
[6] Voir par exemple C.C., droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, décision précitée, point 20.
[7] C.C.T., régulation des quotas du sucre II, décision précitée, point VI.A).

335. Un contrôle direct de légalité ne pouvant être mené à son encontre, il faut donc s'interroger sur la nature du contrôle exercé sur le droit dérivé par les juridictions des États membres ayant formulé des réserves de constitutionnalité, ainsi que sur les types d'actes qui soumis à leur examen les ont conduits à l'exercer[1]. Enfin, il faudra également observer si à l'issue de ces contrôles, le droit dérivé a ou non été sanctionné dans son applicabilité, afin de déterminer si ces réserves se sont ou non réalisées en pratique.

Dans le cadre des décisions internes portant spécifiquement sur l'applicabilité du droit dérivé, deux situations distinctes peuvent se présenter, selon que l'acte indirectement concerné ne nécessite pas de mesure interne de transposition pour pleinement s'appliquer au sein de l'État membre, ou que celui-ci produise l'ensemble de ses effets à la condition qu'une telle mesure nationale soit adoptée. Il est d'ailleurs important de préciser que l'élément fondamental distinguant ces deux situations est la marge de manœuvre dont bénéficie l'État membre pour mettre en œuvre l'acte, puisque dans la seconde, il apparaît libre de la forme, si ce n'est au moins partiellement du fond de la transposition, là où il ne peut que se borner à strictement appliquer l'acte dans la première.

336. Il conviendra donc d'analyser ces deux situations séparément. La première touche les règlements européens qui trouvent à s'appliquer immédiatement dans la totalité de leurs effets, puisque dotés d'un effet direct complet. Il faudra donc déterminer dans quelle mesure et sur quelle base les juges internes se sont reconnus compétent pour en contrôler l'applicabilité (A). La seconde concerne les directives mais également la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. Il sera alors question d'actes du droit de l'Union soit dotés d'un effet direct limité[2], soit non dotés d'un tel effet[3]. Ces actes nécessitent une

[1] Voir sur cette question, DORD O., « Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-4/le-controle-de-constitutionnalite-des-actes-communautaires-derives-de-la-necessite-d-un-dialogue-entre-les-juridictions-supremes-de-l-union-europeenne.52843.html.

[2] La directive lorsqu'elle est claire, inconditionnelle et précise ne peut à défaut de transposition, que produire des effets incomplets dans la mesure où elle ne serait dotée que d'une invocabilité limitée par un effet direct seulement vertical. Ne possédant pas ces caractéristiques, elle ne serait d'ailleurs dotée d'aucun effet direct. Correctement transposée elle serait alors dotée d'un effet certes indirect, puisque invocable seulement par le biais de la mesure interne, mais complet, car trouvant à s'appliquer le cas échéant même entre particuliers. Incorrectement transposée, elle serait à nouveau dotée d'un effet direct incomplet.

[3] La décision cadre portant sur le mandat d'arrêt européen, parce qu'adoptée au sein du troisième pilier ne bénéficie d'aucun effet direct. Elle est même partiellement exclue des compétences de la Cour de justice limitée au seul contrôle de sa légalité, à moins que les États membres en aient accepté expressément la compétence, conformément à l'ancien article 35 TUE. En effet, en vertu de l'article 10 du protocole relatif aux dispositions transitoires, une période transitoire de 5 ans est prévue avant que les effets de la fusion des piliers ne touchent les décisions adoptées dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, sauf si la décision est elle-même modifiée après l'adoption du traité. Sont ainsi pour le moment toujours exclues les compétences

transposition en droit national, il conviendra donc de préciser dans quelle mesure le juge interne peut en contrôler la constitutionnalité (B).

A. Le contrôle de l'exécution des règlements

337. S'agissant du contrôle de constitutionnalité des actes d'exécution du droit dérivé doté d'un effet direct complet, le modèle allemand servira de cadre de référence tant sa jurisprudence est développée en ce domaine. Elles seront toutefois utilement mises en lien avec la jurisprudence des Cours constitutionnelles italienne et tchèque. Dans ces exemples, furent en effet visés des actes ne nécessitant pas, voire proscrivant, leur transposition en droit national pour trouver à pleinement s'appliquer. Or, le contrôle de constitutionnalité du juge ne pouvant directement aborder le règlement, il portera exclusivement sur les actes administratifs internes d'application de celui-ci et/ou sur les décisions des juridictions internes conduites à l'appliquer ou à le laisser inappliqué. Il pourra enfin pour le cas italien être exercé sur la loi d'exécution du traité. Il convient en outre d'évoquer un autre type de contrôle, celui de conformité à ce règlement de l'acte interne d'application ou d'autres actes internes adoptés indépendamment de celui-ci. Ce contrôle de conventionalité a, contrairement au contrôle précédent, pour premier objectif de garantir la juste application du droit de l'Union, mais peut tout autant conduire pour des raisons constitutionnelles à favoriser dans certains cas la norme interne contraire. Sera d'abord envisagé le cas allemand (1) puis les cas italien et tchèque (2).

1. En Allemagne

338. Dans la jurisprudence allemande, l'arrêt *Solange* I apparaît comme le plus éloquent en matière de formulation d'une réserve de constitutionnalité à l'égard d'un règlement[1]. Il était question pour le juge constitutionnel allemand de déterminer, sur renvoi d'une juridiction administrative interne, si une décision fondée sur deux règlements européens, adoptée par une autorité nationale à l'encontre d'une entreprise, était conforme aux droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale allemande. Il convient en outre de préciser, que ce renvoi à la Cour constitutionnelle fut précédé par un recours préjudiciel adressé à la Cour de justice,

de la Cour de justice, mais aussi celles reconnues par l'article 258 TFUE à la Commission portant sur l'évaluation des manquements d'États. Aussi aucune invocabilité ou applicabilité ne pourrait lui être reconnue sans mesure interne de transposition.

[1] C.C.F.A., Solange I, décision précitée.

par lequel cette dernière rendit d'ailleurs son arrêt Handelsgesellschaft[1]. Cette précision s'avère utile, car la rigidité dont avait fait preuve ici la Cour de justice à l'égard de l'inopposabilité des règles constitutionnelles nationales, notamment en rapport avec la garantie des droits fondamentaux, aura certainement motivé la témérité du juge constitutionnel allemand[2].

339. Néanmoins, dans une initiale bienveillance, la juridiction constitutionnelle impose d'une part aux juridictions internes avant de pouvoir la solliciter, de saisir d'abord la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, et s'interdit d'autre part de contrôler directement la validité du règlement au regard de la Loi fondamentale, se limitant comme elle le formule à examiner son applicabilité[3]. En effet, si elle justifie cette dernière incompétence par la non-imputabilité de l'acte à une autorité publique allemande, elle constate toutefois qu'il en est différemment au sujet d'une décision d'un juge interne ou d'un acte adopté par une autorité interne qui auraient notamment pour objet l'application dudit acte de l'Union[4]. Par cette considération, de tels actes internes doivent autant que tout autre respecter le droit constitutionnel allemand et plus particulièrement les droits fondamentaux reconnus en son sein, étant entendu que la mission de la Cour constitutionnelle de les garantir « ne saurait lui être enlevée par une autre juridiction »[5]. Elle poursuit d'ailleurs pour étayer son raisonnement, que la protection des droits fondamentaux accordée aux ressortissants allemands ne pourrait être affectée au seul motif que ces actes internes seraient fondés sur des dispositions du droit de l'Union. De plus, le juge allemand se reconnaît seul compétent au niveau interne pour examiner, dans le cadre de la procédure du contrôle de constitutionnalité, l'éventuelle inconstitutionnalité de l'acte interne. Il analyse en dernier lieu cette compétence exclusive comme une garantie que l'application interne du droit de l'Union ne subisse pas, du moins par le juge ordinaire, une quelconque entrave.

340. Ayant pris le soin de poser cette réflexion générale, le juge en vient à examiner le cas d'espèce lui étant soumis. Or, si normalement l'issue de ce contrôle ne peut conduire qu'à la

[1] Arrêt Handelsgesellschaft, précité.
[2] Voir en ce sens, RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 27 : « Par sa sécheresse, cette affirmation avait conduit à la "révolte" qu'a constitué l'énoncé par les Cours constitutionnelles allemande et italienne des réserves de constitutionnalité tenant au respect de l'identité constitutionnelle nationale ».
[3] C.C.F.A., Solange I, décision précitée, point 4. a) et b).
[4] *Ibid.*, point 7.
[5] *Ibid.*, point 6.

sanction des actes internes et par conséquent à la seule inapplicabilité du règlement, la teneur de celui-ci porte exclusivement sur la compatibilité des règlements concernés avec les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution. Il s'agit donc d'un contrôle de constitutionnalité direct des règlements ne pouvant toutefois conduire qu'à une sanction indirecte de ceux-ci par l'annulation de l'acte interne les exécutant. Cette décision entre en parfaite contradiction avec la solution Handelsgesellschaft, le juge constitutionnel allemand n'écartant pas tant sans faut, la norme constitutionnelle contraire. Il reste que le juge ne sanctionnera pas ici les règlements au constat de leur compatibilité avec la Constitution. Par conséquent, la décision elle-même, abstraction faite du raisonnement du juge l'y ayant mené, n'était pas constitutive d'un manquement. Dans le cadre de la protection des droits fondamentaux, le juge allemand n'accepte pas de se soumettre automatiquement aux interprétations données par la Cour de justice sur renvoi préjudiciel, au constat d'une protection au niveau de l'Union qui n'était pas équivalente à celle de la Loi fondamentale. Cette position ne manquera toutefois pas de suivre une évolution parallèle à celle de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, puisque la reconnaissant quelques années plus tard, le juge allemand désactivera ce contrôle[1]. Cette désactivation ne concerne toutefois que les droits fondamentaux. En effet, il a été observé précédemment que d'autres dispositions constitutionnelles de nature identitaire étaient susceptibles de se voir opposer par le juge allemand aux règlements[2], dispositions constitutionnelles dont le respect ne semble quant à elle pas échapper à l'éventualité d'un contrôle de constitutionnalité[3].

2. En Italie et en République tchèque

341. Si la jurisprudence allemande ouvre effectivement la voie à l'existence d'un contrôle d'applicabilité des règlements, force est de constater que la réserve ne s'est pas véritablement réalisée, puisqu'aucun règlement n'aura même indirectement été sanctionné. De pareilles considérations se retrouvent dans les jurisprudences d'autres États membres au sein desquelles sont non seulement évoqués le contrôle de constitutionnalité des actes internes visant à l'exécution des règlements européens, mais également le contrôle de conventionalité

[1] Voir *infra*, (§367).
[2] Voir *supra*, (§299 et s.).
[3] La Cour constitutionnelle évoque également un autre type de contrôle relatif à l'examen des actes de l'Union qu'elle qualifierait d'*ultra vires* et dont le contrôle serait exercé au regard du traité, sans que cela ne soit véritablement en rapport avec la protection de l'identité nationale, ce qui justifie de ne pas s'y attarder. Voir en ce sens C.C.F.A., Honeywell, décision précitée.

des actes internes vis-à-vis des règlements. Il s'agit ainsi d'analyser en la matière les jurisprudences italienne (1) et tchèque (2).

a) En Italie

342. Équivalent des décisions *Solange* I et II dans la jurisprudence italienne, la décision Frontini fut tout aussi instructive au sujet du contrôle indirect des règlements européens et de leur application dans l'ordre juridique interne[1]. Toutefois, la procédure y est sensiblement différente, puisqu'elle n'est pas relative au contrôle d'un acte ou d'une décision interne adoptés en application d'un règlement européen, mais porte plutôt sur celui de compatibilité à la Constitution de la loi italienne d'exécution du traité, exclusivement en ce qu'elle permet l'exécution de l'article 189 du traité relatif aux règlements et à leur application dans l'ordre juridique interne. Plusieurs questions relatives à l'inopposabilité aux règlements des garanties constitutionnelles en matière législative étaient ainsi adressées à la juridiction constitutionnelle, parmi lesquelles le contrôle de la protection des droits fondamentaux exercé par elle-même[2].

343. S'interrogeant donc sur les doutes émis, relatifs à l'absence d'un tel contrôle juridictionnel, elle les considéra comme non fondés au moyen d'une réflexion articulée en deux temps. D'abord, elle s'est attachée à démontrer l'équivalence des standards constitutionnel et européen de protection des droits fondamentaux[3]. Toutefois la confiance accordée au standard de l'Union n'est pas absolue. En effet, le juge poursuit ensuite que dans le cas où « une interprétation aberrante » serait quand même donnée à l'article 189 du traité, entendu comme l'adoption d'un règlement qui porterait atteinte non seulement aux droits fondamentaux, mais également aux autres principes fondamentaux de l'ordre juridique italien[4], la « couverture constitutionnelle » dont bénéficie la loi d'exécution des traités ne serait plus assurée[5].

---

[1] C.C.I., Frontini, décision précitée.
[2] Ainsi, indépendamment des considérations préliminaires déjà évoquées de la Cour constitutionnelle portant sur la réception de la primauté du droit de l'Union et sur la justification des transferts partiels à l'Union de compétences souveraines en matière législative, il est ici uniquement pertinent de s'attacher à la réponse donnée par la juridiction italienne à cette question.
[3] C.C.I., Frontini, décision précitée, point 9 ; voir également *infra* (§367).
[4] Principes abordés précédemment, voir *supra* (§301 et s.).
[5] Cette expression provient de la jurisprudence italienne, telle que cela fut mis en lumière par MAGNON X., « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, août-septembre 2004, p.6.

Le recours à la juridiction constitutionnelle ne pourrait d'ailleurs être fondé sur un règlement lui-même, la Cour italienne ne se reconnaissant pas plus que le juge allemand et pour des raisons identiques, la compétence d'en contrôler la constitutionnalité. Il serait donc contraint de réévaluer la compatibilité, devant être « constante », de la loi d'exécution du traité avec ces divers principes fondamentaux. Le recours ne serait donc pas fondé sur un acte ou une décision interne visant à appliquer le règlement comme en Allemagne, mais directement sur cette loi d'exécution du traité, la raison étant probablement la reconnaissance par le juge italien de l'interdiction faite aux États membres d'adopter de tels actes internes.

Ce choix du juge italien implique toutefois des conséquences potentiellement bien plus graves que la seule inapplicabilité allemande du règlement. Assurément, il est difficile de percevoir comment l'invalidation de la loi pourrait être limitée aux effets dans l'ordre juridique interne d'un seul règlement. Elle pourrait conduire en cas de sanction partielle à l'inapplicabilité de l'article 189 du traité et par conséquent de l'ensemble des règlements européens[1], ou pis encore à l'inapplicabilité du traité dans son ensemble en cas de sanction complète de la loi d'exécution. En pareille situation, deux options s'offriraient à l'Italie : la révision des principes fondamentaux que le constituant ne semble pourtant pas en mesure de modifier[2], ou le retrait de l'Union[3]. Il en résulterait donc une réelle situation de blocage accompagnant le manquement patent de l'État membre.

344. Cette réserve de constitutionnalité fut réitérée dans la décision Granital[4], au sein de laquelle la Cour italienne reconnaissait à nouveau les caractéristiques du règlement européen et son incompétence pour en contrôler la validité, ainsi que l'importance du renvoi préjudiciel à cet effet. Mais, elle y précisa également qu'il ne fallait pas en déduire pour autant que « tout ce qui est du domaine des rapports entre droit communautaire et droit interne est soustrait [de sa] compétence ». Elle poursuivra finalement par une référence explicite au principe dégagé dans l'arrêt Frontini.

Cette dernière réflexion reste toutefois à modérer, dans la mesure où l'objet principal de l'arrêt Granital portait, dans une certaine bienveillance de la juridiction italienne, sur le

[1] Voir dans le même sens, GUASTINI R., « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *op.cit.* : « la Cour constitutionnelle déclarerait l'inconstitutionnalité (partielle) de la loi d'exécution du traité CE, "dans la partie où" elle donne exécution à l'article 189, alinéa 2, du traité CE (Cour const., n° 232 de 1995). Plus précisément, cette disposition serait inconstitutionnelle "dans la partie où" elle permet l'introduction dans l'ordonnancement juridique interne d'un acte communautaire contraire aux principes constitutionnels suprêmes et/ou aux droits inaliénables de la personne ».

[2] Voir *supra* (§197 et s.).

[3] Voir en ce sens, WOJTOWICZ K., « Rôle des juridictions constitutionnelles dans la création de l'espace juridique européen intégré », *op.cit.*, p. 207.

[4] C.C.I., Granital, décision précitée, point 7 ; voir également C.C.I., Fragd, décision précitée, point 3,1.

contrôle obligatoire de conventionalité des actes internes avec les règlements, qualifié d'ailleurs de contrôle de constitutionnalité au regard de l'obligation constitutionnelle de satisfaire aux exigences de l'Union. Le juge pose dans ce cadre d'une part, une obligation pour le juge ordinaire de lui soumettre toute disposition interne contraire au droit de l'Union, se réservant la compétence exclusive d'en prononcer l'inconstitutionnalité et d'autre part, lui ouvre, en rupture avec sa jurisprudence antérieure[1], la faculté de la laisser inappliquée afin de garantir l'applicabilité directe et immédiate du droit dérivé. Cette nouvelle conception des pouvoirs du juge ordinaire permet à ce titre une parfaite conformité avec la jurisprudence Simmenthal survenue deux années auparavant et semble rendre d'autant plus anecdotique la menace ultime d'une réévaluation de la loi d'exécution.

Or, le juge constitutionnel ajoute une dernière précision venant pourtant renforcer la réserve de souveraineté, puisque dans l'exercice de ce contrôle de conventionalité, il considère sa compétence comme celle de vérifier si « le législateur ordinaire a écarté de manière injustifiée certaines des limites de la souveraineté nationale » telles que définies par la loi d'exécution du traité conformément à l'article 11. Qu'en serait-il si cette action du législateur était justifiée et au regard de quoi pourrait-elle l'être ? Le juge italien ne le précise pas, mais sans doute la justification pourrait provenir d'une atteinte aux principes fondamentaux précédemment visés. Le cas échéant la disposition interne contraire ne serait pas écartée au profit du règlement, ce qui caractériserait une situation de manquement générée par la volonté de protéger unilatéralement et souverainement l'identité constitutionnelle.

b) En République tchèque

345. Cette dernière analyse tenue par le juge italien a, de façon comparable, également été évoquée par le juge constitutionnel tchèque dans sa décision Sugar II. Avant de l'aborder, il apparaît opportun de préciser de façon préliminaire que le juge tchèque, conformément d'ailleurs à la jurisprudence Simmenthal, impose aux autorités publiques le respect de la primauté du droit de l'Union, de même que l'écartement de la législation interne contraire. Il confie en outre au seul soin du juge ordinaire l'exercice du contrôle de conventionalité et du recours préjudiciel, contrôle pour lequel il rejette explicitement et de façon réitérée sa compétence[2]. Le juge tchèque restreint donc contrairement au juge italien son activité au seul

[1] C.C.I., 22 octobre 1975, n°235/1975.
[2] Voir en ce sens, C.C.T., 21 février 2006, n° Pl ÚS 19/04 ; confirmé par, C.C.T., 2 décembre 2008, fonctionnement de la radio et la télévision, n° Pl ÚS 12/08.

contrôle de constitutionnalité, dans lequel il intègre tout de même le respect des obligations constitutionnelles relatives à l'Union. Ainsi, s'il refuse tout recours relatif à la compatibilité générale entre droit interne et droit de l'Union, il accepte cependant de recevoir ceux portant sur le contrôle des actes de transposition, en ce qu'ils résultent d'une exigence constitutionnelle d'une part, et en ce qu'ils doivent être conformes à la Constitution d'autre part.

346. C'est exactement le cadre procédural de la décision Sugar II[1], au cours de laquelle le juge constitutionnel eut à se prononcer sur la validité d'un acte gouvernemental adopté dans l'objet de transposer un règlement. Se reconnaissant elle-même incompétente pour contrôler directement la validité des actes du droit de l'Union, la juridiction tchèque s'emploie, en suivant un examen approfondi, à évaluer la conformité matérielle de l'acte interne avec la Constitution interprétée « en tenant compte des principes découlant du droit communautaire »[2]. Elle parvint alors au constat préliminaire selon lequel l'acte n'était pas matériellement inconstitutionnel, mais ira plus loin dans son raisonnement, rejoignant ici les réflexions italiennes.

En effet, il restait un point à éclaircir, la conduisant d'ailleurs en définitive à sanctionner l'acte interne : la question de sa compatibilité formelle. Le Gouvernement était-il compétent pour adopter un tel acte alors que le règlement, disposition inconditionnelle et précise, ne laisse aucune marge de manœuvre aux États membres et proscrit en général l'adoption de tels actes ? Selon le juge tchèque, l'adhésion à l'Union implique corrélativement un transfert de souveraineté à son profit et une limitation correspondante des pouvoirs reconnus aux organes nationaux, notamment en termes de création de la norme. Ce transfert est toutefois conditionné par la préservation des fondements de la souveraineté tchèque et des attributs essentiels de l'État de droit[3]. Or, l'acte européen n'atteignant pas ces principes, le Gouvernement aurait agi *ultra vires*, puisque réglementant un domaine pour lequel il n'était plus habilité à intervenir[4]. Elle constatera finalement que le règlement ne dépassait pas la limite du transfert de souveraineté. Le juge est ainsi contraint d'examiner au moins implicitement et partiellement la constitutionnalité du règlement, office pouvant le conduire au constat d'une atteinte à l'identité constitutionnelle. Dans ce cas, il semble que les organes nationaux retrouveraient leur capacité d'adopter des actes ayant pour incidence de limiter

[1] C.C.T., régulation des quotas du sucre II, décision précitée.
[2] *Ibid.*, point A).
[3] Élément précédemment abordé, voir *supra* (§306).
[4] Voir en ce sens, C.C.T., régulation des quotas du sucre II, décision précitée, point B).

l'applicabilité et l'effet direct dudit règlement, mais il ne s'agirait pas moins d'un manquement de l'État à ses obligations européennes.

347. Des dispositions constitutionnelles de nature identitaire ont clairement été considérées comme opposables aux règlements européens par le truchement des actes internes d'exécution. Il s'ensuit l'émergence de contrôles par les juridictions internes visant à déterminer si l'exécution du règlement conduit à la violation de telles dispositions. Ce contrôle indirect peut ainsi aboutir à l'inapplicabilité du règlement dans l'ordre juridique interne, voire à la remise en cause générale de l'acceptation par l'État de ses obligations d'État membre. Toutefois, cette opposabilité demeure à l'état de menace, dans la mesure où aucun des règlements indirectement contrôlés par les États n'aura véritablement vu remettre en cause son applicabilité.

B. Le contrôle de la transposition des directives et du mandat d'arrêt européen

348. Il faut distinguer des contrôles d'applicabilité des règlements, ceux relatifs au contrôle d'applicabilité d'actes de droit dérivé qui, devant faire l'objet d'une mesure de transposition interne, ne sont donc tout au plus dotés que d'un effet direct vertical. Il s'agira en conséquence de s'attarder sur la situation des directives et de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen[1]. Certes les deux actes ne sont pas de même nature, et un certain nombre de caractéristiques les distinguent. D'abord, à la différence de la directive, la décision-cadre n'intervient que dans l'ancien troisième pilier, c'est-à-dire dans le domaine de coopération policière et judiciaire en matière pénale. Ensuite, la décision cadre est un acte de type intergouvernemental qui ne peut être adopté que par le Conseil à l'unanimité sur initiative de la Commission ou d'un État membre, alors que la directive est régulièrement adoptée selon la procédure législative ordinaire. De plus, contrairement à la directive qui peut se voir attribuer un effet direct vertical en cas de non ou mauvaise transposition, il ne peut être reconnu aucun effet direct à la décision-cadre. Enfin, les compétences de la Cour sont réduites au sujet de la décision-cadre, sa compétence nécessitant notamment l'accord des États membres concernés. Néanmoins ces deux types d'actes possèdent quelques caractéristiques communes. Dans les deux cas, sont en effet visés des actes de droit de l'Union nécessitant une transposition nationale pour trouver à s'appliquer pleinement dans l'ordre juridique interne,

[1] Voir notamment sur cet acte, CARTIER M.-E., « Le mandat d'arrêt européen », in CARTIER M.-E., Le mandat d'arrêt européen, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 422 et s.

transposition qui fera par conséquent l'objet du recours au principal devant le juge national. S'agissant du contrôle de constitutionnalité des actes de transposition des directives, le modèle français servira de cadre de référence, puisqu'il apparaît le plus développé à leur sujet. Il sera néanmoins mis en relation et étudié aux côtés des décisions de certaines juridictions constitutionnelles également relatives à la mise en œuvre de directives (1). Par ailleurs, la directive n'apparaissant pas être le seul type d'acte nécessitant une mesure de transposition, les raisonnements tenus à leur égard ont été en quelque sorte adaptés à la décision-cadre portant sur le mandat d'arrêt européen (2).

1. La transposition des directives

349. En matière de contrôle des actes de transposition des directives et des réserves de souveraineté afférentes à la protection de l'identité constitutionnelle, le modèle français apparaît être le plus instructif[1] (1), il n'est toutefois pas isolé puisque de mêmes contrôles portant en eux des réserves similaires furent réalisés en Allemagne et en République tchèque (2).

a) En France

350. Dans le cas des transpositions de directives en droit français, à la réserve de constitutionnalité précède la bienveillance initiale du Conseil constitutionnel qui reconnaît l'obligation à valeur constitutionnelle de transposer l'acte, mais également sa compétence pour contrôler le respect de celle-ci[2].

351. En effet, le juge constitutionnel français se reconnaît explicitement compétent, lorsqu'il est amené à contrôler la constitutionnalité des lois de transpositions, pour vérifier leur compatibilité avec l'acte européen lui-même. Il exerce ainsi à leur égard un véritable

[1] Voir sur ce sujet, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, pp. 41-67.

[2] Voir sur ce point, SIMON D., « L'autonomisation du contrôle d'euro-compatibilité : une rupture épistémologique dans les rapports de systèmes ? », *op.cit*, pp. 497-513. qui oppose schématiquement ces deux attitudes du Conseil visant à consacrer d'un côté la spécificité du droit communautaire dans le contrôle d'euro-compatibilité et de l'autre la suprématie constitutionnelle ; voir également MANIN P., « Le Conseil constitutionnel français et le droit de l'Union européenne : prudence et pragmatisme », *in Réalisations et défis de l'Union européenne - Droit-Politique-Économie. Mélanges en hommage au Professeur Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 345-357.

contrôle de conventionalité sur le fondement d'une exigence constitutionnelle de transposition[1], examen l'ayant d'ailleurs conduit à parfois sanctionner une telle loi[2]. Si cette reconnaissance explicite ne fut formulée qu'en 2006, il exerçait déjà ce contrôle de façon similaire dès les décisions de 2004. Il s'attache au travers de celui-ci à déterminer si la loi qui lui est soumise se borne à transposer des dispositions claires et inconditionnelles de la directive. Dans la positive, il rejette ensuite sa compétence pour la contrôler au regard du reste de la Constitution, dans la mesure où cet examen reviendrait à contrôler le fond de la directive elle-même. Or cette compétence est exclusivement celle de la Cour de justice. Dans la négative deux alternatives persistent : soit la loi n'est manifestement pas conforme à la directive alors que ses dispositions sont claires et inconditionnelles, auquel cas elle sera sanctionnée sur ce fondement, soit situation qui ne s'est jamais présentée devant le Conseil, les dispositions de la directive ne peuvent être considérées comme inconditionnelles et précises. Dans ce dernier cas, il est envisageable que le Conseil retrouve sa compétence pour exercer un contrôle complet de constitutionnalité, au moins dans l'examen des éléments de la loi pour lesquels le législateur national avait une marge d'appréciation[3]. Ce serait alors seulement cette marge et non les dispositions de la directive qui ferait l'objet d'un tel contrôle[4]. Enfin, le Conseil a précisé depuis 2006 qu'il ne peut exercer qu'un contrôle restreint à l'incompatibilité manifeste entre la directive et la loi de transposition. Il renvoie à cet effet au contrôle du juge ordinaire les incompatibilités qui ne le seraient pas, ce dernier étant en mesure contrairement (jusqu'à très dernièrement) au Conseil, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

Consécutivement, le Conseil limite donc d'une part sa propre compétence pour exercer un contrôle complet de constitutionnalité de la loi de transposition puis, l'étend d'autre part, afin d'exercer un contrôle de conventionalité[5]. Une telle attitude procède d'une réelle

[1] C.C., droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, décision précitée, point 18 ; C.C., secteur de l'énergie, décision précitée, point 5 ; C.C., O.G.M, décision précitée, point 43 ; C.C., ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, décision précitée, point 18 ; C.C., Kamel D., décision précitée, point 3.

[2] C.C., droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, décision précitée, point 30 et 31.

[3] Voir dans le même sens DUPÉRÉ O., « Jurisprudence constitutionnelle : le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 159 et 160 ; voir également MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 51 et s., l'auteur évoquant « la persistance d'un contrôle de l'incompétence négative du législateur en cas de marge d'appréciation ».

[4] Même s'il ne s'agit pas d'une directive, mais du mandat d'arrêt européen, la reconnaissance d'une marge d'appréciation du législateur après saisine de la Cour de justice par renvoi préjudiciel, a conduit le Conseil à sanctionner l'acte de transposition dans l'ordre juridique français au motif de son inconstitutionnalité ; voir en ce sens C.C., 14 juin 2013 Jeremy F. 2, n° 2013-314 QPC.

[5] Contrairement aux conclusions qu'il avait retenues dans ses décisions antérieures, voir par exemple C.C., I.V.G, décision précitée ; voir en ce sens SIMON D., « L'autonomisation du contrôle d'euro-compatibilité : une rupture épistémologique dans les rapports de systèmes ? », *op.cit.*, p. 502 et 505, mentionnant la jurisprudence

bienveillance à l'égard du droit de l'Union, et apparaît tout à fait conforme aux prescriptions de la Cour de justice, puisqu'elle a pour unique objet de faire prévaloir le droit de l'Union, en l'espèce une directive, sur la législation nationale et même de façon générale sur la Constitution. Il ne s'agit donc absolument pas d'une résistance.

352. Toutefois ces décisions sont en demi-teintes puisqu'à cette obligation de transposition conforme des directives se pose une limite. Cette obligation à valeur constitutionnelle ne saurait conduire à violer une « disposition expresse de la Constitution » formule devenue par la suite « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »[1]. Il convient ici de s'interroger sur les conséquences qu'une telle violation pourrait avoir sur le contrôle exercé par le Conseil.

En pareille situation, il ne paraît pas incongru de supposer que le Conseil retrouverait sa capacité de contrôle et de sanction de l'acte de transposition à l'égard de la Constitution et plus particulièrement à l'égard de ses « dispositions expresses » ou de ses règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. La loi, bien que conforme aux dispositions inconditionnelles et précises d'une directive qu'elle aurait pour objet de transposer, serait sanctionnée. Par voie de conséquence, la directive elle-même serait rendue inapplicable, sans que le législateur puisse y remédier à moins que le constituant ne l'y autorise. Il s'agirait en pareil cas d'une confrontation indirecte de la directive avec le droit constitutionnel national, découlant donc sur un contrôle d'applicabilité de la directive dans l'ordre juridique interne. Une telle situation ne semble enfin pouvoir se réaliser que dans le contrôle *a priori* des normes internes de transposition. En effet, la QPC ne permet pas au

---

IVG comme « fragilisée », mais limitant cette fragilisation au constat que le contrôle de conventionalité n'est pas exercé par le Conseil sur l'ensemble du droit national, mais seulement sur les lois de transposition ; voir également MAGNON X., « La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG - Brèves réflexions sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, CPE », *Europe*, juin 2006, pp. 6-7 ; voir aussi CHALTIEL F., « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, développements récents », *op.cit.*, p. 362 et 364, qui parle pour sa part d'un « tempérament » de la jurisprudence IVG, puis d'une « dérogation » à celle-ci ; voir du même auteur, « L'application du droit communautaire par le juge national », in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 844-850 ; voir aussi, DUBOUT E., « De la primauté "imposée" à la primauté "consentie" – Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *op.cit.*, p. 16 et s. ; voir encore BRAMI C., *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français - Essai d'une analyse systémique*, *op.cit.*, p. 171 et s., considérant qu'il s'agit d'un « mouvement d'ampleur limité » et dont l'extension est « improbable » ; voir enfin BRUCE E., « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in VIe Congrès de droit constitutionnel,* Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, qui n'admet pas l'exercice d'un contrôle de conventionalité par le Conseil constitutionnel, mais reconnaît que le contrôle de constitutionnalité des lois est en voie de mutation sous l'effet du droit communautaire ».

[1] Cette transition s'observe entre les décisions de 2004 et 2006 déjà évoquées ; voir pour exemple à ce sujet MAGNON X., « Le juge constitutionnel et le droit européen », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 82 et 83.

Conseil de réaliser un tel contrôle *a posteriori*, dans la mesure où ce recours est limité aux violations des droits fondamentaux qui, comme l'a rappelé le Conseil, ne sont pas couverts par le champ matériel de la réserve française tenant à la protection de l'identité constitutionnelle[1]. En tout état de cause, cette situation même réduite au contrôle *a priori* n'est pas permise par le droit de l'Union, puisque le juge français n'écarterait pas la norme constitutionnelle nationale en contradiction avec la directive pour rendre cette dernière applicable.

Une telle hypothèse de contrôle des actes de transposition soulevée par le Conseil constitutionnel n'a jamais pour l'heure eu à se réaliser devant lui, mais elle connut un fort retentissement devant le Conseil d'État lors de l'affaire Arcelor[2]. Le Conseil d'État, dans cette affaire, poursuivit ainsi la réflexion du Conseil constitutionnel, mais à l'égard d'un acte réglementaire de transposition qui aurait eu pour effet de porter atteinte à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Précisant dans un premier temps que la disposition interne est conforme aux dispositions claires et inconditionnelles de la directive qu'elle vise à transposer, la juridiction administrative conclut que le pouvoir réglementaire n'avait en conséquence aucune marge d'appréciation lui permettant de la transposer sans méconnaître ce principe. Or, elle relève également que dans ce cadre « le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ». C'est ainsi qu'il conçoit une alternative. Soit le principe inhérent à l'identité constitutionnelle, dont la violation est invoquée par un requérant, se retrouve également au sein du droit de l'Union. Dans cette situation le juge administratif évaluera la compatibilité de la directive avec le droit de l'Union dans son office communautaire, faisant si nécessaire appel à l'interprétation de la Cour de justice[3]. Soit un tel principe n'existe pas en droit de l'Union, auquel cas le Conseil sera contraint de contrôler directement la constitutionnalité de l'acte réglementaire interne. Dans le cas d'espèce, c'est la première

[1] Voir notamment, C.C., Kamel D., décision précitée, point 3 ; voir également sur ce point, HAENEL H., « Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne », *in Journée de travail à la Cour de justice de l'Union européenne,* Luxembourg, 7 février 2011.

[2] C.E., Arcelor I, décision précitée. Voir notamment sur cet arrêt : CHALTIEL F., « D'une pierre, deux coups : primauté et responsabilité renforcées », *LPA*, février 2007, pp. 5-9 et du même auteur CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2007) », *RFDC*, 2008, pp. 340-344 ; NGAMBI J., « Un pas supplémentaire dans l'assimilation du principe de primauté par le Conseil d'État, l'affaire Arcelor », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone*,* 2010*,* pp. 697-710 ; MATHIEU B., « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national », *op.cit.*, pp. 685-693 ; ROUX J., « La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution (à propos de l'arrêt d'Assemblée du 8 février 2007, Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres) », *RDP*, 2007, pp. 1031-1071.

[3] Voir *infra* (§368), au sujet des droits fondamentaux.

branche de l'alternative qui trouva à s'appliquer, ce qui apparaît encore une fois conforme aux prescriptions du droit de l'Union, du moins lorsque la juridiction nationale respecte ensuite, comme cela fut ici le cas, la décision rendue sur renvoi préjudiciel par la Cour de justice[1]. Il reste que de la seconde branche de l'alternative, au demeurant toujours hypothétique, pourrait naître une situation de manquement, puisqu'à l'issue de sa confrontation indirecte avec certains éléments du droit constitutionnel, elle conduirait à rendre impossible l'application de la directive dans l'ordre juridique interne,. En d'autres termes, la couverture constitutionnelle de la directive serait retirée et cette dernière gelée dans son application par la sanction directe de l'acte interne jugé inconstitutionnel.

b) En Allemagne et en République tchèque

353. En matière de transposition des directives, les juges constitutionnels allemands et tchèques se sont intéressés à la marge de manœuvre du législateur national.

354. La Cour constitutionnelle allemande a d'abord confirmé l'applicabilité de sa jurisprudence *Solange* II en matière de transposition des directives. Saisie afin d'évaluer la compatibilité d'un acte de transposition, elle a donc refusé de manière générale sa compétence pour évaluer la compatibilité avec les droits fondamentaux constitutionnellement garantis, non seulement des directives, mais aussi des actes internes visant à les transposer[2]. Il reste donc concevable que ce contrôle soit toujours actif au sujet des autres principes fondamentaux inhérents à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne, pour lesquels la jurisprudence *Solange* II ne l'avait pas désactivé. Une décision de la Cour de Karlsruhe, en date de 2011, a justement confirmé cette hypothèse[3]. À l'instar du Conseil constitutionnel, le juge allemand y reconnaît son incompétence de principe pour connaître des recours en inconstitutionnalité formés à l'encontre des mesures internes de transposition des directives, dès lors que ces dernières ne laissent aucune marge d'appréciation aux autorités nationales qui les adoptent. Deux exceptions sont toutefois aménagées : l'une relative à l'action *ultra vires* de l'Union, lors de l'adoption de la directive concernée ; l'autre tenant à la violation, par l'acte de transposition et donc indirectement par la directive elle-même, de l'identité constitutionnelle, exclusion faite bien sûr des droits fondamentaux tant que ces derniers bénéficient d'une protection en droit de

[1] Voir en ce sens, C.E., 3 juin 2009, Arcelor II, n°287110.
[2] Voir en ce sens C.C.F.A, 13 mars 2007, Émissions de gaz à effet de serre, n° 1 BvF 1/05.
[3] C.C.F.A, 4 octobre 2011, n° 1 BvL 3/08.

l'Union équivalente à celle octroyée par la Constitution allemande[1].

Il existe ainsi, au-delà de ces deux premières exceptions, une troisième situation qui puisse autoriser le contrôle de constitutionnalité, celle correspondant à la circonstance où le législateur national bénéficiait d'une marge d'appréciation. Dans ce cadre, l'acte interne peut à nouveau se voir confronté à la Constitution et plus particulièrement aux droits fondamentaux dont elle dispose[2]. C'est en substance ce qui se produisit au sujet de l'acte interne de transposition de la directive relative à la rétention des données. Saisi afin d'examiner la conformité de cet acte aux droits fondamentaux, il exclut l'option d'un renvoi préjudiciel, au motif que la question d'une incompatibilité entre la directive et les droits fondamentaux ne se pose pas, cette dernière n'ayant pas pour effet de les violer[3]. Il constate néanmoins la marge d'appréciation que possédait le législateur national afin d'adopter l'acte de transposition et sur cette base s'autorise, en application de sa décision précédente, à en contrôler la constitutionnalité et par la suite à en prononcer la nullité. Cet examen le conduit donc à rendre momentanément inapplicable la directive, jusqu'à ce que la législateur intervienne à nouveau en adaptant sa marge d'appréciation, laissée par le droit de l'Union, aux exigences du droit constitutionnel.

355. Sans qu'il soit nécessaire d'analyser en détail sa décision, le juge tchèque au sujet de cette même directive emploiera strictement le même raisonnement et aboutira à une solution identique[4]. Au demeurant, il a d'ailleurs de manière générale et implicite complètement calqué l'activation ou la désactivation de son contrôle des actes de transposition des directives sur les décisions allemandes *Solange*[5].

356. En définitive, ces deux sanctions d'un acte de transposition ne rentrent pas véritablement en contradiction avec le droit de l'Union et ne peuvent donc être valablement qualifiées de réalisation des réserves de constitutionnalité formulée en théorie par les juges constitutionnels, puisque la directive n'est ni contrôlée, pas même de façon indirecte, ni définitivement rendue inapplicable. Ce constat est d'autant plus avéré lorsque l'on considère que le respect des droits fondamentaux fait également partie des exigences imposées par le droit de l'Union lors de sa mise en œuvre par les États. Pourtant, compte tenu des

[1] *Ibid.*, point 46.
[2] Voir en ce sens, C.C.F.A, Émissions de gaz à effet de serre, décision précitée.
[3] C.C.F.A, Rétention des données, décision précitée.
[4] C.C.T., 22 mars 2011, rétention des données des services de télécommunication, n° PL. ÚS 24/10.
[5] Voir sur ce point la décision C.C.T., 3 mai 2006, mandat d'arrêt européen, n° Pl. ÚS 66/04, qui aborde cette question même s'il ne s'agissait pas en l'espèce de la transposition d'une directive.

considérations des deux juges, il est possible d'imaginer qu'une confrontation, non plus avec les droits fondamentaux, mais avec d'autres principes constitutionnels pourrait quant à elle être qualifiée de réserve de souveraineté réalisée. Elle permettrait la réactivation du contrôle indépendamment de la marge de manœuvre laissée au législateur et mènerait, en l'absence d'une telle marge, à une sanction au moins indirecte de la directive, situation évidemment génératrice d'un manquement, puisque cette dernière serait rendue inapplicable.

2. La transposition du mandat d'arrêt européen

357. Le raisonnement relatif à la marge de manœuvre fut encore largement abordé au sujet d'un dernier type d'acte, la décision-cadre portant sur le mandat d'arrêt européen adoptée dans le troisième pilier[1]. Sans revenir sur la nature d'un tel acte, il convient néanmoins de rappeler qu'il n'est doté d'aucun effet direct, de même qu'il échappe à la compétence de la Cour de justice, sauf à ce que l'État concerné y ait explicitement consenti. De plus, il laisse aux États une grande marge d'appréciation dans sa transposition, puisque n'a pour objectif qu'une simple harmonisation. Un contrôle tenant à son applicabilité dans l'ordre juridique interne et impliquant sa confrontation indirecte avec l'identité constitutionnelle a ainsi, de même que pour les directives, été réalisé dans plusieurs États membres.

En Allemagne, en France, en République tchèque et à Chypre, ce contrôle ne remit pas ou seulement temporairement en cause l'applicabilité du mandat d'arrêt européen, soit qu'au moyen d'une interprétation favorable au droit de l'Union, l'acte interne de transposition ne fut pas sanctionné, soit que la sanction de celui-ci ne fut prononcée qu'en considération de la marge d'appréciation offerte par la décision-cadre au législateur national (a). Il faut toutefois observer qu'il s'en fallut de peu, pour que le mandat d'arrêt européen ne soit rendu définitivement inapplicable en Pologne, où la décision-cadre elle-même, indépendamment de la marge d'appréciation du législateur, fut interprétée par le juge polonais comme entrant directement en conflit avec le droit constitutionnel. Une adaptation des effets de sa décision,

[1] Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190 du 18/7/2002, pp. 1-20 ; Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, JO L 81 du 27/3/2009, pp. 24–36 ; voir pour une analyse détaillée de la décision cadre, PRECHAL S., « La mise en œuvre des décisions-cadres une leçon pour les futures directives pénales ? », in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droit nationaux, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 225-251.

lui permit néanmoins d'éviter le pire en laissant temporairement en vigueur la norme de transposition dans l'attente d'une révision constitutionnelle (b).

a) Une transposition sanctionnée en raison de la marge d'appréciation du législateur

358. Les juges allemand, chypriote, français, italien et tchèque ont profité de cette opportunité que leur offrait la marge d'appréciation reconnue au législateur national, afin de se reconnaître compétent pour contrôler la constitutionnalité de la loi interne de transposition du mandat d'arrêt européen, notamment au regard des droits fondamentaux constitutionnellement garantis[1]. Ils sont tous parvenus, parfois après renvoi auprès de la Cour de justice[2], au même constat préliminaire, la décision-cadre permettait au législateur une transposition conforme à la Constitution.

359. Le juge tchèque conclut, au moyen d'une interprétation tenant explicitement compte des principes du droit de l'Union, à une absence d'incompatibilité. Contrairement à cette position, les juges allemands et français ont pour leur part sanctionné le législateur n'ayant pas correctement usé de sa marge de manœuvre et par là même empêchèrent au moins temporairement et partiellement l'application de la décision-cadre[3]. Le juge constitutionnel chypriote adopta un raisonnement analogue en parvenant d'ailleurs à la même solution que les juges allemand et français. Enfin, le juge italien sanctionna partiellement l'acte de transposition dans la mesure où le législateur, par l'usage de sa marge d'appréciation, avait établi une discrimination entre les ressortissants italiens et les ressortissants des autres États membres résidants en Italie. Or, il conçut cette discrimination comme incompatible tant au regard du droit constitutionnel que du droit de l'Union.

360. Ainsi, à aucun moment la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen ne fut interprétée dans ces États comme entrant directement en conflit avec leurs dispositions ou leur identité constitutionnelle. En cela, la décision du juge polonais apparaît différente.

[1] C.C.F.A., 18 Juillet 2005, mandat d'arrêt européen, n° 2 BvR 2236/04 ; C.S.C., 7 novembre 2005, mandat d'arrêt européen, n° 294/2005. ; C.C., 14 juin 2013 Jeremy F. 2, n° 2013-314 QPC ; C.C.I., 21 juin 2010, n° 227/2010 ; C.C.T., mandat d'arrêt européen, décision précitée.
[2] C.C., 4 avril 2013, Jeremy F., n° 2013-314P QPC.
[3] Voir au sujet de l'Allemagne LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *op.cit.*, p. 459.

b) Une transposition sanctionnée en raison du fond de la décision-cadre

361. Le juge polonais fut également saisi de l'acte de transposition interne de la décision-cadre[1]. Il a toutefois fondé sa compétence sur une autre motivation que celle des juges précédents, puisqu'indépendamment de la marge d'appréciation laissée au législateur, il se reconnaît une compétence générale afin de contrôler la constitutionnalité des actes de transposition. Cette compétence, si elle peut sembler acceptable dans le cas d'espèce, pourrait apparaître comme très problématique au sujet d'un acte de droit dérivé appelant une transposition sans marge de manœuvre, d'autant plus si l'on observe que le juge présente comme limitée l'obligation d'interpréter le droit constitutionnel en conformité avec le droit de l'Union. Il s'agirait donc de la réalisation potentielle d'une réserve de constitutionnalité. D'ailleurs, le Tribunal constitutionnel polonais sanctionna la loi de transposition et conseilla vivement au constituant de réviser la Constitution au sujet de l'impossibilité d'extrader les nationaux[2], révision sans laquelle il serait impossible d'adopter une loi de transposition conforme. Il a non seulement contrôlé directement l'acte interne, mais également au moins indirectement la décision-cadre. Néanmoins, il modéra le risque d'engager la responsabilité de l'État polonais par la réalisation d'une réserve de souveraineté, en ne laissant pas inappliquée la décision-cadre. Il a ainsi décidé en considération de l'obligation constitutionnelle de se soumettre à l'observation du droit international et de l'Union, ainsi que des sanctions prévues par ce dernier, de décaler les effets dans le temps de sa décision, laissant donc temporairement en vigueur la loi de transposition, jusqu'à ce que le constituant soit intervenu. Ce dernier a finalement révisé la Constitution avant l'expiration du délai de 18 mois fixé par le juge constitutionnel[3]. La décision-cadre n'a donc jamais cessé de s'appliquer en Pologne et le manquement polonais par la réalisation d'une réserve de souveraineté put être évité de justesse.

362. Finalement, force est de constater que si la confrontation entre le mandat d'arrêt et la Constitution polonaise fut frontale, de même que l'incompatibilité de l'acte de transposition directement liée à la teneur de l'acte européen, il n'empêche que par la modulation des effets de sa décision, le juge constitutionnel polonais a permis, contrairement aux juges français, allemand, italien et chypriote, une application ininterrompue de la décision-cadre.

[1] T.C.P., 27 avril 2005, mandat d'arrêt européen, n° P 1/05.
[2] Constitution polonaise, précitée, article 55.
[3] Loi constitutionnelle du 8 septembre 2006 portant révision de la Constitution polonaise, JO RP, 2006, n° 200, p. 1471).

363. Dans l'ensemble de ces décisions, sont donc bien acceptées par les différentes juridictions constitutionnelles tant leur incompétence pour contrôler directement la constitutionnalité d'un acte de droit dérivé, ou du moins pour en sanctionner la validité, que leurs nouvelles compétences relatives au contrôle de conventionalité, parfois déguisé en contrôle de constitutionnalité, afin de garantir la conformité du droit interne au droit dérivé. Cette soumission des juges nationaux se réalise dans un objectif d'ouverture, celui de garantir le respect d'obligations qui, inhérentes au droit de l'Union, se voient désormais attribuées une valeur constitutionnelle. Il s'agit par conséquent pour ces juges de se limiter au contrôle d'applicabilité du droit dérivé, par la sanction directe d'un acte interne venant l'exécuter, le transposer ou encore permettant l'exécution générale du traité. Cette potentielle inapplication est, dans la majeure partie des cas, justifiée par la volonté des États formulant des réserves de constitutionnalité de préserver un certain nombre de principes constitutionnels essentiels rattachés implicitement ou explicitement à leur identité constitutionnelle. Elle résulte finalement d'un conflit normatif, « manifestation d'une illégalité complexe caractérisée par le rapport dual et, en l'occurrence contradictoire qu'entretient simultanément l'acte d'exécution avec la règle européenne et le reste du droit national »[1], imposant au juge national de « substituer à la collision de droit un système de priorité »[2]. Si la méthode de détermination des principes prioritaires, c'est-à-dire opposables à l'application du droit dérivé, apparaît très diversifiée selon les États et découle de justifications aussi différentes qu'évolutives, elle procède d'une réception partagée et constitutionnellement encadrée de la primauté dans les ordres juridiques internes des États ayant formulé des réserves de constitutionnalité. La réalisation de ces réserves serait clairement constitutive, pour l'État qui l'entreprendrait, d'une situation de manquement.

---

[1] MEDHI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 615-637.

[2] FORIERS P., « Les antinomies du droit », *in La pensée politique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 439-441 ; voir également DUBOUT E., « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une *supra*constitutionnalité ? », *op.cit.*, pp. 467-468, qui présente cette démarche « comme le tour de force de réussir à rendre compatibles, sans les hiérarchiser, les exigences européennes et les normes constitutionnelles », mais conclut sur ce point que « plus qu'une conciliation, l'identité constitutionnelle remplit avant tout la fonction de préserver la *suprématie* de la Constitution dans la hiérarchie des normes », l'identité bénéficiant ainsi « d'une supériorité hiérarchique sur les exigences découlant du droit de l'Union » ; voir encore DEROSIER J.-P., « Le noyau constitutionnel identitaire frein à l'intégration européenne, contribution à une étude normativiste comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *op.cit.*, évoquant une primauté « conditionnée par le respect de ce noyau identitaire » ; voir enfin RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op.cit.*, p. 24, « Il en résulte une subordination de l'acceptation de la primauté du droit communautaire au respect par les institutions de la Communauté de l'identité constitutionnelle nationale ».

Toutefois, leur mise en œuvre reste très exceptionnelle[1], voire seulement « potentielle »[2]. Elle demeure une « hypothèse d'école »[3], pour ne pas dire qu'elle serait de nature « mythologique »[4]. En effet, en dehors du contrôle de la marge d'appréciation nationale, qui au demeurant n'implique pas une collision frontale entre le droit constitutionnel et l'acte du droit de l'Union à transposer, seule la situation particulière du mandat d'arrêt européen aura finalement conduit à une confrontation directe entre la Constitution polonaise et la décision-cadre, dont l'inapplicabilité prononcée par le juge constitutionnel fut somme toute résolue en faveur du droit de l'Union par la modulation des effets de sa décision et l'intervention ultérieure du constituant. Il ne s'agirait tout au plus que de menaces adressées à l'Union dans un monologue prescriptif, un coup de semonce réalisé en vue de l'intimider sans réellement porter atteinte à la validité, à l'applicabilité ou à l'unité de son droit, de sorte que cette dernière prenne en compte, tant dans la formulation que dans l'interprétation de ce dernier, ce que les États membres conservent de plus essentiel, leur identité constitutionnelle. En somme, il s'agit d'une « revendication »[5], celle d'un droit au respect de leur identité constitutionnelle par l'Union et plus particulièrement par son juge.

Le recours à une méthode alternative de protection identitaire semble donc privilégié par les juges nationaux. Sa mise en œuvre débute, tel qu'il vient d'être observé, par l'interprétation favorable au droit de l'Union du droit interne permettant ainsi d'écarter l'existence d'un conflit normatif entre identité et primauté. Cette interprétation favorable se voit néanmoins combinée à l'exigence que l'Union prenne elle-même en considération l'identité constitutionnelle des États lorsqu'elle y sera amenée. La méthode se poursuit alors logiquement dans le renvoi préjudiciel de ces conflits normatifs vers la Cour de justice. Ainsi, d'un monologue prescriptif incitant au respect identitaire par la menace d'une exécution des réserves de souveraineté, les juges nationaux en viennent à inviter la Cour à prendre en compte leur identité par la conciliation, dans un dialogue qui apparaît désormais ouvert.

---

[1] La même idée se dégage des travaux de MAGNON X., « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les Cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *op.cit.*, p. 141, lorsqu'il considère que « l'équilibre s'établit ainsi : la renonciation de principe à l'exercice du contrôle est contrebalancée par un contrôle exceptionnel ».

[2] DORD O., « Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne », *op.cit.*.

[3] SIMON D., « L'autonomisation du contrôle d'euro-compatibilité : une rupture épistémologique dans les rapports de systèmes ? », *op.cit.*, p. 511.

[4] Voir ZAMPINI F., « Cour constitutionnelle italienne et revirements en droit européen : du dualisme à la dichotomie », *op.cit.*, p. 335.

[5] RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op.cit.*, p. 24.

Paragraphe 2 : L'invitation au respect identitaire par la conciliation, un dialogue ouvert par le juge national

364. L'inexécution des réserves de souveraineté implique que la persistance d'une protection souveraine de l'identité constitutionnelle demeure hypothétique. Elle ne trouverait à se réaliser que dans le cas d'un conflit avéré entre l'identité constitutionnelle de l'État et le droit de l'Union. Or, avant de considérer que ce conflit puisse exister, il semble nécessaire de trouver une méthode qui permette de l'éviter. Cette méthode précéderait ainsi une éventuelle protection souveraine et unilatérale de l'identité constitutionnelle, telle qu'elle résulterait de l'exécution des réserves de souveraineté en cas de conflit normatif avéré et non résoluble par l'interprétation du droit interne. Le recours préalable à une méthode alternative de protection identitaire désormais fondée sur le dialogue avec la Cour de justice et la conciliation des intérêts réciproques, semble ainsi tout indiqué. Il convient donc de déterminer si une telle méthode peut se déceler dans les rapports entre les juges nationaux et de l'Union, tout autant que d'évaluer sa nature. Pour ce faire il semble que le renvoi préjudiciel soit un outil pertinent à disposition des juges nationaux aux fins de concilier, par l'instauration d'un dialogue inter-juridictionnel, exigences du droit de l'Union et protection de l'identité constitutionnelle (A). Or, si cet outil s'avère effectivement employé dans ce cadre par les juges nationaux dont les juges constitutionnels, alors il semble permis de qualifier cette méthode au regard de la théorie du pluralisme juridique qu'il conviendra au préalable de définir (B).

A. Le renvoi préjudiciel, outil de conciliation des intérêts respectifs par le dialogue

365. Une méthode de protection identitaire alternative à la méthode souveraine peut simplement consister en un recours préjudiciel adressé par le juge national à son homologue de l'Union, au moyen duquel il solliciterait en substance une interprétation bienveillante du droit de l'Union vis-à-vis d'une composante menacée de l'identité constitutionnelle, en invoquant si nécessaire le principe du respect de l'identité nationale tel qu'il est dorénavant inscrit dans le traité. L'objectif serait donc d'éviter le conflit normatif par l'interprétation de la Cour de justice avant que celui-ci ne se produise. Il faut donc déterminer si en pratique le renvoi préjudiciel a été utilisé par les juges nationaux aux fins de concilier les intérêts respectifs de l'Union et des États, en le substituant de la sorte à la mise en œuvre d'une protection unilatérale et souveraine de l'identité vis-à-vis du droit de l'Union. Or, une telle

méthode semble non seulement possible, mais également privilégiée par les juridictions nationales. En effet, lorsque les juges ont formulé les limites relatives à la préservation de l'identité constitutionnelle, ils ont corrélativement posé certaines conditions à la recevabilité des recours ayant pour objet, de la faire prévaloir sur le droit dérivé. Dès les décisions *Solange* et Frontini, les juges constitutionnels allemands et italiens imposaient déjà au juge ordinaire de saisir au préalable le juge de l'Union. De même le juge constitutionnel espagnol reconnaît désormais l'obligation de nature constitutionnelle qui est celle du juge ordinaire d'exercer le renvoi[1]. Le Conseil constitutionnel n'a lui-même pas manqué d'intimer au juge ordinaire, le devoir de saisir la Cour de Justice en certaines circonstances. Cette obligation du juge ordinaire répondrait notamment de la carence générée par le refus des juges constitutionnels de la saisir elle-même[2]. Ainsi institutionnalisé et imposé, le dialogue direct entre les juges permet de considérer la notion d'identité constitutionnelle comme l'instrument d'une conciliation raisonnée entre les exigences existentielles réciproques des États et de l'Union. Initialement, un tel dialogue fut surtout ouvert au sujet des caractéristiques identitaires partagées par les deux ordres juridiques, dont la protection des droits fondamentaux apparaît la plus emblématique (1). Ensuite, le dialogue s'est même ouvert sur les caractéristiques identitaires pourtant spécifiques à l'ordre juridique étatique (2).

1. Le renvoi préjudiciel du contrôle relatif aux traits identitaires communs, l'exemple des droits fondamentaux

366. Le développement progressif d'une protection intégrée des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union[3], a permis le dépassement des réserves de souveraineté formulées par les juges nationaux tenant à la nécessité de maintenir le niveau de protection qui leur est constitutionnellement accordé. Ce dépassement se réalise par le dialogue[4], les droits fondamentaux apparaissant dès lors « comme un vecteur de communication croissante entre ordres et systèmes juridiques », tant par « besoin de sécurité et de légitimité » que par leur

[1] Voir sur ce point, LE BARBIER-LE BRIS M., « L'obligation de renvoi préjudiciel revisitée par la Cour constitutionnelle espagnole », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI*.,* 2012*,* pp. 387-404.
[2] Voir en ce sens, RITLENG D., « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI*.,* 2012*,* p. 586.
[3] Voir *infra* sur ce point (607 et s.).
[4] BERROD F., « Plaidoyer pour une union de droit dans la diversité des systèmes judiciaires nationaux », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz*,* 2010*,* pp. 81-101 qui évoque « la construction d'un partenariat juridictionnel », ainsi que « la convergence des systèmes juridictionnels ».

« nature fondatrice et universaliste »[1]. Par le constat d'une équivalence de protection entre l'échelon étatique et l'échelon européen[2], désormais confortée par la charte des droits fondamentaux[3], les juges nationaux ont ainsi reconnu la compétence exclusive de la Cour de justice pour en assurer le respect par le droit de l'Union et par son application dans les ordres juridiques internes, en fournissant une interprétation de ce dernier qui leur soit compatible. Une telle démarche s'observe aisément dans les jurisprudences allemande et italienne, mais également dans la jurisprudence française où se pose en outre la question du rattachement des droits fondamentaux à l'identité constitutionnelle, dans la mesure où cette dernière n'est pas précisément identifiée selon un critère formel inhérent à la nature supraconstitutionnelle et intangible des normes y étant rattachées comme cela était le cas pour les États précédents.

367. La série jurisprudentielle allemande *Solange* en offre la meilleure illustration. D'une volonté, dans l'arrêt *Solange* I, de conserver sa mission de les garantir, la Cour constitutionnelle considérait alors qu'une telle mission « ne saurait lui être enlevée par une autre juridiction »[4]. Pourtant, elle l'abandonnera quelques années plus tard au profit de la Cour de justice dans sa décision *Solange* II. Dans cette décision, le juge allemand reprit dans un premier temps l'intégralité des considérations tenues dans l'arrêt *Solange* I. Seulement, à la suite d'un examen détaillé de la protection des droits fondamentaux dans l'Union, il constata cette fois qu'il existait désormais un niveau de protection équivalent à celui offert par la Constitution allemande. Il conclut par conséquent à l'inutilité de contrôler leur respect à l'échelon constitutionnel lors de l'application des règlements européens[5], s'en remettant ainsi à la Cour de justice et à son contrôle vis-à-vis du standard de l'Union. Une autre décision plus récente qualifiée par la doctrine de *Solange* III confirme cette approche[6], précisant qu'elle

[1] DUBOUT E. et TOUZE S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *in* DUBOUT E. et TOUZE S., *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, pp. 16 et s.

[2] Voir sur ce point, ROSSETTO J., « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *op.cit.*, p. 458 ; voir également LENAERTS K., « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 631 « La mise en œuvre concrète de la traduction des droits fondamentaux témoigne bien de ce que la détermination d'un sens commun, dans l'ordre juridique communautaire intégré, passe essentiellement par la coopération entre les juges, et ce au service du respect des identités constitutionnelles » ; voir aussi SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, p. 159 et s.

[3] Voir ZILLER J., « La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux et les traditions constitutionnelles communes aux États », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI., 2012, pp. 665-679 et plus spécifiquement p. 670 au sujet de « l'ouverture de la question préjudicielle en interprétation de la Charte ».

[4] C.C.F.A., Solange I, décision précitée, point 6.

[5] C.C.F.A., Solange II, décision précitée.

[6] C.C.F.A., marché de la banane, décision précitée.

resterait valable aussi longtemps que la protection demeurerait équivalente. Enfin, cette solution vaut tout autant pour le contrôle des actes de transposition des directives[1]. L'abandon de ce contrôle n'est donc pas total et définitif, mais plutôt conditionné. Il est susceptible de se voir réactivé dans la situation, au demeurant irréaliste et peu probable, où un recul serait opéré dans le niveau de protection accordé aux droits fondamentaux par l'ordre juridique de l'Union. Dans ces conditions, le juge constitutionnel allemand rejette dorénavant et systématiquement l'ensemble des recours lui étant adressés pour ce motif à l'encontre des actes internes d'application ou de transposition du droit de l'Union, lorsque ce dernier ne laisse aucune marge nationale d'appréciation. De plus, il invite si nécessaire le juge ordinaire à saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, lorsqu'un doute tenant au respect des droits fondamentaux par l'acte européen ou son application viendrait à se déclarer.

Un tel dessaisissement du juge constitutionnel au sujet du respect des droits fondamentaux s'observe de même en Italie. D'abord, la Cour constitutionnelle s'est attachée à démontrer d'une part, que l'existence d'une protection juridictionnelle équivalente et désormais intégrée des droits fondamentaux est garantie par « la plénitude des fonctions attribuées à la Cour de justice »[2], tant dans le cadre du contrôle de légalité que dans celui des recours préjudiciels. Ensuite, elle précisait que les compétences de l'Union, limitées aux matières économiques, ne pourraient vraisemblablement pas porter atteinte aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis. Cette dernière réflexion apparaît plus douteuse au regard des évolutions ultérieures de l'ordre juridique de l'Union et des compétences attribuées à cette dernière. La réflexion du juge italien semble donc fondée, à l'image du juge allemand, sur sa confiance envers l'Union, puisque désactivant son contrôle pour les mêmes motivations que celles observées dans la décision *Solange* II. Toutefois, il se réserve également la faculté de connaître à nouveau de tels recours dirigés à l'encontre de l'application du droit de l'Union, si cette dernière en venait par une « interprétation aberrante » du Traité à tout de même violer les droits fondamentaux, tels qu'ils sont désormais garantis par les deux ordres juridiques. Cette limite à la désactivation du contrôle de la Cour constitutionnelle italienne apparaît encore une fois très similaire à celle du juge allemand.

De pareilles considérations se retrouvent enfin en Espagne, le juge constitutionnel considérant qu'une violation du droit à la protection juridictionnelle effective naîtrait du refus

[1] C.C.F.A, Émissions de gaz à effet de serre, décision précitée.
[2] C.C.I., Frontini, décision précitée, point 9.

d'une juridiction nationale ordinaire de saisir la Cour de justice, dès lors qu'un droit fondamental serait en cause[1].

368. La réserve française étant plus récente, il n'a finalement jamais été question d'y intégrer les droits fondamentaux comme motif de contrôle indirect de l'applicabilité des actes du droit de l'Union. Ainsi, s'agissant du contrôle des actes de transposition d'une directive ne laissant pas de marge d'appréciation au législateur, l'exception au dessaisissement du juge constitutionnel ou plus largement national tenant à la protection des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France n'inclut que des principes qui ne trouveraient pas leur équivalent en droit de l'Union[2]. Or le constat d'une protection équivalente des droits fondamentaux au niveau européen suffit à considérer que ces derniers sont partagés par les deux ordres juridiques. D'un point de vue historique, il semble difficile d'exclure les droits fondamentaux de l'identité constitutionnelle française. Cela est d'autant plus vrai que leur importance s'est développée dans le système constitutionnel, non seulement en conséquence de l'adhésion de la France à la Convention européenne des droits de l'Homme, mais également en considération du rôle essentiel qu'a pu jouer le Conseil constitutionnel dans leur rattachement au bloc de constitutionnalité[3]. Aussi le refus de contrôler leur respect ne doit pas être considéré comme leur exclusion pure et simple de l'identité constitutionnelle française, mais comme la reconnaissance d'une part de la protection équivalente assurée au niveau européen et d'autre part de la compétence exclusive de la Cour de justice en la matière, qui justifient ainsi l'abandon d'un contrôle national de l'application du droit dérivé sur ce fondement[4].

Dès lors, le juge constitutionnel invite le juge ordinaire à saisir le juge de l'Union d'un renvoi préjudiciel si un doute existe au sujet de la compatibilité de la directive et de son applicabilité avec les droits fondamentaux désormais considérés dans ce cadre selon le standard européen[5]. Le cas particulier de la QPC confirme cette approche. Exclusivement

---

[1] T.C.E, 25 mars et 31 mai 1993, Fagosa, n° 111/93 et 180/93 ; voir également TRÉGUIER M.-L., « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européennes et droits fondamentaux », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 258 et s.

[2] C.E., Arcelor I, décision précitée.

[3] C.C., 27 décembre 1973, Taxation d'office, n° 73-51 DC, point 2 ; C.C., 15 janvier 1975, I.V.G, n° 74-54 DC, point 8.

[4] Voir par exemple : C.C., confiance dans l'économie numérique, décision précitée, point 7 ; C.C., communications électroniques et services de communication audiovisuelle, décision précitée, point 18 ; C.C., protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, décision précitée, point 7.

[5] *Ibidem*.

destinée à la protection des droits fondamentaux, en organisant un contrôle *a posteriori* de leur respect par les actes législatifs sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, la saisine de la Cour de justice, préalable à celle du Conseil constitutionnel, est apparue au yeux du juge de l'Union comme une condition de sa validité. Il imposa ainsi dans sa décision Melki, que le juge constitutionnel lui laisse la primeur de son interprétation en cas de QPC et de questions préjudicielles croisées[1], ce que le Conseil constitutionnel a semble-t-il accepté. En effet, il rejette d'une part, les QPC lui étant adressées lorsqu'elles sont relatives à la loi de transposition d'une directive ne laissant pas de marge d'appréciation et reconnaît d'autre part, la compétence exclusive de la Cour de justice, saisie le cas échéant par le juge ordinaire au moyen d'un renvoi préjudiciel, pour contrôler que la directive respecte les droits fondamentaux garantis par le traité[2]. Aussi dans ce cadre, le renvoi à l'appréciation de la Cour de justice du respect des droits fondamentaux par le droit de l'Union et par les actes internes de transposition du droit de l'Union est dès lors systématique et préalable à celle du Conseil constitutionnel[3]. Enfin, l'affaire Arcelor confirme cette systématicité de la saisine, au sujet de l'appréciation en conformité des directives avec les droits fondamentaux − ici le principe d'égalité − et par conséquent le transfert du contrôle de constitutionnalité dans ce domaine au juge de l'Union. Il s'est d'ailleurs plié à son interprétation[4], nonobstant la différence entre les conceptions de ce principe par les deux ordres juridiques[5], alors même que sa soumission aux interprétations de la Cour n'a jamais véritablement été acquise[1].

[1] CJUE, 22 juin 2010, Melki, Abdeli, Aff. jointes C-188/10 et C-189/10, points 56 et 57 ; voir également sur ce point, HAENEL H., « Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne », *op.cit.* ; voir aussi SIMON D., « Solange, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe*, juillet 2010, pp. 1-2.

[2] C.C., Kamel D., décision précitée, point 3 ; voir sur cette décision du Conseil la note de SIMON D., « Jurisprudence constitutionnelle », *Europe*, Mars 2011.

[3] Voir sur ce point, GUYOMAR M., « Conclusion sur CE ass., 8 février 2007, société Arcelor », *RTDE*, 2007, pp. 378 et s. : « le contrôle spécifique qu'exerce le Conseil constitutionnel aboutit, sous couvert d'un contrôle de constitutionnalité systématique du droit communautaire dérivé, à renoncer, dans la majeure partie des cas, à contrôler la conformité de la loi à la Constitution. Certes, cet abandon du contrôle ne concerne pas le « noyau dur » du bloc de constitutionnalité. Il est en outre compensé par le contrôle que la CJCE est à même d'exercer à l'échelle de l'ensemble de la Communauté pour apprécier la validité de la directive. Mais il n'y en a pas moins, dans une certaine mesure, un abandon du contrôle. ».

[4] C.E., 3 juin 2009, Arcelor II, n° 287110.

[5] Voir sur ce point LAURANS Y., « De la friture sur la ligne ? Les limites du dialogue des juges dans l'affaire « Arcelor » », *Politeia*, automne 2009, p. 87 et s., l'auteur y évoque la différence de conception du principe d'égalité entre les deux ordres juridiques tenant ou non au devoir de distinguer des situations différentes. Il en tire la conclusion, au constat de l'absence de prise en compte de cette distinction par le juge de l'Union et de la soumission du juge administratif à l'interprétation du juge de l'Union, qu'il s'agit plutôt là d'un monologue de la Cour de justice que d'un dialogue entre les deux juridictions ; voir également BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI*.,* 2012*,* p. 71, qui remarque de façon générale que « le juge acceptera ce transfert de compétence dès lors que le principe mis en commun bénéficie dans l'ordre juridique communautaire, d'une protection satisfaisante, et même si dans le détail la conception retenue en tant

369. Plusieurs affaires internes ayant donné lieu à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice ont ainsi soulevé une incompatibilité potentielle entre l'application d'un acte de droit de l'Union et les droits fondamentaux[2]. L'existence de ces affaires, dont une analyse plus poussée sera ultérieurement menée[3], tend à confirmer d'une part le dessaisissement des juges nationaux relatif au contrôle de constitutionnalité dans le domaine des droits fondamentaux, lorsqu'est en cause un acte de droit de l'Union et d'autre part son transfert vers la Cour de justice. Dans ce cadre le contrôle de constitutionnalité se mue en contrôle de conventionalité, la conformité de l'acte interne venant appliquer le droit dérivé n'étant plus vérifiée vis-à-vis du droit constitutionnel, mais appréciée en fonction du droit de l'Union. Les droits fondamentaux apparaissent ainsi comme l'une si ce n'est « la clef de l'imbrication des ordres juridiques »[4]. Qu'en est-il lorsque le contrôle mené par le juge national touche à des principes et dispositions à valeur constitutionnelle qui ne sont pas partagés par l'ordre juridique de l'Union.

2. Le renvoi préjudiciel du contrôle relatif au respect des spécificités identitaires

370. Si le renvoi à l'appréciation de la Cour de justice, des éléments tenant habituellement aux contrôles menés par les juges constitutionnels, est facilité dans le domaine des droits fondamentaux par l'existence d'une protection équivalente en droit de l'Union, le renvoi de ce contrôle lorsqu'il touche à des éléments propres à l'identité constitutionnelle d'un État membre n'est pas aussi évident[5]. Pourtant, il est loisible d'observer au moins dans certains États membres, un transfert du contrôle de ces éléments vers la Cour de justice, ainsi que l'organisation d'un dialogue inter-juridictionnel tenant à leur conciliation avec les exigences du droit de l'Union. Les concepts partagés d'identité constitutionnelle en droit national et

---

que conception "commune" ne correspond pas exactement à la conception nationale, l'approche relevant donc plus d'un test d'efficacité que d'un test d'identité, de "mêmeté" ».

[1] Voir sur ce point, DIEU F., « Le Conseil d'État face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel : une position délicate », *RTDE*, 2007, pp. 473-490.

[2] Voir par exemple : au sujet de la dignité humaine, CJCE, 14 octobre 2004, Omega, Aff. C-36/02 ; au sujet de la liberté d'expression et de manifestation CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, Aff. C-112/00 ; au sujet du droit au procès équitable CJCE, 28 mars 2000, Krombach, Aff. C-7/98 et CJUE, 26 février 2013, Melloni, Aff. C 399/11 ; au sujet du droit de mener des actions collectives, CJCE, 11 décembre 2007, Viking Line, Aff. C-438/05 et CJCE, 18 décembre 2007, Laval un partneri, Aff. C-341/05.

[3] Voir *infra*, (Partie 2, titre 2 Chapitre 1 dans son ensemble, §607 et s.), pour leurs analyses détaillées.

[4] Voir en ce sens, SINOPOLI L., « Les droits fondamentaux, clef de l'imbrication des ordres juridiques: la CJCE restitue le dernier mot à l'ordre juridique de l'Union européenne », *Gazette du Palais*, février 2009, pp. 39-52.

[5] Voir en ce sens, DUBOUT E. et TOUZE S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *op.cit.*, p. 34 : « A l'opposé du verrouillage identitaire, les droits fondamentaux vont servir une approche finaliste débouchant sur un croisement transcendentaliste entre ordres juridiques ».

d'identité nationale en droit de l'Union apparaissent alors « comme des éléments déterminants du dialogue des juges »[1]. Ce dialogue s'apprécie d'autant plus dans les décisions préjudicielles de la Cour de justice, au sein desquels il est loisible d'observer les arguments des juges internes relatifs au respect de l'identité nationale[2], dans la mesure où une accessibilité limitée aux décisions des juges ordinaires des États membres empêche de le faire au regard de leurs jurisprudences internes. Il faudra par ailleurs opposer à cette démarche, celle des juges français, la jurisprudence du juge constitutionnel telle que précisée par les réflexions du juge administratif tendant à exclure qu'un tel renvoi vers la Cour de justice puisse être effectué.

371. S'agissant des États au sein desquels les juges nationaux ont entrepris de renvoyer de tels éléments à l'appréciation de la Cour de justice, il est question en général de la solliciter dans le cadre du contrôle de conventionalité, afin qu'elle évalue la compatibilité avec le droit de l'Union de mesures nationales ayant une incidence directe ou indirecte sur l'application de ce dernier, alors même que ces mesures ont pour objet, selon les arguments justificatifs formulés par les juges, de protéger une composante de l'identité constitutionnelle propre à l'État concerné. Ne seront toutefois envisagés ici que les renvois préjudiciels les plus représentatifs de ce transfert.

Des mesures internes mettant en œuvre une protection nationale de l'identité linguistique ont tout d'abord été renvoyées par les juges de plusieurs États membres à l'appréciation de la Cour de justice. C'est ainsi le cas dans l'arrêt Groener[3], affaire dans laquelle l'Irlande entendait conditionner l'accès à la fonction d'enseignant par la maîtrise du gaëlique, afin de promouvoir cette dernière telle qu'elle est d'ailleurs évoquée dans le texte constitutionnel. C'est également le cas pour le pluralisme linguistique Belge et Espagnol dans les affaires UPECB[4] et UTECA[5]. C'est encore le cas dans l'affaire Vardyn[6], plus récente, au sein de laquelle le juge ordinaire lituanien justifiait une mesure nationale potentiellement restrictive par la volonté de protéger la langue officielle, en considération d'ailleurs d'une obligation dégagée par le juge constitutionnel dans une décision antérieure. Le juge

[1] MARTIN S., « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle » », *op.cit.*, p. 39 et s.
[2] LENAERTS K., « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 12, l'auteur traitant de la question de « la coopération judiciaire au service de la traduction du respect des identités constitutionnelles ».
[3] CJCE, 28 novembre 1989, Groener, Aff. C-379/87.
[4] CJCE, 13 décembre 2007, UPECB, Aff. C-250/06.
[5] CJCE, 5 mars 2009, UTECA, Aff. C-222/07.
[6] Arrêt Runevič-Vardyn et Wardyn, précité.

constitutionnel y précisait au sujet de l'article 14 de la Constitution disposant de la langue officielle nationale que « le but de cette norme est de garantir l'identité de la nation en tant que créateur de l'État »[1]. Ensuite, d'autres mesures nationales justifiées cette fois sur le terrain de l'autonomie territoriale ont également été renvoyées à l'appréciation de la Cour de justice par certains juges nationaux. Il en va ainsi de l'organisation territoriale très spécifique du Royaume-Uni prévue par son « système constitutionnel » dans le cadre de la politique agricole commune et de l'octroi à des autorités régionales de compétences législatives[2]. De même des mesures nationales, soit potentiellement restrictives et justifiées par les juges nationaux en considération de l'organisation fédérale Belge à propos du régime de l'assurance soin[3], ou de l'organisation fédérale autrichienne en matière d'acquisition de biens immobiliers[4], soit instituant une éventuelle aide d'État au caractère sélectif et justifiée par l'organisation régionale espagnole[5], ont été soumises aux interprétations de la Cour de justice. L'organisation républicaine autrichienne, en tant qu'élément de justification de suppression des particules nobiliaires pour la gestion administrative des noms patronymiques, a également fait l'objet d'un tel renvoi, afin de motiver une mesure nationale potentiellement restrictive à l'encontre de la liberté de circulation des citoyens européens et éventuellement contraire à la citoyenneté européenne[6]. Enfin, de pareilles considérations peuvent être tenues à l'égard de l'identité politique des États membres, en matière de définition des conditions d'obtention et de retrait de la nationalité[7] et d'accès aux droits notamment de vote découlant de la citoyenneté[8], tous deux ayant également été transmis à l'appréciation de la juridiction de l'Union, afin d'évaluer la justification d'atteinte portée par des mesures nationales envers la citoyenneté européenne et/ou la liberté de circulation des citoyens européens.

L'usage du mécanisme préjudiciel dans ce cadre touche logiquement les États à l'instar de l'Autriche ou de la Belgique qui semblent s'être les plus ouverts, sans restrictions ni réserves, aux effets du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne[9], mais elle concerne également d'autres États membres parmi lesquels ceux ayant formulé les réserves de

[1] C.C.Lit., 21 octobre 1999, rédaction des prénoms et noms de famille dans les passeports des citoyens lituaniens, point IV.
[2] CJCE, 16 juillet 2009, Horvath, Aff. C-428/07.
[3] CJCE, 1 avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, Aff. C-212/06.
[4] CJCE, 1er juin 1999, Konle, Aff. C-302/97.
[5] CJCE, 11 septembre 2008, UGT-Rioja, Aff. C-428/06 à C-434/06.
[6] CJUE, 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, Aff. C-208/09.
[7] CJUE, 2 mars 2010, Rottman, Aff. C-135/08.
[8] CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Sevinger, Aff. C-300/04.
[9] Voir pour le cas autrichien, PEYROU-PISTOULEY S., « Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien », *RFDC*, 2001/2, p. 250.

constitutionnalité les plus explicites telles que l'Allemagne et l'Espagne. Aussi, la volonté de préserver en dernier recours une faculté unilatérale de protection de l'identité constitutionnelle ne les a pas empêchés d'ouvrir au préalable un dialogue direct avec la Cour de justice, afin de trouver une solution pacifique à la résolution de conflits normatifs potentiels.

372. S'agissant du cas français, si le juge constitutionnel formule clairement une réserve de constitutionnalité tenant à sa volonté de conserver une faculté de protection des éléments juridiques inhérents à l'identité constitutionnelle de la France et exclut en outre de pouvoir adresser lui-même un renvoi préjudiciel à la Cour de justice, du moins jusqu'à très récemment, il demeure laconique quant à la question d'un tel renvoi par le juge ordinaire. Or, le Conseil d'État a tranché en théorie cette question dans l'arrêt Arcelor[1], au sein duquel il distingue d'une part, les arguments des requérants tenant à la constitutionnalité d'un acte réglementaire, lorsqu'est en cause un principe partagé par la constitution et le droit de l'Union, et d'autre part, ceux relatifs à un principe exclusivement saisi par le droit constitutionnel. Dans le premier cas, la juridiction administrative, en se conformant aux critères dégagés par le juge de l'Union dans l'arrêt Cilfit[2], entend clairement assurer si nécessaire le renvoi préjudiciel. Dans le second cas, il précise que « *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* ». Une telle situation ne s'est pas encore produite, aussi cette affirmation ne reste que théorique. Pourtant la formule ne laisse guère de place au doute. Le renvoi préjudiciel apparaît clairement exclu des solutions à disposition du juge national, une seule s'offrant finalement à lui, celle d'un contrôle unilatéral de l'acte de transposition pouvant mener à l'inapplicabilité de l'acte européen et par là même au manquement de l'État français.

Le transfert du contrôle de constitutionnalité vers le juge de l'Union n'apparaît donc que partiel en France et ne semble pas pouvoir concerner les domaines matériels couverts par la réserve identitaire, c'est-à-dire ce qui apparaît selon les propos du président Mazeaud comme « crucial et distinctif »[3]. Il est toutefois envisageable que la récente ouverture du Conseil constitutionnel au mécanisme préjudiciel puisse ici changer la donne et amener ce

[1] C.E., Arcelor I, décision précitée.
[2] Arrêt CILFIT, précité, points 10, 16 et 20 ; voir *supra* (276§).
[3] Selon MAZAEAUD P., « *Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République* », Paris, 3 janvier 2005, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-18/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51930.html.

dernier, dans les cas où un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France serait menacé par l'application effective du droit de l'Union, à saisir au préalable la Cour de justice avant de rendre sa décision, de telle sorte que le conflit de normes puisse être écarté par une appréciation favorable à la préservation de l'identité constitutionnelle.

373. Dans tous les cas, la tendance actuelle des juges nationaux à embrasser le dialogue préjudiciel direct avec la Cour de justice permet d'envisager l'idée d'un transfert de plus en plus assumé du contrôle de constitutionnalité vers le juge de l'Union par la translation de questions relevant du domaine constitutionnel vers le domaine européen. Le renvoi préjudiciel instaurant le dialogue des juges ici dans le cadre « des données constitutionnelles nationales et européennes » est un révélateur, celui de « l'imbrication des compétences juridictionnelles » et plus largement des ordres juridiques nationaux et de l'Union, non sans incidence « sur la hiérarchie au sein des ordres juridictionnels nationaux », cette dernière s'effaçant « au profit de la coopération imposée pour l'interprétation du droit communautaire »[1]. Il convient désormais de vérifier si un tel transfert peut se voir confirmé par l'utilisation du mécanisme préjudiciel par les juges constitutionnels eux-mêmes, dans la mesure où il serait tant le signe perceptible d'une consolidation du dialogue entre les juges, que celui d'une ouverture progressive des États membres aux méthodes du pluralisme, tel qu'il est décrit par la doctrine.

B. Un dialogue des juges consolidé, vers un pluralisme juridique

374. L'ouverture des juges nationaux au dialogue dans le cadre de l'identité constitutionnelle est effective, même si elle n'est parfois que partielle. Cette ouverture permet donc l'existence d'une méthode de protection identitaire alternative à la protection souveraine et unilatérale. Or, il apparaît désormais nécessaire de déterminer la nature de cette méthode. À bien y regarder, elle conduit à la translation partielle du contrôle de constitutionnalité vers la Cour de justice, c'est-à-dire « à transposer l'examen de la question en cause du terrain national sur le terrain communautaire »[2]. D'abord ce transfert semble confirmé par

[1] POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D*., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 139 et s .

[2] NGAMBI J., « Un pas supplémentaire dans l'assimilation du principe de primauté par le Conseil d'État, l'affaire Arcelor », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 704 et s., voir également sur ce point, BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union

l'utilisation de plus en plus répandue du renvoi préjudiciel par les juges constitutionnels eux-mêmes (1). Ensuite, combinée avec les analyses relatives à l'adaptation précédemment décelée des ordres juridiques nationaux afin de se conformer aux exigences du droit de l'Union, cette translation du contrôle de constitutionnalité semble en outre autoriser un rapprochement entre la logique de cette méthode alternative de protection identitaire et celle du pluralisme juridique ordonné par le dialogue des juges tel qu'il est décrit par la doctrine (2).

1. Un transfert du contrôle de constitutionnalité confirmé par l'ouverture progressive des Cours constitutionnelles au dialogue préjudiciel

375. La limite habituellement retenue par la doctrine à l'égard du dialogue entre les juges est celle du refus fréquent des Cours constitutionnelles, d'engager un dialogue direct avec la Cour de justice. Ce refus peut très facilement se comprendre par la volonté des juges constitutionnels de ne pas avoir à se soumettre aux interprétations de la Cour de justice, puisque premier interprète de la constitution, ils seraient alors tenus de faire prévaloir systématiquement ces interprétations sur le droit constitutionnel lui-même, ce qui apparaît évidemment incompatible tant avec une logique de suprématie absolue de la constitution dans l'ordre juridique interne, qu'avec l'« autonomie » du juge constitutionnel[1]. Pourtant, juge de dernière instance et parfois même de première et dernière instance, ils devraient être tenus, selon les critères de l'arrêt CILFIT, d'employer le mécanisme préjudiciel en cas de doute sur l'interprétation à donner au droit de l'Union.

Nonobstant cette prescription, rares étaient jusqu'alors les juridictions constitutionnelles s'étant reconnues la compétence de saisir la Cour de justice, sans que cela soit toutefois sanctionné par cette dernière, lorsque le renvoi reste possible devant le juge

européenne », *op.cit.*, p. 69 et s ; voir aussi ROSSETTO J., « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *op.cit.*, p.462.

[1] Voir en ce sens, RITLENG D., « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », *op.cit.*, p. 588 : « Sans doute le refus d'entamer un dialogue direct avec la Cour de justice avait-il à voir avec la souveraineté sourcilleuse des juges constitutionnels qui voyaient le renvoi préjudiciel moins comme un outil de coopération que comme un instrument de subordination, le dialogue informel présentant lui, l'avantage de leur laisser une autonomie dans la réception des messages de la Cour de justice » ; voir également au sujet des droits fondamentaux constitutionnellement garantis, ZAGREBELSY V., « table ronde », *in La Commission européenne et le Droit - Dynamique institutionnelle et régulation de la concurrence dans une Communauté de droit,* Paris, 25 au 27 juin 2006, voir http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2005-commission-europeenne-droit-concurrence/Commission-europeenne-actes.pdf : « certaines Cours constitutionnelles refusent de se reconnaître "autorité juridictionnelle" au sens de l'article 234 du TCE afin de maintenir leur propre autonomie comme ultime garant des droits fondamentaux prévus par les constitutions dans le domaine national ».

ordinaire[1]. Or cette tendance est progressivement en train de s'estomper voire de s'inverser, puisqu'une dizaine de Cours constitutionnelles ont d'ores et déjà soit saisi la juridiction de l'Union, soit n'ont pas rejeté l'éventualité de le faire[2]. Le dialogue direct entre la Cour de justice et le juge constitutionnel, qui simplifie grandement la régulation des conflits normatifs potentiels de plus en plus fréquents entre droit de l'Union et droit constitutionnel, s'impose avec d'autant plus de force au juge constitutionnel, que le droit de l'Union s'immisce désormais par les clauses d'ouverture à l'Union dans le droit constitutionnel.

376. En effet, pendant longtemps, seule d'une part la Cour suprême irlandaise en charge du contrôle de constitutionnalité[3], puis d'autre part les Cours constitutionnelles belges[4] et autrichiennes[5], se reconnaissaient une telle compétence[6]. L'ouverture tend néanmoins progressivement à se généraliser, les juges constitutionnels lituaniens[7], italiens[8] et espagnols[9] s'y étant eux même essayés, lorsque les juges allemands[10], polonais[1] et portugais[2] se

[1] Arrêt Melki, Abdeli, précité.
[2] Voir, RITLENG D., « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », *op.cit.*, p. 588 et s. ; voir aussi PEIFFERT O., « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 21.
[3] CJCE, 3 décembre 1992, Thomas Anthony O'Brien, Aff. C-86/90 ; CJCE, 15 février 1996, Duff e.a., Aff. C-63/93 ; CJCE, 30 juillet 1996, Bosphorus, Aff. C-84/95 ; CJCE, 30 novembre 2000, HMIL, Aff. C-436/98 ; CJCE, 14 décembre 2000, Masterfoods, Aff. C-344/98 ; CJCE, 18 octobre 2001, SIAC Construction, Aff. C-19/00 ; CJCE, Ryanair, Aff. C-382/03 (clôturée) ; CJCE, 2 mai 2006, Eurofood, Aff. C-341/04 ; CJCE, 13 juillet 2006, Cauley Chemists, Aff. C-221/05 ; CJCE, 2 octobre 2008, Hassett, Aff. C-372/07 ; CJCE, 20 novembre 2008, LtdetBarry Brothers, Aff. C-209/07 ; CJUE, 5 octobre 2010, J. McB., Aff. C-400/10 ; CJUE, 27 novembre 2012, Pringle, Aff. C-370/12 ; CJUE, 11 avril 2013, Sweetman, Aff. C-258/11 ; CJUE, H.N., Aff. C-604/12 (pendante).
[4] CJCE, 16 juillet 1998, Fédération Belge des chambres syndicales de médecins, Aff. C-93/97 ; CJCE, 1er octobre 2004, Clerens, Aff. C-480/03 (non publiée) ; CJCE, 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, Aff. C-303/05 ; CJCE, 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone, Aff. C-305/05 ; CJCE, 1er avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, Aff. C-212/06 ; CJUE, 13 avril 2010, Bressol, Aff. C-73/08 ; CJUE, 6 octobre 2010, Base NV, Aff. C-389/08 ; CJUE, 21 octobre 2010, I. B., Aff. C-306/09 ; CJUE, 1er mars 2011, Test-achats, Aff. C-236/09 ; CJUE, 16 février 2012, Solvay, Aff. C-182/10 ; CJUE, 22 mars 2012, Inter-Environnement Bruxelles, Aff. C-567/10 ; CJUE, 31 janvier 2013, Belgish petroleum, Aff. C-26/11 ; CJUE, 8 mai 2013, Libert, Aff. jointes C-197/11 et 203/11 ; CJUE, 21 mars 2013, Belgacom, Aff. C-375/11 ; CJUE, Fédération des maisons de repos privées de Belgique, Aff. C-57/12 (pendante) ; CJUE, I.B.V. & Cie SA, Aff. C-195/12 (pendante) ; CJUE, Institut professionnel des agents immobiliers, Aff. C-473/12 (pendante) ; CJUE, Kleynen, Aff. C-99/13 (pendante).
[5] CJCE, 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline, Aff. C-143/99 ; CJCE, 8 mai 2003, Wählergruppe Geminsam, Aff. C-171/01 ; CJCE, 20 mai 2003, Österreichischer Rundfunk, Aff. jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01.
[6] Voir en ce sens, TRÉGUIER M.-L., « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européennes et droits fondamentaux », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 250-275.
[7] CJCE, 9 octobre 2008, Sabatauskas, Aff. C-239/07.
[8] CJCE, 17 novembre 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, Aff. C-168/08 ; voir également sur ce point ROUDIER K., « L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : le dialogue direct entre les juges finalement instauré », *in VIIe Congrès français de droit constitutionnel de l'AFDC,* Paris, 25 et 27 septembre 2008, portant sur l'acceptation de se soumettre au renvoi préjudiciel par la Cour constitutionnelle italienne en contraste avec d'autres juridictions constitutionnelles.
[9] CJUE, 26 février 2013, Melloni, Aff. C-399/11.
[10] C.C.F.A., 3 mars 2010, Rétention des données, n° 1 BVR 256/08 ,1 BvR 263/08 et 1 BvR 586/08, point 185, le juge allemand rejette dans le cas d'espèce le renvoi préjudiciel au motif que l'affaire ne présentait pas de lien

reconnaissent être liés par le mécanisme préjudiciel. C'est encore très dernièrement le cas du Conseil constitutionnel qui vient enfin, au sujet d'une QPC, de franchir le pas[3]. Il était alors question pour le juge français de déterminer si le législateur avait ou non une marge d'appréciation dans la transposition du mandat d'arrêt européen, avant de pouvoir dans la positive contrôler la constitutionnalité de l'acte interne vis-à-vis des droits fondamentaux constitutionnellement garantis. La Cour de justice a en l'espèce considéré qu'une telle marge d'appréciation existait[4], il n'est à ce titre pas certain que le Conseil constitutionnel eut rejeté sa compétence si la Cour de justice avait retenu une décision contraire.

Il est possible dans l'examen de ces affaires ayant donné lieu à un renvoi de distinguer, comme le propose Dominique Ritleng, deux situations différentes[5]. Dans la première, la volonté du juge constitutionnel est celle de « garantir la primauté du droit de l'Union »[6], en faisant valoir, en tant qu'exigence désormais constitutionnalisée, une application correcte du droit de l'Union. Cette application est alors vérifiée au niveau interne par l'exercice d'un contrôle de conventionalité plus ou moins déguisé en contrôle de constitutionnalité, duquel peut naître le besoin d'une interprétation de la Cour de justice qui, le cas échéant, sera parfois amenée à prendre en considération certaines composantes de l'identité constitutionnelle de l'État concerné[7]. Au contraire dans la seconde, ce renvoi est exercé, essentiellement dans le

direct avec l'efficacité du droit de l'Union, mais n'exclut pas qu'un tel renvoi puisse être effectué dans le cas contraire.

[1] T.C.P., 11 mai 2005, appartenance de la Pologne à l'Union européenne, n° K 18/04, point 18, le juge polonais admet dans sa décision que la Cour constitutionnelle puisse, conformément d'une part à l'obligation constitutionnelle d'appliquer le droit de l'Union et en considération d'autre part de son devoir de contrôler tant la constitutionnalité que la conventionalité des lois, saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel.

[2] T.C.Port., 23 mai 1990, Diario da Republica, n° 163/90 ; T.C.Port., 14 février 1991, Moreira da Costa et Mulher, n° 28/1991.

[3] C.C., Jeremy F., décision précitée; C.C., Jeremy F. 2, décision précitée ; voir également SIMON D., « "Il y a toujours une première fois". - À propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe*, mai 2013, pp. 6-10 ; voir aussi SIMON D., « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », *Europe*, juillet 2013, pp. 4-5, le président du Conseil constitutionnel Jean-Louis Debré, directement interrogé par l'auteur, y affirme que « cette décision s'inscrit dans la philosophie profonde du « dialogue des juges » : chacun, à sa place, dans l'accomplissement des missions qui sont les siennes, doit chercher à prendre en compte l'action des autres juges car tous nous participons d'un idéal commun, celui d'une société où la règle de droit et son respect sont notre bien commun. Nous devons rechercher les solutions rendant seulement hypothétiques les conflits irrésolubles entre norme interne et norme internationale ou européenne » ; voir encore ROUSSEAU D., « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *La gazette du palais*, mai 2013, pp. 13-18 ; voir de même LEVADE A., « Anatomie d'une première: renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice ! », *La Semaine juridique. Édition générale*, 2013, pp. 1111-1114 ; Voir enfin, PUIG P., « Vers un nouveau "dialogue des juges" constitutionnel et européen », *RTD civ.*, 2013, pp. 564 et s.

[4] CJUE, 30 mai 2013, Jeremy F., Aff. C-168/13 PPU.

[5] RITLENG D., « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », *op.cit.*, p. 595 et s.

[6] C'est le cas notamment de nombreux renvois Belges, des renvois autrichiens et du renvoi italien, mais également du renvoi français.

[7] Voir par exemple : Arrêt Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, précité, présentant un lien avec l'autonomie territoriale de la Belgique ; Arrêt Base NV, précité, présentant quant à lui un lien avec l'autonomie institutionnelle de la Belgique, notamment au sujet

cadre des droits fondamentaux, afin « d'asseoir l'autorité de la Constitution sans mettre en cause celle de l'Union » par la recherche d'un équivalent matériel au sein du droit de l'Union. À la suite d'un recours en inconstitutionnalité dirigé à l'encontre d'un acte interne d'exécution ou de transposition d'un acte de l'Union, est ainsi à nouveau opérée une translation de la question de droit du domaine constitutionnel vers le domaine européen, de telle sorte que la suprématie de la première soit maintenue sans menacer la mise en œuvre du second[1]. Cette distinction permet à nouveau de mettre en lumière une attitude contradictoire de ces juges constitutionnels, partagés entre d'un côté la volonté d'ouvrir l'ordre juridique national aux exigences du droit de l'Union et de l'autre de ne pas compromettre la suprématie constitutionnelle, sur laquelle est d'ailleurs désormais assise l'ouverture au droit de l'Union.

377. Avec l'émergence de la notion d'identité constitutionnelle accompagnant et autorisant par son conditionnement l'ouverture des ordres juridiques nationaux, les juges constitutionnels sont de plus en plus régulièrement conduits à interpréter le droit de l'Union, tant celui-ci a pénétré le droit constitutionnel. Désormais, la conciliation entre le droit constitutionnel et plus spécifiquement encore l'identité constitutionnelle avec les exigences du processus d'intégration impose, si ce n'est de droit, au moins de fait le dialogue, et ce même au juge constitutionnel, qui dès lors s'ouvre progressivement à l'usage du renvoi préjudiciel. Or, cette ouverture confirme la translation des questions relatives au droit constitutionnel vers le domaine communautaire, ainsi que l'européanisation des Constitutions nationales et de l'office du juge constitutionnel[2], puis dans le même mouvement et lorsque cela apparaît nécessaire, le transfert de ce contrôle vers le juge de l'Union et en définitive la constitutionnalisation même du droit de l'Union[3]. Ce dessaisissement et cette soumission aux

---

des pouvoir réglementaire du parlement. Ces deux arrêts bénéficieront de développements plus détaillés par la suite, voir *infra* (§409 et §443 et s.).

[1] C'est le cas des autres renvois Belges, mais également des renvois espagnol et lituanien. Voir *infra* (§692), pour l'affaire Melloni.

[2] Voir par exemple sur ce point, OBERDORFF H., « L'européanisation du droit des États membres de l'Union européenne, réflexions sur une énigme », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 711-722 ; voir aussi CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *in Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 314 et s., l'auteur abordant la question de « l'européanisation des constitutions nationales ».

[3] Voir encore à titre d'exemple CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *in Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 318 et s. ; voir également GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 525-539 ; voir aussi MAUS D., « L'Europe constitutionnelle », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 129-144, selon lequel au sujet « d'un droit constitutionnel

exigences du droit de l'Union des juges constitutionnels ne seraient-ils pas le signe perceptible et confirmatif d'un remplacement de la méthode souveraine, par une méthode pluraliste de régulation des conflits potentiels entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel dont fait évidemment partie l'identité constitutionnelle ?

2. Vers un pluralisme juridique ordonné par le dialogue inter-juridictionnel

378. La notion de pluralisme est une notion doctrinale qui présente une certaine polysémie selon qu'elle soit développée par l'un ou l'autre des auteurs s'étant attachés à sa définition. Toutefois, l'objectif ici n'est pas celui de formuler une théorie ou encore une analyse doctrinale comparative du pluralisme[1]. Il s'agit plutôt d'opérer un rapprochement, à la lumière des analyses précédemment établies, entre d'une part les rapports entretenus par les ordres juridiques nationaux avec celui de l'Union et d'autre part les principes de base de la théorie du pluralisme.

379. Le pluralisme est une notion employée par la doctrine à l'instar de Pierre Brunet afin de décrire une relation complexe de « coexistence » entre plusieurs ordres juridiques « non hiérarchisés » qui seraient non seulement interconnectés, c'est-à-dire « imbriqués » dans un « réseau »[2], mais également autonomes, « indépendants » les uns des autres[3]. Elle se présente ainsi selon le même auteur comme une alternative, une voie médiane entre d'une part le dualisme qui suppose la séparation nette des ordres juridiques et par là même leur totale « indépendance » et d'autre part le monisme qui, nonobstant le choix opéré entre primauté du droit externe ou du droit interne, implique la « fusion » et la hiérarchisation des ordres

---

de plus en plus commun […] il ne s'agit pas uniquement d'énoncer une prédiction, mais tout simplement de constater qu'en ce qui concerne aussi bien les catalogues de droits fondamentaux que les relations entre les droits constitutionnels nationaux et les droits européens, l'affirmation ne peut guère être mise en cause » ; voir enfin *infra* (§750 et s.).

[1] Voir notamment pour une analyse comparée de ces divergences, LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *op.cit.*, pp. 446-450 ; voir aussi SCHMIED F., *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, *op.cit.*, pp. 47 à 50.

[2] Voir sur ce point OST F. et VAN DER KERCHOVE M., « De la pyramide au réseau ? », *RIDC*, 2003, pp. 730 et s. ; voir également des mêmes auteurs, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 596 p. ; BARRAUD B., *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, l'Harmattan, 2012, 392 p. ; voir enfin GIORGI F., « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », *in VIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

[3] BRUNET P., « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », *in* BRUNET P. et ARENA F., *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 53 ; voir du même auteur « L'articulation des normes », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 195-213.

juridiques en présence[1].

Qualifié de constitutionnel par Miguel Poiares Maduro, le pluralisme renvoie également à la coexistence « d'une pluralité de sources », cette fois « constitutionnelles », qui, par l'absence de hiérarchie entre elles, peut aboutir à une « situation potentiellement conflictuelle »[2]. Sur ce même constat de chevauchement et d'entrecroisement, Neil Walker soutient que la relation entre ordres juridiques est alors « horizontale plutôt que verticale - hétérarchique plutôt que hiérarchique »[3].

380. Une telle description correspond fortement aux relations qu'entretient l'ordre juridique des États membres avec celui de l'Union européenne. S'agissant premièrement de la question d'une absence de hiérarchie, il faut observé que si l'Union entendait par l'œuvre prétorienne de la Cour de justice imposer aux États une certaine hiérarchie, si ce n'est de validité, au moins d'applicabilité, par une conception absolue du principe de primauté, les États n'ont au niveau interne pas totalement cédé à ses prétentions. Ils revendiquent eux même la suprématie persistante du droit constitutionnel, qui pourtant adaptée par l'incorporation du droit de l'Union dans le droit constitutionnel, ne saurait ni s'effacer, ni se voir aménagée jusqu'à autoriser la violation de l'identité constitutionnelle. Il y a donc des revendications concurrentes de primauté et de suprématie qui ne peuvent être résolue sur la base d'un schéma classique de hiérarchie[4].

À ce titre, la constitutionnalisation des exigences tenant au droit de l'Union,

---

[1] BRUNET P., « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », *op.cit.*, p. 53 ; voir également SCHMIED F., *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, *op.cit.*, p. 45 et s.

[2] MADURO P., « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », *in* FRACKOWIAK-ADAMSKA A. et GRZESZCZAK R., *L'espace judiciaire européen*, Wroclaw, Université de Wroclaw, 2010, p. 221 ; voir du même auteur, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *in* Walker Neil, *Sovereignty in Transition,* Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 502-537 ; voir aussi du même auteur, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *in* WALKER N., *SYMPOSIUM: constitutionalism in an era of globalization and privatization*, Oxford, Oxford university press, 2008, pp. 373-396 ; voir encore du même auteur, « The Three Claims of Constitutional Pluralism », 2012, voir http://cosmopolis.wzb.eu/content/program/conkey_Maduro_Three-Claims-of-Pluralism.pdf.

[3] WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, p. 343 ; voir du même auteur, « Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law », *in Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, Cardiff, University of Wales Press, 2007, pp. 219-234; voir également à ce sujet MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, pp. 435-438.

[4] Voir par exemple sur ce point RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *op.cit.*, p. 678, l'auteur sur la base des mêmes constats appuie l'idée que « l'absence d'ordonnancement hiérarchique des normes qui est la cause [d'incertitudes] exprime la vérité actuelle de l'Union européenne, celle d'un pluralisme juridique » ; voir également SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 40, selon lequel : « En réalité, la question est moins insoluble qu'il n'y paraît, au moins si l'on cesse de raisonner en terme de hiérarchie normative et de rapports de systèmes ».

accompagnée d'un mouvement parallèle d'européanisation du droit constitutionnel, confirme non seulement l'absence de hiérarchie entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel en présupposant plutôt l'équivalence, mais corrobore en outre l'imbrication des ordres juridiques ainsi que leur « métissage »[1], ou encore leur « hybridation »[2]. Le droit de l'Union est désormais enchevêtré par cette constitutionnalisation dans le droit constitutionnel, de sorte que la hiérarchie au niveau interne soit non plus seulement verticale mais également « latérale »[3], prenant la forme de ce « luxuriant bosquet » pour emprunter à nouveau l'expression de Rostane Medhi[4], dont l'organisation tend alors à se rapprocher d'un réseau normatif. Une telle imbrication se ressent encore dans les effets de cette constitutionnalisation sur l'office du juge constitutionnel, par l'affaiblissement d'une frontière de plus en plus perméable entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité.

En effet, les exigences tenant au droit de l'Union deviennent également des obligations à valeur constitutionnelle, que le juge constitutionnel se doit donc de garantir comme telles. Elle se ressent d'autant plus dans l'ouverture des juges nationaux et plus particulièrement constitutionnels au dialogue préjudiciel qui, au-delà de la hiérarchie juridictionnelle interne, conduit à l'émergence d'un réseau juridictionnel tissé avec la Cour de justice. Au regard de ces analyses, il semble bien qu'un certain nombre d'indices tendent ainsi à confirmer la validité d'une conception pluraliste des rapports qu'entretiennent désormais les États membres avec l'Union.

381. Plus qu'une simple notion descriptive, le concept de « pluralisme ordonné » offre également des solutions visant à l'articulation de ces ordres juridiques, sans que l'imbrication ne conduise à la fusion ou que l'indépendance de chacun ne devienne totale[5]. La notion

[1] Voir en ce sens RADUCU I. et LEVRAT N. , « Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique) », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2007, p. 133 et s., selon lesquels : « Il devient dans cette perspective possible de ne plus voir en l'ordre juridique (national) un système fermé, soumis à des pressions engendrant des déformations, mais de le considérer comme un système ouvert, apte à recevoir à tous les niveaux des normes exogènes, ce qui produit un droit métis ».

[2] DELMAS-MARTY M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 966 et s.

[3] AUBY J-M., « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public éléments de problématique », *op.cit.*, p. 35.

[4] MEDHI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », *op.cit.*, p. 635.

[5] Voir DELMAS-MARTY M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op.cit.*, p. 951 : « Pour dépasser la contradiction il faut réussir à respecter la diversité tout en permettant une harmonie d'ensemble. Autrement dit, "préconiser un pluralisme ordonné" c'est prendre le pari qu'il est possible de renoncer au pluralisme de séparation – car la clôture des systèmes de droit est devenue illusoire à l'heure où la mondialisation multiplie les interdépendances, mais sans adhérer pour autant à l'utopie de l'unité juridique du monde au nom d'une sorte de pluralisme de fusion » ; voir du même auteur, *Les forces imaginantes du droit II - Le pluralisme ordonné*, Paris, du Seuil, 2006, 360 p.

prescrit ainsi une résolution « non hiérarchique » des conflits normatifs par la conciliation des intérêts respectifs, qui ne peut dès lors passer par l'exercice unilatéral de la souveraineté au niveau étatique. En s'appuyant essentiellement sur le rôle des juges par « le jeu des interprétations croisées »[1], et plus encore sur l'idée d'un « dialogue des juges »[2], le concept de pluralisme suppose, « une reconnaissance et un respect mutuel » entre les ordres juridiques[3], c'est à dire un respect réciproque de leurs « identités » respectives[4]. Il s'agirait ainsi, en référence à la technique de composition musicale du contrepoint, de parvenir « au droit contrapontique » entendu comme la superposition harmonique de plusieurs mélodies d'égale importance ou dignité, ici, « des narrations constitutionnelles », présentant pourtant des divergences[5].

Pour ce faire, la doctrine insiste sur les techniques d'interprétation des juges, impliquant alors que le pluralisme soit aussi juridictionnel. Si l'on se concentre sur les outils à disposition des juges nationaux afin d'ordonner le pluralisme dans leur office, trois techniques peuvent notamment être distinguées. D'abord, « l'interprétation conforme » vise en substance à donner une interprétation du droit interne, notamment constitutionnel, qui soit dans la mesure du possible compatible avec l'application du droit externe[6]. Ensuite, « l'interprétation par analogie » suppose l'identification dans l'ordre juridique externe de principes équivalents à ceux du droit constitutionnel et la « translation » des questions de droit qui les concerneraient dans l'autre domaine[7]. Enfin, il faut ajouter la possibilité d'un dialogue direct conformément à « un ensemble de principes discursifs »[8], c'est à dire au moyen « de principes communs de conversation »[9]. Sans alors nécessairement passer par l'analogie, ce dialogue permet au juge national de proposer à son homologue de l'ordre juridique externe, lorsque

---

[1] DELMAS-MARTY M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op.cit.*, p. 954.

[2] MADURO P., « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », *op.cit.*, p. 231 et s.

[3] WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *op.cit.*, p.343; voir dans le même sens, BRUNET P., « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », *op.cit.*, p. 54 selon lequel les ordres juridiques en présence ne doivent pas nier « l'indépendance ou la normativité de l'autre » ; voir enfin WEILER J. H. H., « In defense of the status quo : Europe's constitutionnal *Sonderweg* », *in* WEILER J. H. H. et WIND M., *European constitutionnalism beyond the state*, Cambridge, University of Cambridge press, 2003, p. 15 et s., qui en plus d'évoquer cette nécessité de reconnaissance et de respect mutuels envisage l'existence d'un « principe de tolérance » qui s'imposerait à l'Union.

[4] MADURO P., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *op.cit.*, p. 526.

[5] *Ibid.*, p. 524 et s.; voir aussi sur ce point CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », *op.cit.*, p. 92 et s., l'auteur utilise l'expression « contrapunctual law ».

[6] BRUNET P., « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », *op.cit.*, p. 65.

[7] *Ibid.*, p. 66.

[8] MADURO P., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *op.cit.*, p. 527.

[9] SCHMIED F., *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, *op.cit.*, p. 57.

celui-ci existe, une interprétation du droit externe favorable à « l'ajustement des revendications concurrentes »[1].

382. Ici encore les méthodes employées par les juges nationaux semblent corroborer l'existence d'un pluralisme de nature juridictionnelle. D'abord, ils ont accepté d'une part de ne pas exercer un contrôle direct des actes de droit dérivé et d'autre part, lorsque l'identité constitutionnelle n'est pas menacée, de désactiver dans la majeure partie des cas, le contrôle de constitutionnalité des actes internes de transposition ou d'exécution du droit de l'Union. Le contrôle se limite alors aux situations où seule la marge d'appréciation du législateur est en cause. En ce sens, ils ont désactivé leurs compétences souveraines en matière d'interprétation du droit interne et d'appréciation de sa conformité vis-à-vis du droit constitutionnel, au profit d'une application effective du droit de l'Union et d'une prise en considération de l'exigence existentielle de cette dernière, c'est-à-dire du principe de primauté et de ses corollaires. La réactivation de ces compétences est alors circonscrite à la nécessité de protéger l'identité constitutionnelle, si un conflit normatif avéré avec le droit de l'Union devait effectivement la menacer sans que celui-ci ne puisse être au préalable écarté.

Ils ont ensuite développé certaines techniques d'interprétation et de dialogue visant justement à empêcher l'avènement de tels conflits normatifs. La première est l'interprétation conforme au droit de l'Union du droit interne et plus particulièrement constitutionnel, en donnant par conséquent un sens à la norme constitutionnelle qui n'entre pas en conflit avec l'application du droit de l'Union. Cette technique permet alors d'écarter les violations prétendues du droit constitutionnel, y compris pour des éléments tenant à l'identité constitutionnelle. Ils ont d'ailleurs également mis en œuvre le contrôle de conventionalité des actes internes, afin de s'assurer d'une correcte application du droit de l'Union.

En outre, ils pratiquent de même l'interprétation par analogie, en recherchant au sein du droit de l'Union des principes équivalents à ceux du droit constitutionnel dont un requérant aurait allégué la violation devant le juge interne. Cela concerne essentiellement la protection des droits fondamentaux qui, par la translation des questions relevant du domaine constitutionnel vers le domaine européen au constat d'une protection équivalente, implique en certaines occasions le renvoi préjudiciel vers la Cour de justice. Est ainsi opéré un transfert du contrôle habituellement mené par le juge national, plus particulièrement constitutionnel, vers

[1] MADURO P., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *op.cit.*, p. 525 et 527.

le juge de l'Union[1].

S'agissant enfin du transfert vers le juge de l'Union de questions cette fois relatives à un conflit potentiel entre des éléments spécifiques de l'identité constitutionnelle et le droit de l'Union, les juges nationaux privilégient généralement et de façon préalable le dialogue préjudiciel. Dans ce cadre, les évocations croisées et itératives des notions « d'identité constitutionnelle » et « d'identité nationale », dans les jurisprudences nationales et de l'Union, de même que dans le droit primaire, conduisent à penser qu'il s'agit de l'un de « ces principes communs de conversation » qui permettent par le dialogue de parvenir à une conciliation raisonnée des intérêts respectifs divergents. Ainsi, malgré l'absence d'un équivalent matériel dans le droit de l'Union de ces dispositions ou principes à valeur constitutionnelle menacés, une conciliation devient toutefois possible entre identité constitutionnelle et primauté du droit de l'Union. De cette façon le conflit normatif peut être à nouveau écarté et la protection souveraine de l'identité constitutionnelle par l'État membre évitée.

383. En somme, les rapports entre ordres juridiques nationaux et de l'Union correspondent à la notion de pluralisme juridique, de même que l'usage des techniques d'interprétation et d'ouverture au dialogue employées par les juges nationaux autour de la notion d'identité correspondent à celle de pluralisme juridictionnel. Le pluralisme apparaît donc être, dans le cadre du processus d'intégration, une alternative originale, convaincante et efficace à la méthode souveraine et unilatérale qui, habituellement employée par les États pour assurer la protection de leur identité vis-à-vis des droits externes, se voit dès lors « neutralisée »[2]. Comme le soulève Didier Maus, ajoutant la Cour européenne des droits de l'homme à l'équation, il reste néanmoins que, si « le dialogue entre les Cours européennes et les Cours nationales permet en général d'éviter de vrais affrontements », se pose toujours la question de savoir « quel sera le juge suprême en Europe »[3], c'est-à-dire de déterminer qui aura le dernier mot. En effet, rien n'indique que les juges nationaux suivront en toutes circonstances

[1] C'est en substance, pour ne citer qu'elle, la solution qui s'est dégagée dans l'affaire Arcelor et qui fut à plusieurs reprise mise en lien par la doctrine avec la théorie du pluralisme : voir en ce sens CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », *op.cit.*, p. 93 ; GUYOMAR M., « Conclusion sur CE ass., 8 février 2007, société Arcelor », *RTDE*, 2007, p. 385 ; GUYOMAR M. et SIMON D., « La hiérarchie des normes en Europe », *op.cit.*, p. 15 ; RITLENG D., « Le pluralisme juridique vu par le Conseil d'État français, un bon pluralisme ? », *op.cit.*, pp. 3-6.

[2] Voir JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *op.cit.*, p. 25 ; voir également GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *op.cit.*, p. 310 et s.

[3] MAUS D., « L'Europe constitutionnelle », *op.cit.*, p. 142.

l'interprétation donnée par la Cour de justice, notamment lorsqu'elle ne trancherait pas en faveur du respect de l'identité constitutionnelle. Or, n'est-ce pas là tout l'intérêt du pluralisme, que de ne pas le définir précisément ? Y répondre reviendrait à établir un lien hiérarchique entre les juges, que le pluralisme tend justement à éviter par le dialogue, ce dernier présupposant non seulement l'absence de conclusions prédéterminées et mais aussi l'égalité des participants.

384. Le pluralisme juridique apparaît être la notion explicative la plus indiquée pour décrire ce mécanisme d'adaptation des États. En effet, elle décrit l'adaptation de la hiérarchie normative aux fins de prise en compte d'un droit externe, de même qu'elle implique la conciliation par le juge, des exigences existentielles respectives. Pour être complété le pluralisme doit néanmoins être partagé par cet autre ordre juridique, en l'espèce celui de l'Union, le juge européen devant également ouvrir son ordre juridique aux prétentions étatiques par la prise en compte effective des identités constitutionnelles.

La question n'est donc plus de déterminer si les juges nationaux acceptent de restreindre leur autonomie dans l'exercice des contrôles juridictionnels internes ou d'ouvrir le dialogue centré autour de leur identité constitutionnelle, mais bien de savoir si d'une part le juge de l'Union acceptera de la prendre en compte, et d'autre part s'ils daigneront se soumettre à cette interprétation. En effet, ils peuvent toujours, au constat d'une atteinte à leur identité, aller à son encontre en réactivant les compétences souveraines pourtant transférées et ainsi exécuter leurs menaces, voir exercer en définitive leur droit de retrait. Si l'exercice de la souveraineté par l'État est « neutralisé » ou encore désactivé, ce dernier n'en est toutefois pas dépossédé au sens formel terme. Le pluralisme est donc une alternative convaincante à la protection souveraine, mais encore faut-il qu'il soit partagé.

Conclusion du chapitre 2 :

385. Dans le processus d'intégration, les États n'ont normalement plus la capacité unilatérale d'encadrer le fonctionnement concret de l'Union par le contrôle interne de ses actes. Ainsi, il ne devrait pas pouvoir en contrôler la validité, l'applicabilité ou les effets dans l'ordre juridique interne. Pourtant, les États membres et plus particulièrement leurs juridictions constitutionnelles ont clairement posé le principe d'un encadrement constitutionnel de la primauté du droit de l'Union fondé sur sa réception par une disposition

constitutionnelle. Cet encadrement les conduit certes à accepter la primauté, mais surtout à lui poser en théorie des limites qui, matériellement semblables, sont néanmoins justifiées sur des bases juridiques divergentes selon l'État concerné. Tantôt fondées sur l'existence de certaines dispositions supraconstitutionnelles, tantôt fondées sur la suprématie partielle ou générale de la constitution, ces limites s'appuient explicitement ou parfois plus implicitement sur la volonté de protéger l'identité constitutionnelle.

Ainsi l'État, souverainement limité par le transfert de compétences envers l'Union, accepte de désactiver le contrôle de constitutionnalité des actes internes de transposition ou d'application du droit dérivé, à la seule condition que l'exercice de ces compétences par l'Union ne porte pas atteinte à son identité constitutionnelle. La notion d'identité constitutionnelle apparaît donc à nouveau comme un verrou théorique, cette fois des effets du droit dérivé dans l'ordre juridique interne, et par là même comme une limite au processus d'intégration.

386. Si dans la pratique les juges nationaux ont effectivement et à plusieurs reprises mis en œuvre de tels contrôles du droit dérivé, ils n'auront finalement jamais définitivement empêché l'applicabilité du droit dérivé ou nuit à son effectivité. Ainsi, l'existence de ces contrôles conduit plutôt les juges internes à rappeler et préciser la réserve théorique de souveraineté, afin d'adresser un message à la Cour de justice et plus largement à l'Union au sein de ce qui pourrait être qualifié de « dialogue informel » voire, de « monologues » prescriptifs des juges nationaux[1]. Le message se présente ainsi comme une menace souveraine. Si le droit de l'Union ou son juge ne prennent pas en compte l'identité constitutionnelle des États concernés, alors les juges nationaux n'hésiteront pas à sanctionner l'applicabilité du droit dérivé.

Cette prescription implique par conséquent la recherche d'une alternative à la

[1] Voir sur ce point RITLENG D., « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI*.,* 2012*,* p. 588 : « les relations entre les cours constitutionnelles et la Cour de justice n'ont longtemps pris la forme que de ce qui pouvait être vu, au mieux, comme un dialogue informel et, au pire, comme une juxtaposition de deux monologues. Ce n'est pas, on le sait bien, que juges constitutionnels et Cour de justice ne s'adressaient pas de messages, ce n'est pas que chacun restait sourd au discours tenu par l'autre mais, enfin, leurs échanges n'empruntaient pas la voie du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE » ; voir au sujet de la distinction entre dialogue et monologue, BOUCHARD N. et DANIEL M.-F., Penser le Dialogue en éducation éthique, Québec, PUQ, 2010, p. 139, selon lesquels l'ouverture du dialogue, entendue comme l'absence de conclusion prédéterminée, semble être au cœur de la définition d'un dialogue ouvert. La réciproque de cette affirmation l'explique : si les conclusions d'une discussion sont déjà prédéterminées, alors, ne serait-ce que fonctionnellement, il s'agit d'un monologue, c'est-à-dire d'une interaction dans laquelle l'évolution du discours est contrôlée par un seul participant quel que soit l'écart qui le sépare de la perspective de ses vis-à-vis. Il s'ensuit que le processus dialogique suppose un élément de réciprocité : chaque participant doit laisser l'occasion d'influencer l'évolution du discours ».

concrétisation de cette menace, afin de résoudre le conflit potentiel de normes avant sa réalisation. Une telle alternative est rendue possible par la conciliation des exigences réciproques, d'une part au moyen d'une utilisation de techniques d'interprétation favorables au droit de l'Union et d'autre part grâce au renvoi préjudiciel dans le cadre de l'identité constitutionnelle. La notion d'identité constitutionnelle, plus qu'une simple « norme de résistance »[1], devient alors un « principe commun de discussion », ce que l'on pourrait encore qualifier de principe dialogique entre les ordres juridiques étatiques et de l'Union en participant à l'ouverture des ordres juridiques nationaux, elle devient ainsi une « norme de convergence »[2]. De nombreux indices tendent à conclure que cette méthode alternative de protection identitaire est celle du « pluralisme ordonné » par un véritable dialogue inter-juridictionnel, en ce qu'elle permet d'endiguer la réactivation des compétences souveraines, tout en rendant possible la conciliation de l'inconciliable, la diversité des États et l'Unité du droit de l'Union. Cette méthode, pour laquelle le respect de l'identité nationale par l'Union est une condition, traduit indéniablement l'originalité des rapports entre État membre et Union européenne et contribue subséquemment à souligner la singularité de sa nature face au droit international ordinaire.

[1] MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 31 et s.
[2] *Ibid.*, p. 201 et s.

Conclusion du titre 2 :

387. La protection de l'identité constitutionnelle passe classiquement par l'exercice de la souveraineté. De ce fait, la méthode de protection de l'identité constitutionnelle est d'abord et avant tout unilatérale. Or, dans le cadre de l'Union, l'exercice étatique de la souveraineté est atteint par le transfert de compétences souveraines. Cet affaiblissement se traduit par un risque potentiel pour l'État, de voir son identité constitutionnelle menacée par l'intégration européenne, sans alors pouvoir lui-même la protéger. Ce risque résulte essentiellement d'une interprétation absolue du principe de primauté fournie par le juge de l'Union et de sa juxtaposition à des principes corollaires tels que ceux de coopération loyale ou d'effet direct.

388. L'interprétation absolue conférée au principe de primauté par le juge de l'Union doit néanmoins être relativisée pour deux raisons. D'abord constitutionnellement réceptionnée par les États membres, ils n'acceptèrent pas de s'y plier sans certaines réserves tenant justement à la protection de leur identité constitutionnelle. Ensuite, il sera observé que le juge de l'Union a lui-même aménagé le principe de primauté de telle sorte que puissent être pris en compte, par l'interprétation du droit de l'Union ou par l'exception à son application, des éléments propres aux ordres juridiques nationaux et relevant de leur identité constitutionnelle. Il n'empêche que les États ont dû aménager les méthodes de protection de leurs identités constitutionnelles qui étaient jusque-là fondées sur la souveraineté et l'unilatéralisme.

Ainsi, il fut observé qu'aux réserves théoriques initialement formulées par les juridictions nationales et prescrivant de façon persistante une protection souveraine et unilatérale en cas d'atteinte à l'identité constitutionnelle, se substitue en pratique une véritable ouverture des ordres juridiques nationaux afin de parvenir à la conciliation des exigences existentielles réciproques. Finalement, cette ouverture caractérisée à l'aune du pluralisme et ayant rendu possible l'aménagement des méthodes de protection identitaire aux fins de se conformer aux exigences nées du droit de l'Union, n'est pas sans renseigner sur la nature singulière de la construction européenne.

Conclusion de la Partie 1

389. La notion d'identité constitutionnelle est une notion générique hautement hétérogène, puisqu'elle varie sensiblement selon son utilisation par un État ou l'autre. Il n'empêche que dans une démarche comparative, il est possible de déceler certaines grandes catégories de principes et de valeurs associés par les États membres au contenu de leur identité.

D'abord, plusieurs juridictions constitutionnelles ont pu identifier comme relevant de l'identité constitutionnelle certaines des caractéristiques relatives à la structure institutionnelle et territoriale, à l'organisation politique, à la nationalité, à la langue, au rapport à la religion, de même qu'à la nature sociale de l'État. En somme, les juges font ici valoir au travers de la notion d'identité constitutionnelle, une identité de nature politico-institutionnelle et socioculturelle de l'État. Cette première catégorie de principes et valeurs opposables au droit de l'Union, sous couvert de leur appartenance à l'identité constitutionnelle de l'État, répond du premier sens donné au terme d'identité, en ce qu'elle renvoie à des éléments appréhendés différemment dans chaque État selon une « dimension individuelle », c'est à dire à leurs particularités, leur singularité, bref à leur « ipséité constitutionnelle »[1]. Dans ce cadre, l'identité constitutionnelle renvoie par sa proximité matérielle à la définition habituellement retenue de l'État-Nation, une communauté politique et culturelle à l'organisation autonome et spécifique.

Ensuite, les juridictions constitutionnelles ont, au moins pour certaines d'entre elles, identifié d'autres composantes de l'identité constitutionnelle que sont la démocratie, les droits fondamentaux et les principes de l'État de droit. Il s'agit alors d'une identité démocratique et libérale de l'État, qui répond pour sa part au second sens de la notion d'identité, puisqu'elle fait référence à des valeurs et principes qui ne distinguent plus les États membres les uns des autres, mais qui au contraire les regroupent par une acception pour ainsi dire commune. Il est alors question d'une dimension groupale de l'identité, en ce que ces caractéristiques sont partagées, similaires, équivalentes aux seins des États membres, elles mettent en lumière une « mêmeté constitutionnelle »[2]. Dans ce cadre, l'identité constitutionnelle s'inscrit dans le contexte du constitutionnalisme libéral, entendu comme une limitation du pouvoir étatique par

[1] BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 75 et s.
[2] *Ibid.*, p. 60 et s.

la reconnaissance et la garantie de droits notamment politiques aux individus qui les composent.

390. La protection de l'identité constitutionnelle passe classiquement par l'exercice de la souveraineté. De ce fait, elle est d'abord et avant tout unilatérale. Or, dans le cadre de l'Union, l'exercice étatique de la souveraineté est clairement atteint par le transfert de compétences souveraines. Cet affaiblissement se traduit par un risque potentiel pour l'État, de voir son identité constitutionnelle menacée par l'intégration européenne, sans alors pouvoir lui-même la protéger.

En premier lieu, ce risque est clairement perçu par les États, lorsqu'ils envisagent d'adhérer à l'Union ou de réviser les traités et se concrétise même parfois par le refus d'y procéder. La protection de l'identité constitutionnelle surgit alors dans les discours politiques comme un motif de justification de ces refus et pourrait même motiver le retrait d'un État. Ces situations mettent en lumière à la fois la crainte des États concernés de voir leur identité menacée, mais aussi l'importance pour eux de la protéger. Par conséquent, elle apparaît d'abord comme une limite politique à la participation de l'État au projet européen ou à son évolution, la protection se réalisant alors par l'usage externe de la souveraineté étatique.

En second lieu les États peuvent, indépendamment de leur volonté politique, se voir constitutionnellement et juridictionnellement contraints de refuser l'adhésion ou l'évolution du traité pour ces mêmes raisons identitaires. L'identité constitutionnelle apparaît alors dans le discours juridique. Cet encadrement du consentement étatique résulte du contrôle de compatibilité des traités et des limites à la révision constitutionnelle parfois consacrées dans certaines constitutions. Elle devient en conséquence une limite juridique à la participation de l'État au projet européen ou à son évolution, la protection se réalisant alors par l'encadrement constitutionnel de l'usage externe de la souveraineté.

En troisième lieu, la protection de l'identité constitutionnelle a été utilisée par les États pour justifier un certain encadrement de la pénétration du droit dérivé dans leur ordonnancement juridique. Bien qu'alors soumis aux règles de l'intégration, ils menacèrent de réactiver leurs compétences souveraines en vue de la protéger, si le droit de l'Union devait y porter atteinte. L'identité constitutionnelle est alors une limite juridique au processus d'intégration et au principe de primauté qui le sous-tend, en ce que sa protection justifierait l'inapplication d'un acte de droit dérivé au profit du droit national. Or, il fut observé que jamais les États n'ont finalement véritablement empêché l'application du droit dérivé pour cette raison. La réactivation des compétences souveraines est alors restée à l'état de simple

menace, dans ce qui peut être qualifié de monologues prescriptifs des juges nationaux. Cette dernière remarque conduit ainsi à s'interroger sur l'existence d'une autre méthode de protection de l'identité constitutionnelle qui aurait justement permis d'endiguer cette menace.

391. Ces trois premières situations sont clairement représentatives d'une pathologie au sein de la construction européenne, en ce qu'elles résultent de conflits normatifs potentiels ou avérés, c'est-à-dire d'un conflit entre ordres juridiques distincts, mais réciproquement influencés. L'identité apparaît alors comme une « norme de résistance »[1]. L'Union doit par conséquent se doter des moyens nécessaires afin de ne pas porter atteinte à l'identité constitutionnelle des États membres, d'une part en leur assurant que l'adhésion ou la ratification des nouveaux traités ne conduira pas à la menacer, et d'autre part en empêchant que les États mettent à exécution les menaces souveraines visant au conditionnement des effets du droit dérivé. C'est en cela que l'inscription dans les traités du principe du respect de l'identité nationale est apparue comme une solution tangible. D'abord, les juges nationaux y ont fait référence lors des contrôles de compatibilités des traités pour justifier la compatibilité de la ratification avec l'identité de l'État. Ensuite, elle est surtout devenue dans son lien avec la notion d'identité constitutionnelle, un principe commun de discussion ayant permis de concilier les intérêts réciproques et par là même d'éviter, par le recours au dialogue inter-juridictionnel, que les États ne mettent en œuvre leurs menaces et ne décident de protéger unilatéralement l'identité constitutionnelle.

Dans ce contexte, l'analyse des différentes manifestations de la notion d'identité constitutionnelle dans les discours politiques et juridiques met particulièrement en exergue l'aménagement des méthodes tenant à sa protection. Cet aménagement, selon que l'on se situe au stade de la formation des Traités ou à celui de leur mise en œuvre, c'est-à-dire dans le processus d'intégration, permet de déceler la transition d'un procédé exclusivement souverain vers une méthode pluraliste qui, fondée sur l'ouverture des ordres juridiques nationaux aux exigences du droit de l'Union, mène désormais à une logique de conciliation des intérêts réciproques par le dialogue des juges. L'identité constitutionnelle deviendrait alors une norme de « convergence »[2]. Cette transition, impliquant la désactivation progressive de l'exercice étatique de la souveraineté dans les rapports avec l'Union, ne renverrait-elle pas ainsi à la condition *sine qua non* de formation d'une organisation de type fédéral, qui ne peut être

[1] MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 31 et s.
[2] Ibid. p. 201 et s.

justement appréhendée, selon les réflexions d'Olivier Beaud[1], à la lumière de la souveraineté[2] ?

[1] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit.*, p. 59.
[2] Voir *infra* (§791), sur la question de la nature fédérale de l'Union.

Partie 2 : Une prise en compte fonctionnelle de l'identité nationale : le respect du particulier et la protection du commun

392. Pour qu'il soit possible d'envisager les rapports entre les États membres et l'Union à l'aune du pluralisme, encore faut-il que l'Union accepte d'ouvrir son propre ordre juridique aux exigences existentielles des États, de la même façon que les États ont accepté d'ouvrir le leur aux exigences de l'Union, à commencer par la primauté d'applicabilité de son droit, et ce même à l'encontre des règles constitutionnelles. En effet, si les États ont accepté dans leur relation avec l'Union de laisser désactivé l'exercice de leur compétences souveraines en matière normative et juridictionnelle, c'est uniquement à la condition que cette dernière ne porte pas atteinte à leur identité constitutionnelle. Or, ils ont justement trouvé dans l'inscription du principe du respect de l'identité nationale au sein des traités, une garantie correspondante à cette condition. Néanmoins, cette disposition ne doit pas être une simple clause de style. Au contraire l'Union, à commencer par la Cour de justice, doit en tirer toutes les conséquences, sans quoi la désactivation de leurs compétences par les États demeurerait incertaine et leur résistance souveraine hautement probable. Il est donc nécessaire de vérifier la juridicité du principe en évaluant son application par la Cour de justice, lorsque les États membres ont fait valoir devant elle des valeurs qu'ils ont assimilées à leur identité.

393. Pour ce faire, il est crucial de déterminer, en considération de ses manifestations au sein de la jurisprudence, tant les méthodes employées par la Cour pour assurer le respect de l'identité nationale des États membres, que le champ matériel couvert par ce principe, qui en tant que notion du droit de l'Union ne saurait, bien que fortement inspirée par la notion d'identité constitutionnelle employée par les États, se confondre totalement avec celle-ci. Néanmoins le but premier de la clause du respect est bien celui de garantir aux États que leur identité constitutionnelle ne soit pas menacée. En conséquence, il faut déterminer si le contenu de leur identité constitutionnelle, tel que déterminé par les États, a pu effectivement être pris en considération par le juge de l'Union, en application du principe du respect de l'identité nationale. À ce propos, les États ont fait valoir deux grandes catégories de valeurs et principes rattachables à leur identité constitutionnelle, pour certains propres à chacun d'eux (« ipséité constitutionnelle »), pour d'autres communs à tous (« mêmeté constitutionnelle »).

C'est en substance ce que remarquait Bruno de Witte à l'aube de l'Union politique, lorsqu'il établissait une distinction entre des « *valeurs universalistes* qui font incontestablement partie du patrimoine commun de l'Europe (la démocratie représentative et les droits fondamentaux) » et des « *de valeurs propres* à la Constitution d'un seul ou de quelques États européens »[1]. Il ajoutait à ce propos que « *les Constitutions nationales ne sont pas de simples copies d'un modèle universaliste ; elles reflètent aussi les valeurs propres des constituants, et forment ainsi en quelque sorte la représentation juridique de l'identité nationale. Cette identité peut être formée d'expressions particulières de valeurs communes (tant le principe démocratique que la protection des droits fondamentaux connaissent* [...] *de telles expressions spécifiques) ou encore de valeurs véritablement propres à l'État en question, comme le fédéralisme ou la protection d'une certaine identité culturelle* »[2]. Or la distinction de ces deux catégories composant l'identité constitutionnelle des États n'est pas sans influencer les méthodes déployées par la Cour de justice pour la prendre en compte.

En effet, si l'on s'attache à la lettre de l'article 4§2 TUE, il n'est fait référence qu'aux « structures fondamentales, politiques et institutionnelles » avec une mention spéciale pour « l'autonomie locale et régionale ». Dans une lecture étroite, elle se limite donc à l'organisation politico-institutionnelle et territoriale de l'État membre. Il est bien sûr possible de considérer dans une interprétation plus étendue de la notion de « structure », que puisse être fait référence à l'organisation des parties essentielles d'un système complexe, devenant ses caractéristiques permanentes en lui donnant cohérence. Il serait alors envisageable d'y inclure par exemple les valeurs démocratiques ou les droits fondamentaux, notamment lorsqu'ils bénéficieraient d'une interprétation nationale spécifique. Pourtant, la Cour de justice n'a fait de référence explicite envers le principe du respect de l'identité nationale, que dans le cadre des valeurs et principes propres à chaque État. Lorsqu'est invoquée une valeur partagée par l'ensemble des États, le juge de l'Union favorise sa prise en compte au titre des valeurs communes devenues par leur insertion dans les traités les valeurs de l'Union. Il ne nie alors pas leur valeur identitaire, mais privilégie leur protection à l'aune de l'identité de l'Union, plutôt que directement en considération de l'identité nationale. Néanmoins, cette dernière demeure parfois sous-jacente, notamment lorsqu'il est fourni par un État une interprétation nationale spécifique d'une valeur pourtant commune.

[1] DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits*, 1991, n° 14, p. 90.
[2] *Ibidem*.

394. La prise en compte de l'identité des États est donc fonctionnelle, dans le sens où elle est variable, puisque dépendante de la nature de l'élément invoqué. Elle oscille ainsi entre le respect du spécifique et la protection du commun, c'est-à-dire entre l'adaptation de l'unité à la pluralité et l'intégration du commun dans l'unité. Or, paradoxalement cette prise en compte fonctionnelle de l'identité nationale, plus que de renseigner sur l'identité de l'État membre, ne donnerait-elle pas surtout à voir ce qu'est l'identité de l'Union elle même, tant dans ce qu'elle partage avec les États membres, que dans ce qui lui est propre ? Une telle question conduit non seulement à s'interroger sur l'existence d'un droit à la pluralité des États membres dans l'unité de l'Union, symbolisé par le respect de leur identité nationale (**Partie 1**), mais également à déterminer si la protection de l'identité commune ne serait pas finalement à l'origine d'un renforcement de l'unité de l'Union, en mettant en exergue sa propre identité (**Partie 2**).

Titre 1 : Le respect de l'identité nationale, un droit à la pluralité dans l'unité

395. Si l'Union reconnaît l'existence de certaines particularités nationales et le besoin, voire l'exigence des États membres qu'elles soient préservées, c'est à l'aune du principe du respect de l'identité nationale qu'elle y est tenue et qu'elle y parvient, principe en premier lieu inscrit dans les traités par la volonté unanime des États[1]. Ce principe permet ainsi de prendre en compte dans l'unité du droit de l'Union, l'existence d'une certaine pluralité des États membres tenant notamment à la définition matérielle de ce qu'ils considèrent comme relevant de leur identité constitutionnelle. L'outil principal de l'unité européenne ayant été identifié dans le principe de primauté selon sa conception absolue retenue par la Cour de justice, il apparaît inévitable que le respect de cette diversité passe en conséquence par une modulation, une adaptation de l'application de celui-ci. Pour évaluer cette modulation, deux propriétés du principe du respect de l'identité nationale doivent être précisées, son contenu et ses méthodes d'application.

396. La première des questions qui se pose de façon préliminaire, ne serait-ce que dans un effort de structuration de la réflexion autour du principe, est celle relative à la détermination générale du champ matériel que recouvre en droit de l'Union, la notion d'identité nationale. En somme quelle est l'identité nationale respectée par l'Union ?

Le traité ne fait de façon explicite que mention d'une dimension constitutionnelle de l'identité nationale. En effet, l'article 4§2 TUE, qui introduit le principe, mentionne le respect d'une identité nationale des États membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ». La définition matérielle de l'identité est alors *stato* centrée, puisqu'elle se rapporte essentiellement à la structure institutionnelle ainsi qu'au fondement politique de l'État, tels qu'ils sont généralement saisis par la constitution. Toutefois, il fut déjà observé que la notion n'est pas circonscrite à cette seule dimension constitutionnelle, s'ouvrant également vers une dimension culturelle, ne serait-ce que par les connexions itératives établies par la jurisprudence de l'Union entre diversité culturelle et identité nationale.

D'ailleurs, le choix terminologique d'identité « nationale », plutôt que constitutionnelle, n'est pas anodin. Si l'on se réfère à la définition de la nation, il est possible

[1] Voir *supra*, (§87).

de percevoir également cette dimension culturelle. En effet, une nation se définit non seulement comme « une collectivité d'individus qui forment un même peuple et sont soumis à l'autorité d'un même gouvernement », mais également comme une « *communauté généralement fixée sur un territoire déterminé dont la réalité résulte de caractéristiques ethniques, linguistiques, culturelles, de coutumes sociales, de traditions historiques et religieuses, tous facteurs qui développent un sentiment d'appartenance et des aspirations politiques trouvant leur manifestation essentielle dans la volonté collective de s'ériger en corps politique souverain au regard du droit international* »[1]. Si l'État apparaît toujours en filigrane, il est essentiellement mis l'accent par l'usage de ce terme sur la dimension humaine qui le compose, sur les facteurs de cohésion de cette communauté qui, s'ils peuvent être parfois saisis par le droit constitutionnel, ne sont pas créés par celui-ci, mais reconnus sur une base factuelle qui s'impose à l'État. En faisant référence à l'identité nationale des États membres selon une double acception politico-institutionnelle et culturelle, il semble donc être fait conjointement référence à l'identité de l'État et de la Nation, voire de l'État-Nation. C'est d'ailleurs ce que conçoit Jean-Denis Mouton lorsqu'il précise que « déclinée selon ces deux aspects, on ne peut s'empêcher de penser aux caractéristiques de l'État-Nation, telles qu'éclairées par l'historien E. Gellner »[2]. Il est par conséquent nécessaire de démontrer la consistance constitutionnelle, mais également culturelle de l'identité nationale respectée par l'Union, afin de pouvoir déterminer s'il est formulé dans ce principe un devoir de reconnaissance des caractéristiques essentielles et spécifiques de l'État-Nation.

397. Une autre question doit ensuite être soulevée. Quelles sont les techniques de prise en compte de ces caractéristiques, par quels moyens l'Union a-t-elle mis en œuvre le principe du respect de l'identité nationale et en quoi cette mise en œuvre peut-elle être entendue comme une modulation du principe de primauté ? La réponse ne pourra s'obtenir que dans une démarche empirique par un raisonnement inductif. Il s'agira, dans chacune des composantes matérielles identifiées par la Cour de justice comme relevant de l'identité nationale, de déterminer les diverses méthodes qu'elle aura déployées afin de parvenir à les respecter lors de l'interprétation du droit de l'Union. De ces méthodes circonstancielles, il pourra alors être induit non seulement une méthodologie générale du respect de l'identité nationale, mais également une évaluation de sa juridicité qui apparaît essentielle pour confirmer l'existence

[1] Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2012, p.672, définition du terme « nation ».
[2] MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *op.cit.*, p. 209 ; voir également GELLNER E., *Nations et nationalisme*, Paris, Payot, 1999, 208 p.

d'un pluralisme juridique à même de caractériser les relations singulières que nouent Union et États membres. Il faut donc envisager les méthodes du respect de l'identité nationale des États membres dans le cadre de ses diverses composantes matérielles, par la dissociation préalable de deux grandes dimensions de l'identité nationale, une dimension constitutionnelle (**Chapitre 1**), puis une dimension culturelle *lato sensu* (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le respect d'une dimension constitutionnelle de l'identité nationale

398. Comme précédemment observé, il est ici question à propos de la dimension constitutionnelle de l'identité nationale de ne s'attacher qu'a des valeurs propres aux États, en excluant de ce fait les valeurs universalistes qui seront ultérieurement étudiées. Dans ce cadre, cette dimension constitutionnelle recouvre essentiellement un aspect politico-institutionnel et territorial de l'État-Nation membre de l'Union. Cet aspect politico-institutionnel fait ici référence à la structure étatique et nationale constitutionnellement régulée dans le but de répondre aux exigences démocratiques initialement internes et désormais européennes de l'ensemble des citoyens regroupés en son sein.

Cette organisation, inhérente à la dimension constitutionnelle de l'identité nationale de l'État-Nation car parmi les raisons d'être de l'objet constitutionnel, peut se dessiner sur la base d'un triptyque dont le panneau central est formé par l'exigence démocratique qui, compte tenu de sa portée universaliste, ne sera envisagée qu'ultérieurement[1]. Deux volets se replient alors sur ce premier panneau, l'un créé à partir des structures fondamentales de l'État membre venant notamment garantir la séparation des pouvoirs, et l'autre par la structuration de la nation au moyen de la détermination et l'attribution de la nationalité et des droits politiques afférents qui permettent tant la détermination de la communauté humaine rattachée à l'État, que la réalisation démocratique en son sein. L'avènement d'une dimension politique de l'Union, qui découle essentiellement de la citoyenneté européenne, de l'évolution de la procédure d'adoption des actes de l'Union de plus en plus fondée sur la règle majoritaire, ainsi que du transfert de compétences additionnelles à cette dernière, est susceptible d'entrer en conflit avec l'aspect politico-institutionnel que recouvre la dimension constitutionnelle de l'identité nationale, tant dans les fondements politiques que structurels de l'État-Nation. À ce titre, il est possible de considérer que « pour sa mise en œuvre effective, le droit communautaire atteint la compétence nationale [des États membres] de leurs institutions et la relation politique privilégiée qui les lie à leurs nationaux, devenus citoyens européens »[2].

399. Pour démontrer que l'Union respecte l'identité politico-institutionnelle de l'État membre, il sera donc nécessaire de déterminer si les États restent en mesure de définir leurs

[1] Voir *infra*, (§707 et s.).
[2] POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D*., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 115.

structures fondamentales, même lorsque cette définition entrerait en conflit avec le droit de l'Union (**Section 1**), mais également si le lien fondamental qui unit l'État à ses nationaux est respecté, tant pour l'encadrement des règles d'attribution et de retrait de la nationalité que pour celui des droits politiques afférents (**Section 2**).

Section 1 : Les structures fondamentales de l'État

400. Les structures fondamentales entendues dans un sens étroit sont parmi les plus aisées à intégrer dans le champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale. En effet cette insertion est clairement formalisée par l'article 4§2 du traité selon lequel l'Union respecte l'identité nationale des États membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». La formule reste relativement vague et nécessite toutefois de préciser ce que peut recouper cette notion.

Dominique Ritleng la conçoit comme une référence à « l'aménagement institutionnel » de l'État membre[1]. Vlad Constantinesco en a d'ailleurs précisé plus amplement la teneur, considérant qu'elle se compose « des institutions politiques centrales des États, de leurs régimes politiques, de leur choix entre monarchie ou république, mais aussi de l'organisation des rapports entre le centre et la périphérie, parfois déterminés par la constitution, parfois par la loi »[2]. À cette conception peuvent d'ailleurs également s'ajouter les institutions centrales juridictionnelles en raison de leur importance dans la garantie de l'État de droit, nature supposée être celle de tout État membre. À cet effet, dans l'analyse du respect par l'Union des structures fondamentales étatiques et de leur organisation autonome par l'État, seront donc distingués le respect de sa structure centrale dans sa dimension institutionnelle, politique et juridictionnelle (§1), du respect de sa structure territoriale ou périphérique (§2).

Paragraphe 1 : La structure centrale de l'État

401. L'objectif est ici de se consacrer à l'analyse des structures institutionnelles centrales de l'État membre, que celles-ci soient de nature politique ou juridictionnelle, mais aussi et surtout de déterminer si l'Union respecte la faculté étatique d'en organiser et d'en préserver l'organisation en tant qu'élément inclus dans son identité nationale. Pour ce faire, seront

[1] RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op.cit.*, p. 30.
[2] CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », *op.cit.*, p. 83.

distinguées la structure politico-institutionnelle (A) de la structure juridictionnelle de l'État membre (B).

A) La structure politico-institutionnelle

402. La forme, l'apparence d'un objet ou d'une personne, permettent de contribuer à la définition de son identité, quand bien même cette forme ne serait pas immuable. La même logique est également valable pour l'objet étatique qui peut se définir par sa structure politico-institutionnelle. En effet forme et régime politiques, tels qu'ils résultent notamment de la séparation et de la répartition horizontales des pouvoirs étatiques, font parties de ce que les États ont défini comme relevant de leur identité constitutionnelle opposable tant au pouvoir de révision qu'à la primauté du droit de l'Union[1]. Les structures politico-institutionnelles des États membres présentent de nombreuses similarités, à tel point qu'un modèle structurel de l'État européen puisse être esquissé. Néanmoins, un certain nombre de divergences subsistent dans la mise en œuvre de ce modèle, de telle sorte qu'il s'agit là d'un élément spécifique à l'identité constitutionnelle de chaque État, dont il convient dès lors d'envisager la prise en compte par le droit de l'Union au titre du respect de l'identité nationale.

403. L'article 4 TUE précédemment évoqué pose les bases du principe du respect de l'identité nationale des États membres dans laquelle il inclut « leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles »[2]. Cette formule laissée volontairement large permet d'englober aussi bien la répartition horizontale des compétences entre les institutions ou organes constitutionnellement définis, que le type de régime et la forme politique choisis. Ce premier élément tend ainsi à consacrer la forme de gouvernement de l'État membre dans le champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale. Cette insertion était d'autant plus explicite dans l'un des amendements proposés par certains conventionnels, lors de la rédaction du TECE dont la formule actuelle de l'article 4 est tirée. Cet amendement, proposé notamment par Josef Chabert, portait sur l'insertion à l'article I-9 TECE disposant de l'exercice des compétences au sein de l'Union, d'un paragraphe relatif au respect par l'Union de la distribution interne des compétences dans les États membres. Si l'insertion renforçait encore dans ce cadre l'assimilation de l'organisation politico-institutionnelle comme composante de l'identité nationale respectée par l'Union, celle-ci ne fut pourtant pas validée.

[1] Voir *supra* (§169 et s. ; §295 et s.).
[2] Article 4§2 TUE.

Enfin, la CDF reprenant également dans la rédaction de son préambule le principe du respect de leur identité nationale, le juxtapose notamment au respect de « l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national »[1], ce qui fait une fois de plus référence à leur structure politico-institutionnelle, qu'ils semblent dès lors toujours en mesure de préserver et d'organiser de façon autonome.

404. En outre, le droit primaire ne fait état d'aucune compétence particulière de l'Union en la matière. Indiquant alors une relative indifférence, il laisse le soin à la souveraineté étatique de fixer librement les contours de sa propre organisation. Cette indifférence découle selon Anne Levade « du caractère pragmatique et non fédéral de l'Union » puisqu'à « la différence d'un État fédéral, dont la Constitution comporte le choix d'un modèle étatique applicable aux entités fédérées comme à l'entité fédérale, l'Union européenne, par son caractère international, n'opère aucun choix de nature étatique »[2]. Le traité de Lisbonne dispose à treize reprises et dans divers domaines, que la modification des traités, l'adoption ou l'approbation par les États membres de certaines décisions relevant exclusivement ou partiellement de leurs compétences souveraines se réalisent « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives »[3]. La référence à ces règles concerne directement la distribution interne des compétences nationales. Ainsi l'autonomie politico-institutionnelle des États, entendue comme leur faculté de s'organiser librement est assurée par l'indifférence de l'Union envers leurs propres règles constitutionnelles.

D'autres éléments du droit de l'Union concernent l'autonomie institutionnelle des États membres, tels que l'article 10 TUE qui dispose que « les États membres sont représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de Gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements, eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens ». L'État reste libre de distribuer les compétences de sa représentation à l'une ou l'autre des deux têtes de l'exécutif pour le Conseil européen, mais

[1] Préambule CDF.
[2] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 186.
[3] Voir article 42 TUE au sujet de la défense commune ; article 48 TUE à propos des révisions du TUE ; article 49 TUE relatif à l'adhésion de nouveaux États membres; article 50 TUE portant sur l'exercice du droit de retrait ; article 54 TUE concernant la ratification du TUE ; article 25 TFUE au sujet de la modification des droits découlant de la citoyenneté européenne ; article 218 TFUE traitant de l'adhésion à la CEDH ; article 223 TFUE à propos du mode de désignation des membres du parlement européen ; article 262 TFUE ; article 311 TFUE relatif à la création de nouvelles ressources propres de l'Union ; article 357 TFUE concernant la ratification du TFUE ; article 40 al 2 du protocole additionnel n°4 portant sur les statuts du système européen de banques centrales et de la banque centrale européenne, à propos de la représentation des États au Conseil des gouverneurs.

doit absolument disposer d'un gouvernement s'agissant du Conseil. La formule tend à écarter la possibilité d'un régime purement présidentiel dans le cadre duquel l'existence d'un gouvernement serait remise en question[1]. Le traité impose ainsi la responsabilité du gouvernement, caractéristique essentielle du régime parlementaire lorsqu'elle est encadrée par le parlement, mais n'exclut pas d'autres solutions. Cette réflexion est par ailleurs confirmée par le protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union, qui précise dès son préambule que « la manière dont les parlements nationaux exercent leur contrôle sur leur gouvernement pour ce qui touche aux activités de l'Union européenne relève de l'organisation et de la pratique constitutionnelles propres à chaque État membre »[2]. Cette expression est intéressante à double titre car, si d'une part elle permet également de laisser libre l'État dans ses choix institutionnels, elle tend toutefois à privilégier l'exercice d'un contrôle parlementaire. L'insertion dans le droit de l'Union du respect de la distribution interne du pouvoir au niveau national, semble donc pourtant s'orienter en faveur d'un modèle de type parlementaire[3]. Toutefois, cela ne vient pas porter atteinte à l'identité constitutionnelle des États membres, puisque la plupart ont opté pour le choix d'un tel type de régime et que par ailleurs l'État reste à même d'opérer un autre choix à l'instar de l'État chypriote qui, malgré la présence d'un gouvernement, demeure un régime présidentiel.

À propos de la mise en œuvre par les États membres, des actes de l'Union européenne adoptés dans le cadre des compétences exclusives ou partagées de cette dernière, le cas des directives s'avère particulièrement intéressant. En effet, si le règlement, obligatoire dans tous ses éléments est d'applicabilité directe et immédiate, sans que l'État puisse ou ait à intervenir pour le mettre en œuvre, la directive se démarque par son caractère général et abstrait. Sa mise en œuvre comme le dispose le traité « lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »[4]. La formule est également évocatrice d'une certaine indifférence envers leur organisation institutionnelle interne. Le fond de cet article sera rattaché à la fois par la législation et par la jurisprudence de la Cour au principe du respect de l'autonomie institutionnelle des États membres, élément qui sera observé lors de l'analyse de la jurisprudence en la matière.

[1] Le régime chypriote est présidentiel, mais prévoit cependant l'existence d'un gouvernement.
[2] Protocole n°1 annexé au traité de Lisbonne portant sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne, préambule.
[3] Voir en ce sens, DAUPS T., « Limites et virtualités du respect de l'identité nationale des États membres par l'Union européenne », *op.cit.*, p. 10.
[4] Article 288 TFUE.

405. Afin de déterminer si la Cour de justice respecte en pratique l'organisation politico-institutionnelle des États membres, il convient dès lors de s'attarder sur sa jurisprudence, au sein de laquelle deux situations coexistent. La première concerne les relations entre la libre répartition horizontale de ses compétences internes par l'État membre, entendue comme organisation ou autonomie institutionnelle, et ses obligations relatives à la mise en œuvre directe du droit de l'Union, notamment dans l'application des directives et des règlements (1). La seconde porte sur le respect par Cour de justice de l'organisation politique de l'État membre, quand elle est amenée à déterminer si ce dernier porte atteinte au droit de l'Union lors de la mise en œuvre de ses compétences réservées (2).

1. L'autonomie institutionnelle rationalisée dans l'application interne du droit de l'Union

406. La répartition horizontale des compétences et le régime politique des États membres n'ont qu'à de rares occasions été confrontés par la Cour de justice aux obligations de l'État membre relatives à l'exécution du droit de l'Union, deux anciens arrêts permettent d'observer comment la Cour a initialement appréhendé cette relation.

407. Dans le cadre d'un recours en manquement contre l'État belge[1], au sujet d'une taxe de transmission forfaitaire sur le bois, que la Cour qualifia très rapidement de discriminatoire à l'égard des produits importés depuis les autres États membres, le juge de Luxembourg dut envisager une justification du Gouvernement défendeur portant sur son organisation institutionnelle. Ce dernier n'ignorait pas ni ne contestait la discrimination fiscale, mais invoquait un cas de force majeure qui l'aurait empêché d'adopter une réforme en vue de l'éliminer. Selon ce dernier, la dissolution des chambres belges intervenue entre temps aurait eu pour incidence de le priver d'une telle faculté. Cette dissolution est l'expression même d'une procédure institutionnelle. Fruit de l'organisation horizontale des compétences, elle est l'un des moyens d'action réciproque inhérents au régime parlementaire. Toutefois, la Cour n'admettra pas cet argument, considérant que la responsabilité des États pour le non-respect des obligations découlant du traité peut être engagée « quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante »[2].

La Cour prend donc bien note de la teneur constitutionnelle de l'institution

[1] CJCE, 5 mai 1970, Commission c/ Belgique, Aff. C-77/69.
[2] *Ibid.*, point 15.

parlementaire nationale, mais dans une indifférence totale sanctionne tout de même l'État défendeur. Ainsi, peu importe la situation institutionnelle interne, seule compte l'action ou l'inaction de l'État pris dans son intégralité, pour déterminer sa responsabilité. Cette approche jurisprudentielle fut décrite comme la traduction d'une « perception de l'État dans son unité » et comme l'application d'une formule identique quelle que soit la nature de l'autorité dont la responsabilité est recherchée, agissant alors comme « une expression » et « une limite de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne »[1]. En effet, selon les travaux d'Olivier Dubos, « admettre que tout organe étatique est susceptible d'engager sa responsabilité » résulte d'une « conception monolithique » de l'État membre[2].

408. Cette indifférence est encore plus explicite dans l'arrêt préjudiciel International Fruit Company[3], au cours duquel le juge devait notamment préciser si le fait que « certaines dispositions du traité et des règlements attribuent des pouvoirs aux États membres, ou leur imposent des obligations, impliquent qu'ils ne puissent transférer ces pouvoirs ou obligations à des organes nationaux autrement que par disposition explicite ». La réponse à une telle question préjudicielle est de taille dans la détermination du respect par l'Union de l'autonomie institutionnelle de l'État membre et par conséquent de son identité nationale, puisque dans la négative, ce dernier serait privé de la faculté de déterminer l'organisation et la répartition horizontale des pouvoirs en son sein, dès lors que serait en question la mise en œuvre du droit de l'Union. Selon la Cour, si les États ont l'obligation d'assurer par l'adoption de toutes mesures générales ou particulières, l'exécution des obligations découlant du traité, « il leur appartient de déterminer les institutions qui, dans l'ordre interne, auront compétence pour prendre lesdites mesures »[4]. Insistant par ailleurs sur le fait que « la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État », la réponse de la Cour est donc encore placée sous le signe de l'indifférence.

L'État membre reste libre de définir son organisation institutionnelle tant qu'il respecte les obligations découlant du traité. Si elle consacre cette compétence comme purement étatique, la Cour n'en fait donc à aucun moment une justification à la non-exécution de ses obligations par l'État, puisqu'eu égard à l'arrêt précédent, peu importe la répartition

[1] POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *op.cit.*, p. 126.
[2] DUBOS O., « Droit administratif et droit communautaire », *JurisClasseur administratif fasc. 24*, 2006, p. 60.
[3] CJCE, 15 décembre 1971, International Fruit Company, Aff. C-51-54/71.
[4] *Ibid.*, point 3.

des compétences en son sein, lui seul pris dans son ensemble assumera les responsabilités qui découlent du non-respect desdites obligations. La juridiction de l'Union ne témoigne pas vraiment de respect envers l'identité nationale de l'État membre au sujet de leur autonomie institutionnelle, mais marque plutôt une réelle indifférence face au choix structurel de ce dernier, indifférence qui perdure jusqu'à ce que son organisation interne conduise l'État à violer ses obligations de membre de l'Union.

409. Un tel désintérêt de la Cour pour l'organisation interne de l'État se perçoit également dans sa jurisprudence plus récente, à propos de la mise en œuvre des directives européennes dans l'ordre juridique interne des États membres. Comme précédemment observé, le traité selon l'article 288 laisse libres ces derniers quant à la forme ou au moyen d'y parvenir. Cet article dans son ancienne numérotation fut rapproché par l'avocat général Léger du principe d'autonomie institutionnelle « qui implique que les mesures nécessaires à l'application des règles communautaires soient prises, dans le cadre des systèmes étatiques, par les institutions nationales et selon les procédures et pouvoirs que comportent ces systèmes »[1].

Trois directives sur l'environnement concurrentiel du secteur de télécommunication et sur les services postaux ayant vocation à la création d'autorités de régulations sectorielles ont repris ce principe de l'autonomie institutionnelle de l'État membre. Ainsi ces dernières précisent que si les États doivent garantir l'indépendance de la ou des autorités de régulation mises en place dans les secteurs concernés, « cette exigence d'indépendance est sans préjudice de l'autonomie institutionnelle et des obligations constitutionnelles des États membres »[2]. Ici encore, il est difficile de véritablement parler de « respect » dans la mesure où la structure institutionnelle de l'État ne saurait justifier que ce dernier ne donne pas pleine effectivité aux principes de droit de l'Union que la directive contiendrait. Ne serait-ce pas plutôt à nouveau l'expression d'une indifférence de l'Union muée en reconnaissance d'une relative autonomie de l'État quant à la forme et au moyen, dès lors que l'objectif fixé est atteint ?

C'est d'ailleurs exactement ce que souligna par deux fois la Cour, lorsqu'interprétant

[1] Conclusions LÉGER P., CJCE, 19 septembre 1996, The Queen contre Secretary of State for Social Security, Aff. C-66/95, points 66 et 67.

[2] Voir : Directive 97/51/CE du Parlement Européen et du Conseil, 6 octobre 1997, modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, JO n° L 295 du 29/10/1997 pp. 23-34, cons. 9 ; Directive cadre 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO n° L 108 du 24/04/2002 pp. 33-50, cons. 11 ; Directive 2008/6/CE Parlement et Conseil, 20 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, JO n° L 052 du 27/02/2008 pp. 3-20, cons 47.

l'une de ces directives sur renvois préjudiciels, elle précise après la mention du libre choix des formes et des moyens quant à la mise en œuvre des directives que « *si les États membres jouissent en la matière d'une autonomie institutionnelle dans l'organisation et la structuration de leurs autorités réglementaires* [...]*, celle-ci ne peut toutefois être exercée que dans le plein respect des objectifs et des obligations fixés par cette directive* »[1]. Cette remarque la conduisit successivement pour le Gouvernement espagnol[2], puis à propos du Parlement belge[3], à considérer que l'État peut attribuer à quelques institutions centrales nationales une partie ou l'ensemble de ces tâches incombant aux autorités réglementaires visées par la directive, toutefois à la condition que dans le premier cas le Gouvernement soit indépendant de l'exploitation des secteurs concernés et dans le second que le parlement réponde aux conditions d'organisation et de fonctionnement auxquels lesdites directives soumettent ces autorités. À nouveau, l'État reste libre de mettre en œuvre le droit de l'Union selon ses propres exigences ou choix en matière d'organisation interne des compétences, mais est contraint pour ce faire d'appliquer la directive conformément aux objectifs fixés par cette dernière.

410. La reconnaissance par l'Union de l'autonomie institutionnelle des États membres ne leur permet pas de se dégager de l'obligation d'appliquer son droit en invoquant un quelconque élément tiré de leur identité nationale. Elle prend tout au plus les contours d'une marge d'appréciation dans la définition de leur structure institutionnelle.

2. La reconnaissance de l'organisation politique dans l'interprétation du principe d'égalité

411. C'est lors de la mise en œuvre de sa compétence réservée en matière d'établissement des actes d'État civil par l'État autrichien, que l'arrêt Sayn-Wittgenstein de la Cour a permis d'intégrer explicitement l'organisation politique déterminée par l'État membre comme relevant de son identité nationale[4]. L'arrêt prenait pour origine une question préjudicielle relative à la compatibilité avec la libre circulation des personnes d'une règle autrichienne « *selon laquelle les autorités compétentes de* [l'État] *peuvent refuser de reconnaître le nom patronymique d'un enfant adopté (adulte) qui a été défini dans un autre État membre, dès lors*

[1] CJCE, 6 mars 2008 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Aff. C-82/07, point 24 ; CJUE, 6 octobre 2010, Base NV, Aff. C-389/08, point 26.
[2] Arrêt Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, précité, point 26.
[3] Arrêt Base NV, précité, point 27.
[4] CJUE, 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, Aff. C-208/09.

que ce nom patronymique comprend un titre de noblesse qui n'est pas admis dans le premier État membre [au titre même de son droit constitutionnel] »[1]. Sans entrer pour l'instant dans le détail de la compétence étatique en matière d'établissement des actes d'État civil et de la fondamentalité du nom patronymique pour un individu donné, ce qui fera l'objet d'une attention accrue tant dans les passages relatifs à la nationalité, que dans ceux portant sur la langue[2], la Cour retint ici une restriction portée à l'encontre de la liberté de circulation des personnes.

412. Le terrain d'analyse se situait alors sur l'éventuelle justification apportée par l'État pour tenter de rendre compatible cette mesure initialement qualifiée de restrictive. Cette justification de l'État autrichien visait à affirmer que l'adoption de la loi d'abolition de la noblesse génératrice de la restriction constatée, avait pour origine l'identité nationale autrichienne dans ses éléments républicains et dans le principe d'égalité de traitement des citoyens devant la loi, cette mesure étant donc « justifiée à la lumière de l'histoire et des valeurs fondamentales de la République d'Autriche »[3]. Soutenu en cela par les Gouvernements italien et slovaque, ces derniers notaient qu'une telle justification relevait d'un objectif légitime « constitué par le respect d'une norme constitutionnelle, qui exprime un principe d'ordre public ayant une valeur essentielle dans l'ordre républicain »[4], là où le Gouvernement lituanien voyait de surcroît un impératif autrichien « de protéger des valeurs constitutionnelles fondamentales de l'État, telles que [...] des valeurs fondatrices de l'ordre juridique ou de la structure de l'État »[5]. L'ensemble des États soulevait l'atteinte à l'ordre public autrichien qui résulterait de la reconnaissance de la particule nobiliaire de la requérante. Même la Commission nourrissait ce raisonnement, en relevant la nécessité de « mettre en balance, d'une part, l'intérêt constitutionnel à voir supprimer les éléments nobiliaires du nom de la requérante au principal et, d'autre part, l'intérêt de préserver ce nom » [6], c'est à dire en dernier lieu de préserver la liberté de circulation des citoyens européens, ainsi que les droits associés à ce statut. Du point de vue étatique, il ne fait nul doute que l'organisation politique, ici la forme républicaine et en conséquence la structure fondamentale puisse faire partie du champ matériel du principe du respect de l'identité nationale des États membres.

[1] *Ibid.*, point 35.
[2] Voir *infra* (§471 ; §522).
[3] *Ibid.*, point 74 et 75.
[4] *Ibid.*, point 78.
[5] *Ibid.*, point 79.
[6] *Ibid.*, point 80.

Il s'agissait donc pour la Cour de déterminer si cet élément de l'identité structurelle peut faire échec aux obligations étatiques de respecter le droit de l'Union, ici une liberté fondamentale, lorsque les États mettent en œuvre leurs compétences réservées. Ce raisonnement avait formellement été rejeté dans les arrêts précédents concernant l'autonomie institutionnelle, lorsqu'ils mettaient directement en œuvre le droit de l'Union. Il n'en fut rien ici, puisque la Cour s'engageant sur le terrain des raisons d'ordre public, avant même celui de l'identité nationale, accepta le motif justificatif invoqué au moyen d'une référence marquée envers l'arrêt Omega[1]. Elle ne reconnut initialement que le motif tiré du respect du principe d'égalité, ce choix n'est pas étonnant dans la mesure où seul ce principe figure également parmi les principes généraux du droit de l'Union contrairement à l'aspect républicain. Selon Denys Simon, « ce dispositif n'élimine pas l'ambiguïté quant au fondement de la justification de la législation autrichienne, dans la mesure où il mêle de façon quelque peu syncrétique l'argument du respect de l'identité constitutionnelle de l'État et les motifs d'ordre public »[2]. Néanmoins, ce dispositif par le truchement du principe d'égalité, permit à la Cour de qualifier plus facilement le motif de légitime sans rompre l'unité de son droit.

Rappelant ensuite que la mesure restrictive ne doit pas nécessairement correspondre à une conception partagée par les États membres, elle put alors aborder réellement le motif tiré de l'identité républicaine autrichienne, mais seulement dans le cadre de l'examen de proportionnalité. Elle releva alors 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 »[3], pour conclure qu'en « *refusant de reconnaître les éléments nobiliaires d'un nom tel que celui de la requérante au principal, les autorités autrichiennes compétentes en matière d'état civil ne semblent pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent* »[4].

---

[1] Voir *infra* (§645 et s.)

[2] SIMON D., « Reconnaissance du nom patronymique », *Europe*, février 2011, p. 13 ; voir également sur ce point BRUNESSEN B., « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, janvier 2012, p. 5-6, selon lequel « Cette intrusion de l'identité constitutionnelle dans le jeu des dérogations aux libertés de circulation n'est pas donc dépourvue d'ambiguïté, comme le montre encore l'imbrication opérée par l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* entre ordre public et identité nationale pour la justification d'une entrave à la liberté de circulation des citoyens. […] La question peut se poser de savoir s'il faut déduire de cette précision une dualité de l'ordre public, qui serait ici à la fois national et européen » ; voir enfin PATAUT E., « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTDE*, 2011, p. 573.

[3] Arrêt Sayn-Wittgenstein, précité, point 92.

[4] *Ibid.*, point 93.

413. Plusieurs réflexions s'imposent sur cette base. D'abord au regard de la jurisprudence de l'Union, la forme républicaine fait partie des éléments que l'État membre peut invoquer au titre de son identité nationale pour justifier la mise en échec du droit de l'Union dans ce qu'il peut avoir de plus fondamental, telles les libertés de circulation. En outre, en reconnaissant que la mesure nationale ne doit pas nécessairement répondre à une conception commune de l'objectif légitime invoqué, la Cour laisse entendre que, certes la conception républicaine a pu influencer la mise en œuvre du principe d'égalité dans un tel sens que celui d'espèce, mais qu'elle n'empêche pas pour autant un autre État membre d'en adopter une différente, pourquoi pas en considération d'une organisation politique qui serait cette fois monarchique. Elle s'est probablement inspirée en cela des réflexions de son avocat général qui soulignait à propos de l'abolition de la noblesse et de tous les privilèges, qu'il ne s'agit pas là « *d'un objectif nécessaire, que tous les États membres doivent poursuivre de façon générale. Le maintien, l'abolition, voire la création, d'un système de noblesse, héréditaire ou autre, ou d'autres titres, privilèges et distinctions séculaires, relèvent de la décision de chaque État membre, et de lui seul, pourvu que ce système n'aille pas à l'encontre du droit de l'Union – par exemple, des principes et des règles relatives à l'égalité de traitement – dans le champ d'application de celui-ci* »[1].

Ensuite, la Cour interprète ici une notion relevant du droit de l'Union, celle d'égalité, à l'aune d'un élément identitaire national. Cette interprétation lui permet ainsi de reconnaître la validité d'un argument tiré de l'organisation constitutionnelle d'un État membre comme motif de justification d'une entrave envers une liberté de circulation. Ce faisant, la Cour de justice adapte sa conception absolue du principe de primauté, puisque cumulée aux raisons d'ordre public, l'identité nationale devient en l'espèce une clause dérogatoire à l'application normale du droit de l'Union. Il est alors permis de penser que depuis l'évolution remarquable de la mise en œuvre du principe du respect de l'identité nationale par la juridiction de l'Union, l'organisation républicaine ou monarchique d'un État et peut-être même dorénavant et de façon plus générale son organisation institutionnelle puissent être inscrites dans l'identité nationale de l'État membre que l'Union se doit de respecter.

414. Cette jurisprudence tend à transformer l'indifférence initialement retenue par la Cour envers l'autonomie institutionnelle des États membres, en un réel respect, justifiant la conciliation du droit de l'Union avec de tels éléments tirés de l'identité nationale étatique. Il reste à souligner que cet arrêt apparaît comme l'une des plus remarquable manifestation du

[1] Conclusions SHARPSTON E., CJCE, 14 octobre 2010, Sayn-Wittgenstein, Aff. C-208/09, point 60.

principe du respect de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour, tant ce dernier est « explicitement » employé par la Cour au sein de son raisonnement[1].

415. La structure politico-institutionnelle de l'État, reflet de son histoire politique et de ses traditions constitutionnelles, fait donc effectivement l'objet d'une intégration au sein du champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale. Cette intégration tend à faciliter, voire à renforcer la prise en compte de cet élément lors de l'interprétation du droit de l'Union. Toutefois, en l'état de la jurisprudence, la nature du respect qui lui est accordé apparaît comme très variable selon que l'État fasse application directe du droit de l'Union découlant de l'exercice des compétences exclusives ou partagées de l'Union, ou qu'il mette en œuvre ses compétences réservées. Si dans le premier cadre la Cour reconnaît seulement l'autonomie institutionnelle des États membres et présente à ce titre une totale indifférence envers celle-ci, dans le second elle a clairement franchi le simple stade de l'indifférence pour marquer une réelle déférence envers sa structure politique par le recours à la notion d'identité nationale. Qu'en est-il de leur structure fondamentale juridictionnelle ?

B) La structure juridictionnelle

416. La structure juridictionnelle, répondant, de même que son organisation politico-institutionnelle, à la logique de séparation et de répartition horizontales des pouvoirs étatiques, sera ici entendue comme l'organisation du système juridictionnel et la répartition des compétences juridictionnelles au sein de l'État. Le pouvoir juridictionnel a pour objectif de rendre effective la norme en sanctionnant ses contrevenants, mais également et surtout de contrôler sa conformité au regard des règles de droit supérieures. Le juge est à ce titre garant de l'application et de la légalité ou encore de la constitutionnalité de la norme adoptée par les instances décisionnelles nationales ou locales et désormais européennes. La soumission de l'État au droit dépend en dehors des limites normatives et constitutionnelles mises en place, du contrôle de leur application et de leur adoption par les juridictions nationales apparaissant alors comme l'une des garanties de l'État de droit, notion présentée comme composante de leur identité constitutionnelle par les États membres[2]. Ainsi, le juge s'avère être l'agent par lequel le concept d'autolimitation de l'État prend réalité en le contraignant au respect du droit

[1] Voir en ce sens, AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F., « Citoyenneté de l'Union et respect de l'identité nationale », AJDA, 2011, p. 265.
[2] Voir *supra* (§169 ; §295).

qu'il a lui-même créé. Dans ce droit figurent d'ailleurs les droits fondamentaux, sources essentielles de limitation du pouvoir étatique au profit de la liberté et de la sûreté des individus, qui apparaissent en cela comme une garantie essentielle de l'État de droit, dès lors qu'ils sont eux-mêmes juridictionnellement garantis. Un certain nombre de droits fondamentaux gravitent d'ailleurs autour de cette organisation juridictionnelle afin de garantir l'impartialité et l'indépendance de la justice, selon les exigences institutionnelles du droit au procès équitable découlant de l'article 6§1 de la CEDH et s'imposant à l'ensemble des États membres de l'Union[1]. Par ailleurs, si tous attachent une grande importance à leur système juridictionnel, ils n'ont pas opéré les mêmes choix dans son organisation. En effet l'organisation juridictionnelle dépend de plusieurs critères relatifs au système juridique de l'État, à son organisation territoriale ou encore à la distinction entre les différentes matières qui composent son droit.

Les systèmes juridictionnels des États européens, bien que présentant des impératifs relativement communs, montrent donc également de grandes disparités tant au niveau de la conception du rôle du juge ou de la répartition des compétences entre les différentes instances juridictionnelles, que dans les différentes procédures juridictionnelles mises en place. Par conséquent, s'il s'agit d'un élément identifié par les États comme relevant de leur identité constitutionnelle ou présentant du moins de multiples connexions avec elle, il ne peut s'agir que d'un élément spécifique à l'identité constitutionnelle de chaque État membre.

417. Il s'agit dès lors de déterminer si l'Union au moyen de son droit primaire respecte la compétence étatique et les disparités nationales en la matière et si elle le fait au titre du respect de l'identité nationale.

Outre le respect des structures fondamentales de l'État membre, dont dispose l'article 4 et dans lesquelles peut être intégrée la structure juridictionnelle, analyse d'ailleurs corroborée par les réflexions de l'avocat général Colomer[2], il est important de noter que le juge national apparaît comme le juge communautaire de droit commun. En ce sens, l'article 19 TUE portant sur la Cour de justice dispose que « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »[3]. Ainsi l'État est à la fois compétent pour assurer, mais aussi pour organiser cette protection à la condition qu'il la rende effective. Il semble donc toujours

[1] Voir *infra* (§679) .
[2] Conclusions COLOMER R.-J., CJCE, 25 juin 2009, Umweltanwalt, Aff. C-205/08 ; voir *infra*, (§425 et s.), pour une analyse détaillée.
[3] Article 19§1 TUE.

maître de son organisation juridictionnelle ce qui sera plus amplement observé dans le cadre de la jurisprudence. Par ailleurs, la structure juridictionnelle de l'Union tout comme celle des États membres répond aux exigences institutionnelles de l'article 6§1 de la CEDH[1], d'une part en affirmant la protection du droit au procès équitable dans la CDF[2], et d'autre part en garantissant l'impartialité et l'indépendance des juges et avocats généraux dans la CDF et le traité[3]. De plus, les traités par la mise en place de la question préjudicielle ont instauré une relation étroite entre les juridictions nationales et la Cour de justice, relation qui se solde nécessairement par la reconnaissance de ces juridictions en tant que telles, mais toutefois sur la base d'une définition européenne de la notion qui, si elle ne recoupe pas nécessairement celle retenue par les États, ne manque pas toutefois de s'appuyer sur des critères recherchés dans leur droit constitutionnel. L'établissement de la question préjudicielle implique également l'encadrement des conditions pour y recourir, parfois dans un sens impératif et parfois dans une optique plus souple, selon d'ailleurs la nature et le degré même de la juridiction nationale devant laquelle une telle question est abordée. Il sera ainsi également observé dans la jurisprudence que l'établissement de ces conditions peut avoir pour effet que la Cour conteste, au profit de l'effectivité du recours préjudiciel, certains éléments inhérents à l'organisation juridictionnelle et procédurale nationale. L'ensemble de ces éléments hormis l'article 4 TUE sont relativement limités et ne permettent de relever qu'une prise en compte timide de l'autonomie juridictionnelle nationale dans le droit primaire.

418. Il s'avère donc nécessaire de déterminer par le prisme des divers points abordés si l'Union respecte un tel élément identitaire dans sa jurisprudence. Dans un premier temps il sera démontré que l'Union reconnaît mais limite l'autonomie juridictionnelle des États membres, lorsque les juges nationaux sont amenés à contrôler le respect du droit de l'Union par les institutions étatiques[4] (1). Dans un second temps, il sera mené une analyse des critères de reconnaissance d'une juridiction nationale par l'Union dans le cadre de la procédure préjudicielle, afin de déterminer si sa démarche apparaît respectueuse de l'organisation juridictionnelle de l'État membre telle qu'elle est définie par leur Constitution et si une connexion est établie dans ce cadre avec le principe du respect de l'identité nationale (2).

[1] Voir en ce sens, CARPANO E., *État de droit et droits européens, l'évolution de l'État de droit dans le cadre de l'européanisation des systèmes juridiques*, *op.cit.*, p. 402.
[2] Article 47 et s. CDF.
[3] *Ibidem* ; articles 253 et 254 TFUE.
[4] Voir également *supra* (§276 et s.).

1. L'autonomie juridictionnelle rationalisée dans le contrôle interne d'application du droit de l'Union

419. Les références au respect de l'autonomie juridictionnelle et procédurale de l'État par l'Union ressemblent, dans une large mesure, à celles portant sur son autonomie institutionnelle précédemment observée ou sur son autonomie territoriale prochainement envisagée, à cela près que cette reconnaissance n'intervient plus dans l'application par l'État du droit de l'Union, mais dans le contrôle par ce dernier du respect de ce droit au sein de son ordre juridique interne. Ainsi, cette autonomie ne s'apprécie plus exclusivement au regard de l'application effective du droit de l'Union. Elle se conçoit également à la mesure de l'effectivité du contrôle juridictionnel de son respect, ainsi que de l'équivalence de ce contrôle par rapport à celui que subirait le droit national, afin notamment de garantir les droits que l'Union confère directement aux justiciables.

420. La Cour a ainsi précocement reconnu cette autonomie à partir de 1968, en précisant que si « les dispositions en cause confèrent aux justiciables des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder, ces dernières sont tenues d'assurer la protection desdits droits, étant entendu qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente »[1]. Cette jurisprudence fut à plusieurs reprises complétée par la Cour, comme dans l'arrêt Rewe Zentral premier du nom[2]. D'abord, elle y relia l'obligation étatique d'assurer la protection juridique des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, au principe de l'effet direct ainsi qu'à celui de coopération loyale. En outre, elle ajouta à la libre désignation des juridictions nationales par l'État membre qu'il appartient également à ce dernier « de régler les modalités procédurales des recours en justice »[3], ce qui permet de lui reconnaître dans le cadre de son autonomie juridictionnelle, une autonomie procédurale. Enfin, elle y précisa que « ces modalités [procédurales] ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »[4].

La Cour renforce donc concomitamment la prise en compte de l'autonomie étatique en matière juridictionnelle et les conditions du respect par l'État de son obligation de garantir les droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Elle reprit cette évolution dans un autre

[1] CJCE, 19 décembre 1968, Salgoil, Aff. C-13/68.
[2] CJCE, 16 décembre 1976, Rewe-Zentral, Aff. C-33/76, point 5.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibidem*.

arrêt[1], avant de la compléter à nouveau dans l'arrêt Peterbroeck[2]. Elle y observa ainsi, qu'en plus de cette nouvelle condition relative à la similarité des recours en droit interne, la libre fixation des modalités procédurales par l'État ne doit pas « rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »[3]. Il s'agit ici d'un renforcement des conditions par l'intermédiaire desquelles l'État demeure libre de déterminer son organisation juridictionnelle. Ces deux conditions seront ensuite respectivement qualifiées par la Cour de « principe d'équivalence » et de « principe d'effectivité »[4]. Cette ligne de jurisprudence fut reprise à de nombreuses occasions par la juridiction de l'Union[5], et confirme une prise en compte de l'autonomie juridictionnelle de l'État membre comparable à celle de son autonomie institutionnelle ou territoriale, c'est à dire encore une fois placée sous le sceau de l'indifférence, indifférence qui perdure tant que la garantie des droits que les justiciables tirent des dispositions du droit de l'Union satisfait aux principes d'effectivité et d'équivalence.

À cet effet, la Cour précisa que « le principe de protection juridictionnelle effective ne requiert pas, en tant que tel, l'existence d'un recours autonome tendant, à titre principal, à contester la conformité de dispositions nationales avec des normes de l'Union, pour autant que le respect des principes d'équivalence et d'effectivité est assuré dans le cadre du système des recours internes »[6]. De même, elle reconnut l'importance du principe de l'autorité de la chose jugée tant dans les ordres juridiques des États que de l'Union et observa que « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause », du moins tant qu'elle garantit la bonne application des principes d'effectivité et d'équivalence[7].

421. Dans l'appréciation et l'application de ces deux derniers principes et plus particulièrement à propos de celui d'effectivité, la Cour a ajouté que « *chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant*

[1] CJCE, 16 décembre 1976, Comet, Aff. C-45/76, point 12.
[2] CJCE, 14 décembre 1995, Peterbroeck, Aff. C-312/93.
[3] *Ibid.*, point 12.
[4] CJCE, 20 septembre 2001, Courage, Aff. C-453/99, point 29.
[5] CJCE, 11 septembre 2003, Safalero, Aff. C-13/01, point 49 ; CJCE, 17 juin 2004, Cash & Carry, Aff. C-30/02, point 17 ; CJCE, 13 mars 2007, Unibet, Aff. C-432/05, points 38, 39 et 43 ; CJCE, 7 juin 2007, van der Weerd, Aff. jointes C-222/05 à C-225/05, point 28 ; CJCE, 12 février 2008, Kempter, Aff. C-2/06, point 57 ; CJCE, 6 octobre 2009, Asturcom, Aff. C-40/08, point 38.
[6] Arrêt Unibet, précité, point 47.
[7] CJCE, 16 mars 2006, Kapferer, Aff. C-234/04, points 20-22 ; voir aussi Arrêt Asturcom, précité, points 35-37

compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales »[1], mais aussi et surtout « qu'une règle de droit national empêchant la mise en œuvre de la procédure prévue à [l'article 267 TFUE] doit être écartée »[2]. Ainsi une règle procédurale nationale qui aurait pour effet de rendre impossible ou difficile la mise en œuvre du mécanisme préjudiciel selon le principe d'effectivité ne peut être validée par la Cour au motif de la reconnaissance de l'autonomie juridictionnelle et procédurale de l'État membre, ce qui démontre encore une fois la faiblesse de cette autonomie.

En effet, cette dernière considération semble tout droit inspirée de l'arrêt Simmental, au travers duquel était évaluée par la Cour la compatibilité avec le droit de l'Union, d'une règle procédurale italienne issue de sa jurisprudence constitutionnelle et de sa Constitution. Selon celle-ci, tout juge devait déférer à la Cour constitutionnelle la question de « l'illégitimité constitutionnelle » d'une loi, avant de pouvoir l'écarter, même si elle rentrait en contradiction avec le droit de l'Union. La Cour répondit selon « une formule devenue incantatoire »[3] en considération de l'effet utile du droit de l'Union et plus particulièrement de l'article 267 TFUE que « *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* »[4]. Aussi, l'État membre ne peut au bénéfice de son autonomie procédurale justifier d'une modalité procédurale même fixée au niveau constitutionnel qui aurait pour effet de ne pas respecter le principe d'effectivité du droit de l'Union et de sa garantie.

Cela traduit à nouveau la relative marge de manœuvre dont il dispose en matière juridictionnelle ou procédurale et laisse supposer à ce titre que son autonomie juridictionnelle n'est que peu respectée par l'Union, puisqu'à la moindre incartade à l'un ou l'autre des principes d'effectivité ou d'équivalence, la Cour peut contraindre le juge national à écarter une règle de procédure nationale. Cette jurisprudence, sous couvert de faire respecter l'effet direct et la primauté du droit de l'Union, conduit ainsi à mettre en cause une règle nationale de cette teneur, qu'il appartient pourtant à l'État membre de définir selon son autonomie

[1] Arrêt Peterbroeck, précité, point 14 ; voir également Arrêt Asturcom, précité, point 39.
[2] Arrêt Peterbroeck, précité, point 13.
[3] CANIVET G., « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire, contre-éloge de la tragédie », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 616-617.
[4] CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, Aff. C-106/77, point 24.

juridictionnelle et procédurale. Elle vise en outre à attribuer au juge national, une compétence que le droit national ne lui accorde pourtant pas : celle d'écarter par lui-même une loi nationale non conforme au droit de l'Union.

422. Par ailleurs, dans une affaire similaire, cette ligne jurisprudentielle conduisit la Cour à sanctionner une mesure procédurale polonaise sur la même base, tout en précisant que le juge national n'est toutefois pas contraint de constater la nullité de la disposition nationale en cause, mais seulement de la laisser inappliquée. La Cour y rappela en outre, sans qu'il soit désormais véritablement possible d'y croire, que « la compétence des organes et juridictions [est] à cet égard propre à chaque État membre »[1]. En effet, cette décision n'a-t-elle pas pour conséquence de négliger la répartition interne des compétences juridictionnelles entre les différentes juridictions notamment ordinaires et constitutionnelles telle qu'elle fut décidée par l'État membre ?

C'est également vrai dans deux autres arrêts[2], concernant des règles constitutionnelles procédurales bulgare et slovaque liant les juges du fond aux interprétations de la juridiction supérieure, en l'espèce constitutionnelle, et qui avaient pour effet, même dans le cas où ces interprétations étaient contraires au droit de l'Union, de les contraindre à suivre la solution du juge supérieur en excluant de fait leur faculté d'adresser une question préjudicielle à la Cour de justice. Cette modalité procédurale fixe les relations entre juge du fond et juge de degré supérieur, elle relève donc bien de l'autonomie juridictionnelle et procédurale de l'État membre. Toutefois ici aussi, la Cour invita les juges nationaux à écarter au besoin la mesure, ce qui les conduisit à s'éloigner des prescriptions de leur propre ordre juridique. À ce sujet, cette solution fut analysée comme « une manifestation des incidences que cet article peut produire sur la hiérarchie au sein des ordres juridictionnels nationaux, qui s'efface ici au profit de la coopération imposée pour l'interprétation du droit communautaire »[3].

423. Dans la même lignée, la juridiction de l'Union a enfin conclu dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) française que « l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de

[1] CJCE, 19 novembre 2009, Filipiak, Aff. C-314/08, point 82.
[2] CJUE, 5 octobre 2010, Elchinov, Aff. C-173/09 ; CJUE, 15 janvier 2013, Križan e.a., Aff. C-416/10.
[3] POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *op.cit.*, p. 142.

constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles »[1].

Elle tempéra néanmoins ses propos en précisant que si les autres juridictions peuvent adresser à tout moment une question préjudicielle à la Cour pendant la mise en œuvre de la QPC, adopter toute mesure nécessaire à la garantie des droits tirés de l'ordre juridique de l'Union et également laisser inappliquée la disposition faisant l'objet du renvoi devant le Conseil lorsqu'elle est contraire au droit de l'Union, alors la QPC peut ne pas être incompatible avec le droit de l'Union, ce qu'elle renvoya à l'appréciation de la juridiction de renvoi. Encore une fois la Cour fait preuve d'un large encadrement de l'autonomie juridictionnelle et procédurale de l'État membre en la conditionnant au respect des obligations découlant du droit de l'Union et notamment du renvoi préjudiciel, à tel point qu'il paraît difficile de reconnaître dans ce cadre le respect de l'identité nationale de l'État membre par la Cour de justice.

Comme le relève Frédérique Berrod, « *les exigences de l'appartenance à l'Union imposent donc aux États membres de remodeler [parfois] certains aspects de leur arsenal judiciaire, sans pour autant devoir suivre un modèle unique de voie de droit. L'européanisation est, dans ces conditions, inéluctable, mais doit rester respectueuse des spécificités nationales* »[2]. Un rapprochement explicite entre indépendance du pouvoir judiciaire et identité nationale a du reste été opéré par un État membre dans l'affaire O'Brian[3]. Néanmoins, l'argument pour le moins douteux tenait en l'espèce à la rémunération et à l'organisation du temps de travail des juges qui ne présentent vraisemblablement pas de lien réel avec l'indépendance du pouvoir judiciaire. L'argument ne fut donc pas considéré comme pertinent par la Cour de justice, qui ne rejeta toutefois pas qu'un lien puisse être établi entre indépendance judiciaire, notion particulièrement connexe à celle d'autonomie juridictionnelle, et identité nationale.

424. Toujours, à propos de la question préjudicielle, mais en dehors de l'analyse des règles procédurales nationales susceptibles de limiter la faculté des juridictions internes de recourir au mécanisme préjudiciel, se pose une autre question lors de la mise en œuvre de ce

[1] CJUE, 22 juin 2010, Melki, Abdeli, Aff. jointes C-188/10 et C-189/10, point 57.
[2] BERROD F., « Plaidoyer pour une union de droit dans la diversité des systèmes judiciaires nationaux », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 81-101, p. 95.
[3] CJUE, 1er mars 2012, O'Brien, Aff. C-393/10.

mécanisme : la reconnaissance ou non par la Cour de justice de la nature juridictionnelle de l'entité nationale procédant au renvoi. Il convient d'examiner cette question afin de déterminer si l'Union marque dans ce cadre un respect plus prononcé envers l'autonomie juridictionnelle des États membres.

2. La reconnaissance de « l'autonomie constitutionnelle » dans l'interprétation de la notion de juridiction

425. La Cour de justice est compétente selon l'article 267 pour statuer sur toute question préjudicielle soulevée devant une juridiction nationale lors d'un litige pendant et renvoyée à son appréciation. Ainsi par cette formule, le traité n'ouvre la faculté d'adresser à la Cour cette question préjudicielle qu'aux seules « juridictions » des États membres, encore faut-il s'entendre sur l'acception de ce terme[1]. La notion de juridiction est considérée depuis l'arrêt Vaassen-Göbbles comme une notion relevant du droit de l'Union[2], et devait par conséquent être appréciée au moyen de critères définis non pas au niveau national, mais par la réglementation de l'Union. Cette exigence résulte du caractère fondamental du mécanisme préjudiciel dans la construction européenne, venu garantir en l'absence d'une subordination du juge national par le juge de l'Union et dans la compétence de droit commun dévolue au premier pour assurer le respect du droit de l'Union, que l'application de ce droit soit uniforme sur l'ensemble des territoires nationaux. En effet, l'Union s'est appuyée sur la légitimité du juge national au sein de son ordre juridique, pour asseoir la force contraignante et l'unité de son droit. Ainsi, comme le relève l'avocat général Colomer, « les juridictions nationales perdent de leur caractère stratégique lorsqu'on admet la participation de sujets de nature administrative, soumis au pouvoir exécutif et dépourvus du statut propre d'une juridiction, dans le dialogue préjudiciel »[3].

426. Suivant la démarche de la Cour, les critères utilisés dans l'arrêt Vaassen-Göbbles sont au nombre de cinq. Pour qualifier l'organe lui soumettant une question dans l'objet de déterminer sa compétence propre, le juge emprunta un faisceau d'indice qu'il ne prit toutefois pas la peine de définir en terme général et absolu, mais qu'il dégagea du cas d'espèce. Sa méthode visa premièrement à déterminer si l'organe avait une origine légale, puis si les

[1] Voir sur ce point, RITLENG D., « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », *op.cit.*, p. 589 et s.
[2] CJCE, 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels, Aff. C-61/65.
[3] Conclusions COLOMER R.-J., CJCE, 25 juin 2009, Umweltanwalt, Aff. C-205/08, point 31.

conditions de sa modification ou de sa suppression le rendaient suffisamment permanent, ensuite s'il suivait une procédure contradictoire et si sa juridiction était obligatoire dans le litige pendant, enfin s'il tranchait les litiges qui lui étaient soumis sur la base du droit. En plus de ces critères, viendra s'ajouter celui de l'indépendance de l'organe vis à vis des parties aux litiges[1], ou eu égard à l'inamovibilité de ses membres[2].

Le fil de cette jurisprudence permit d'adopter dans les décisions successives une formule bien arrêtée selon laquelle « *pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction au sens de* [l'article 267 TFUE]*, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par l'organisme, des règles de droit ainsi que son indépendance* »[3]. Cette série de critères fut affinée et aménagée au fur et à mesure de son utilisation par la Cour dans les recours préjudiciels lui étant adressés. Ainsi elle assouplit dans l'arrêt Corsica Ferries l'exigence d'une procédure contradictoire en précisant que le mécanisme préjudiciel « ne subordonne pas la saisine de la Cour au caractère contradictoire de la procédure au cours de laquelle le juge national formule les questions préjudicielles, même si une telle procédure peut s'avérer de l'intérêt d' une bonne administration de la justice »[4]. D'un autre côté, elle posa de nouvelles conditions relatives, d'une part dans l'affaire Cartesio à l'existence préalable d'un litige pendant devant cet organe qui doit aboutir à une décision à caractère juridictionnel conformément d'ailleurs à la lettre de l'article 267 TFUE[5], et d'autre part dans l'arrêt Nordsee à l'intervention d'office dans la procédure interne des autorités publiques en charge de faire appliquer le droit de l'Union sur le territoire national[6].

Cette interprétation, à la lumière exclusive du droit de l'Union, de la notion de juridiction peut ainsi conduire à refuser cette nature à un organe national pourtant considéré comme telle dans son ordre juridique interne[7], ou inversement à la retenir pour un organe qui

[1] CJCE, 30 mars 1993, Corbiau, Aff. C-24/92, points 16 et 17.
[2] CJCE, 17 septembre 1997, Dorsch Consult, Aff. C-54/96, point 34.
[3] En premier lieu, Arrêt Dorsch Consult, précité, point 23; puis CJCE, 27 avril 2006, Standesamt, Aff. C-96/04, point 11 ; CJCE, 16 décembre 2008, Cartesio, Aff. C-210/06, point 55 ; ou encore CJUE, 10 décembre 2009, Umweltanwalt, Aff. C-205/08, point 35.
[4] Voir CJCE, 17 mai 1994, Corsica Ferries, Aff. C-18/93, point 12 ; confirmé dans l'arrêt Dorsch Consult, précité, point 31 ; puis dans l'arrêt Standesamt, précité, point 13 ; et enfin dans l'arrêt Cartesio, précité, point 56.
[5] Arrêt Cartesio, précité, point 56.
[6] CJCE, 23 mars 1982, Nordsee, Aff. C-102/81, point 12.
[7] Voir par exemple l'arrêt Corbiau, précité, point 17 ; en liaison avec les conclusions DARMON M., CJCE, 16 février 1993, Corbiau, Aff. C-24/92, point 12.

ne serait pas ainsi qualifié à l'échelon étatique[1]. En procédant à sa propre interprétation de la notion, la Cour peut donc parfois entrer en conflit avec l'organisation juridictionnelle de l'État membre en ne suivant pas les qualifications retenues par son ordre juridique national.

427. Déterminer l'origine juridictionnelle d'un organe national désirant soumettre une question préjudicielle découle en premier lieu selon l'avocat général Colomer et avant même l'application des critères précédemment dégagés par la jurisprudence, de son appartenance à l'organisation judicaire nationale. Ainsi, seuls les organes à caractère judiciaire devraient être susceptibles de pouvoir actionner le mécanisme préjudiciel. Néanmoins, compte tenu de l'hétérogénéité des organisations juridictionnelles en Europe, l'ensemble des juridictions nationales ne relèvent pas à proprement parler de l'organisation judiciaire. Tel est le cas lorsque l'État adopte un système juridictionnel distinguant l'ordre judiciaire de l'ordre administratif, comme l'État français a par exemple pu le faire avec le Conseil d'État et la Cour de cassation. C'est la raison pour laquelle l'avocat général considère que doivent être posées deux exceptions à la règle, selon laquelle seul un organe judicaire peut participer au mécanisme préjudiciel, afin de pouvoir garantir la participation de certains organes parajudiciaires.

La première, lorsque l'organe considéré adopte des solutions non susceptibles de recours devant les organes judiciaires, ce qui vise à assurer tant que cela est encore possible l'application uniforme du droit de l'Union et la seconde, lorsque il est octroyé à cet organe des fonctions judicaires par l'État membre, ce qui permet cette fois de prendre en considération l'organisation juridictionnelle de cet État dans l'attribution des compétences juridictionnelles. L'avocat général préconise d'ailleurs dans ces deux cas une application plus stricte des critères jurisprudentiels précédemment définis pour reconnaître à un tel organe la faculté de soumettre une question préjudicielle à la Cour, afin de « maintenir un équilibre entre le caractère strictement judiciaire des renvois préjudiciels et la répartition des pouvoirs dans les États membres »[2]. Cette vision aura d'ailleurs certainement été partagée par la Cour lorsqu'elle ajouta la condition d'indépendance des organes dans une affaire où la question était adressée par un organe parajudiciaire présentant des liens évidents avec les services administratifs parties au litige pendant.

Il note à ce propos que si la Cour a ouvert le mécanisme préjudiciel aux organes parajudiciaires, c'est afin d'entériner « la valeur des décisions constitutionnelles des États

[1] Voir CJCE, 6 octobre 1981, Broekmeulen, Aff. C-246/80, points 11 et 17.
[2] Conclusions COLOMER R.-J., CJCE, Umweltanwalt, précitées, point 36.

membres » en admettant « 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 »[1]. Il ajoute que « si un pays membre attribue des fonctions juridictionnelles à des organes parajudiciaires, et entérine cette attribution au moment constituant, il y a là une volonté intimement liée à l'identité et à l'autonomie constitutionnelle nationale que la Cour respecte », tirant alors la conséquence que « [l'article 267 TFUE] est un moyen de communication avec les autorités nationales qui ont constitutionnellement la faculté de dire le droit »[2]. Aussi, reconnaître la participation de tels organes favorise concomitamment la prise en compte de l'organisation juridictionnelle étatique et donc celle des traits communs ou divergents de leur identité nationale par la prise en compte de leur autonomie constitutionnelle.

L'avocat général replace ainsi l'interprétation de la notion de juridiction au sens de l'article 267 TFUE dans le contexte de l'identité nationale, pour insister sur l'équilibre que doit observer la Cour entre le respect de cette identité et l'importance d'un dialogue purement juridictionnel entre les juges nationaux et de l'Union garantissant l'uniformité et la légitimité de son droit.

428. La structure juridictionnelle de l'État fait également l'objet d'une intégration, certes implicite, au sein du champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale. Or, le respect par la Cour de justice de cette structure est encore une fois mitigé. Il oscille encore entre indifférence et déférence. L'indifférence est de mise au sujet de l'autonomie juridictionnelle dans le cadre des compétences transférées à l'Union, lors de l'appréciation des contrôles internes tenant à l'application du droit de l'Union, pour lesquelles les juges nationaux sont instrumentalisés. Par contre, une certaine déférence se perçoit envers l'organisation juridictionnelle en tant que compétences réservées par les États membres, lorsqu'il s'agit de prendre en compte la définition constitutionnelle des organes juridictionnels internes, lors de l'interprétation de la notion européenne de juridiction dans le cadre du renvoi préjudiciel. Il faut remarquer que dans ce second cadre, le renvoi même implicite à la notion d'identité nationale par l'évocation de l'autonomie constitutionnelle, a de nouveau facilité la prise en compte par la Cour de justice d'un élément identifié par les États membres comme relevant de leur identité constitutionnelle. Qu'en est-il de leur autonomie territoriale ?

[1] *Ibid.*, point 47.
[2] *Ibidem*.

Paragraphe 2 : La structure territoriale de l'État

429. Il s'agit désormais de s'attacher à l'analyse de la structure territoriale des États membres en tant que composante de l'identité nationale respectée par l'Union, c'est à dire au respect des relations et de la répartition cette fois-ci verticale des compétences entre eux et les entités infraétatiques qui les composent. La structure territoriale, qui a comme objet de fixer « *pour chaque État le point d'équilibre entre la dynamique du centre et de la périphérie ou entre l'entropie (tendance à l'éparpillement ou à l'éclatement) et la néguentropie (tendance au resserrement, à la concentration), double mouvement qui anime toute structure vivante* », exerce à ce titre « une influence indiscutable sur le fonctionnement et peut-être même sur la nature du régime politique »[1].

Sa structure territoriale apparaît en ce sens tout aussi essentielle pour l'État que la désignation et l'organisation de ses institutions centrales ou fédérales, puisqu'elle est de même un reflet de son passé, des circonstances de sa création par le choix des constituants s'inspirant des caractéristiques de son territoire et de sa population, mais également de son histoire politique et constitutionnelle. Elle emporte ainsi à son tour la qualification de l'État cette fois-ci dans sa forme. Pour ces diverses raisons, nombre d'États membres n'ont pas hésité à insérer leur structure territoriale parmi les composantes de leur identité constitutionnelle opposable, non seulement au pouvoir de révision constitutionnelle, mais également à la primauté du droit de l'Union[2]. Néanmoins, elle présente également des différences notables d'un État à l'autre, de telle sorte qu'il s'agit là d'un élément spécifique à l'identité constitutionnelle de chaque État.

430. Il apparaît dès lors nécessaire de déterminer si l'Union au moyen de son droit primaire et de ses actes respecte les choix nationaux en la matière ou y fait du moins une quelconque référence. L'affirmation de ce respect devient d'autant plus nécessaire que « *tant les États centraux que les régions autonomes voient leurs compétences législatives rabotées par la Communauté, mais les premiers réussissent à compenser cette perte d'autonomie par leur participation directe au Conseil, principal organe législatif de la Communauté, tandis que les*

[1] CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 292.
[2] Voir *supra* (§169 ; §295).

régions sont dépourvues d'une telle participation mais néanmoins confrontées aux décisions communautaires »[1].

431. D'abord, l'article 4 disposant du principe du respect de l'identité nationale précise de façon particulièrement explicite qu'est incluse parmi le respect des structures fondamentales nationales « l'autonomie locale et régionale »[2]. Cette formule permet à l'instar de l'autonomie institutionnelle, d'insérer sans aucun doute l'autonomie territoriale de l'État membre parmi le champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale.

D'ailleurs, la CDF rappelle de la même manière que la préservation et le développement des valeurs communes qu'elle regroupe doit se faire « dans le respect de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local », ce qui fait particulièrement écho à l'article 4 TUE. De plus, la formule du traité précédemment observée dans le cadre de l'autonomie institutionnelle « conformément à leurs règles constitutionnelles », prend également du sens à l'égard de la répartition verticale des compétences étatiques.

432. Ensuite, à l'instar de l'organisation institutionnelle de l'État membre, l'Union ne dispose dans son droit primaire d'aucune compétence relative à l'organisation territoriale de ce dernier. Ici aussi, cela laisse présager son indifférence face à la forme des États membres. Néanmoins, certaines références relatives à leur organisation territoriale se retrouvent dans le traité. Par exemple, en est fait mention dans l'article 5 relatif à la mise en œuvre du principe de subsidiarité dans les domaines non exclusifs de compétences de l'Union, au moyen duquel elle n'intervient que « si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local »[3].

De même, selon un protocole annexé au traité relatif à l'application du principe de subsidiarité, la Commission lors de l'exercice de son initiative législative doit procéder à de larges consultations qui « doivent tenir compte, le cas échéant, de la dimension régionale et locale des actions envisagées »[4]. Ensuite, dans un autre protocole, à propos de la fourniture, de l'exécution et de l'organisation des services d'intérêt général, l'Union reconnaît « le rôle

[1] DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 93.
[2] Article 4§2 TUE.
[3] Article 5§3 TUE.
[4] Protocole n°2 annexé au traité, portant sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, article 2.

essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales »[1].

Ces trois références laissent par leurs termes présager la reconnaissance de l'autonomie territoriale des États et des compétences qu'ils daignent attribuer à l'échelon local pour la mise en œuvre du droit de l'Union.

433. Enfin, une dernière considération du droit primaire à l'égard de l'organisation territoriale des États membres provient de la création du comité des régions. Bien que son rôle soit purement consultatif, il intervient notamment dans le cadre de compétences régulièrement dévolues aux entités infraétatiques tels les transports[2], l'emploi[3], le domaine social[4], l'éducation[5], la culture[6], la santé[7]. Sa composition est largement favorable au respect du rôle des collectivités, puisqu'il regroupe « des représentants des collectivités régionales et locales qui sont soit titulaires d'un mandat électoral au sein d'une collectivité régionale ou locale, soit politiquement responsables devant une assemblée élue ».

Ainsi, les premiers concernés, à savoir les élus locaux, sont consultés sur tout nouveau projet de législation européenne les touchant et par conséquent sont en mesure de désamorcer en amont du texte, les éventuels conflits qu'il pourrait faire naître à l'égard des autonomies locales. Ce comité consultatif a d'ailleurs à plusieurs reprises, reconnu, précisé et rappelé l'autonomie locale dont bénéficient les collectivités infraétatiques des États membres[8].

434. Au regard du droit primaire, l'État paraît en mesure de faire respecter par l'Union sa forme territoriale comme un élément issu de son identité nationale. Pour confirmer cette affirmation du traité, il faut désormais s'attarder sur la jurisprudence de la Cour de justice afin de déterminer si en pratique, l'autonomie territoriale des États membres est respectée dans le fonctionnement de l'Union.

Comme dans le cadre du respect de l'autonomie institutionnelle de l'État membre, le traitement accordé par la Cour à la répartition verticale des compétences étatiques doit

[1] Protocole n°26 annexé au traité, portant sur les services d'intérêt général, article 1.
[2] Article 71 et 100 TFUE.
[3] Article 149 TFUE.
[4] Article 153 et 164 TFUE.
[5] Article 165 et 166 TFUE.
[6] Article 167 TFUE.
[7] Article 168 TFUE.
[8] Voir en ce sens : Livre blanc du Comité des régions sur la gouvernance à multi-niveaux, JO n° C 211 du 04/09/2009 pp. 1-27 ; Avis du Comité des régions sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, document de stratégie de la Commission européenne sur les progrès réalisés dans le processus d'élargissement, JO n° C 31 du 07/02/2006 pp. 19-22 ; Avis du Comité des régions sur l'état du processus de décentralisation dans l'Union européenne et la place de l'autonomie locale et régionale dans le projet de traité constitutionnel, JO C 31 du 7.2.2006, pp. 1-5.

s'apprécier en considération des circonstances dans lesquelles son respect est invoqué par l'État, c'est à dire lorsque ce dernier l'invoque dans le cadre de l'application directe du droit de l'Union ou dans le cadre de ses compétences réservées. Toutefois, la distinction apparaît ici moins convaincante dans la mesure où, hormis sa compétence en matière de fiscalité directe et la spécificité de la jurisprudence afférente de l'Union dans le domaine des aides d'État, seul l'exercice par l'État de sa compétence en matière de définition du régime d'assurance soins aura fait l'objet d'une telle invocation relative à l'autonomie territoriale. Or, la Cour reçut cet argument de la même façon que s'il avait été invoqué dans le cadre de l'application directe du droit de l'Union par l'État.

Seront donc étudiés dans un premier temps les arguments tirés de leur organisation territoriale par les États membres afin de justifier, soit la mauvaise ou la non application du droit de l'Union, soit le non-respect de ce celui-ci lors de l'exercice étatique des compétences réservées en matière d'assurance soins (A). Puis, sera analysé le cas particulier de l'autonomie fiscale locale dans le cadre des aides d'État qui semble pour sa part nettement renforcer la prise en compte à titre général de l'autonomie territoriale des États membres (B).

A) L'autonomie territoriale rationalisée

435. Dans cette première partie de l'analyse relative à la prise en compte par la Cour de justice de l'autonomie des États membres dans la détermination de leur organisation territoriale, il conviendra de reprendre la distinction précédemment établie entre les situations où il est question de l'application du droit de l'Union par l'État dans des domaines de compétence partiellement ou complètement transférés vers l'Union (1), et celles où il est question du respect du droit de l'Union par l'État membre lors de la mise en œuvre de ses compétences réservées en matière d'assurance santé (2).

1. L'autonomie territoriale rationalisée dans l'application du droit de l'Union

436. S'agissant tout d'abord de la mise en œuvre directe du droit de l'Union par l'État, les considérations précédemment retenues à l'égard de l'autonomie institutionnelle valent tout autant dans le cadre de l'autonomie territoriale. L'État reste libre de déterminer son organisation cette fois-ci territoriale, dès lors qu'il ne remet pas en cause son obligation d'application effective du droit de l'Union. En dehors de l'application des directives, un

domaine de compétences attribué à l'Union est particulièrement intéressant à ce sujet, celui de la politique agricole commune.

437. Concernant tout d'abord l'obligation pour les États membres de mettre en place des régimes de contrôle pour l'octroi de prime à la vache allaitante, l'Allemagne a par deux fois invoqué son organisation fédérale.

D'abord, elle tenta de justifier l'inadéquation des systèmes de contrôle mis en place par les Länder vis-à-vis des prescriptions européennes en la matière, dans la mesure où ils relèvent de leurs compétences propres et non de celles de l'État fédéral[1]. La Cour considéra dans un premier temps qu'il « n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur la répartition des compétences par les règles institutionnelles de chaque État membre et sur les obligations qui peuvent incomber respectivement aux autorités de la République fédérale et à celles des Länder »[2]. En ce sens, elle reconnut l'autonomie territoriale des États membres. Pourtant, elle retint dans ce cadre, qu'il « incombe à toutes les autorités des États membres, qu'il s'agisse d'autorités du pouvoir central de l'État, d'autorités d'un État fédéré ou d'autres autorités territoriales, d'assurer le respect des règles du droit communautaire dans le cadre de leurs compétences »[3]. La Commission doit alors dans ce cadre se limiter à vérifier la correcte application du droit de l'Union, en évaluant l'efficacité dans leur ensemble des mesures de surveillance et de contrôle établies « selon les modalités de l'ordre juridique national »[4].

Ensuite, l'Allemagne utilisa dans une autre affaire un argument tiré de son autonomie territoriale pour contester des corrections financières relatives à l'octroi de la prime à la vache allaitante, ces corrections ayant été opérées par la Commission sur la base d'une extrapolation à l'ensemble des Länder de fautes constatées dans trois d'entre eux. Ici, la Commission elle-même avait reconnu son devoir concernant l'identité fédérale allemande de « prendre cette structure en considération lorsqu'il s'agit de déterminer si les insuffisances en matière de contrôle relevées dans un Land constituent un problème spécifique à ce Land ou un problème à l'échelle fédérale »[5]. La Cour, rappelant de nouveau sa formule de principe selon laquelle la Commission ne saurait se prononcer sur la répartition verticale des compétences au sein des États membres, précisa toutefois que « *cette même répartition des compétences ne saurait constituer une raison suffisante pour aménager les obligations qui incombent aux États*

[1] CJCE, 12 juin 1990, Allemagne c/ Commission, Aff. C-8/88.
[2] *Ibid.*, point 13.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibidem*.
[5] CJCE, 4 mars 2004, Allemagne c/ Commission, Aff. C-344/01, point 43.

membres envers la Communauté dans le cadre de la répartition de la charge de la preuve d'une violation des règles de l'organisation commune des marchés agricoles »[1]. D'ailleurs, l'aménagement de la répartition de la charge de la preuve sur une telle considération aurait de plus, comme le relève la Commission, entraîné « une discrimination entre les différents États membres, car les États membres à constitution fédérale subiraient des corrections financières moindres que les États membres dotés d'une structure plus centralisée »[2].

Ainsi dans ces deux affaires, la Cour, bien qu'elle reconnaisse à nouveau l'autonomie territoriale des États membres lors de la mise en œuvre du droit de l'Union, n'accepte pas que des justifications tirées de leur organisation territoriale puissent les dédouaner des impératifs découlant de l'obligation d'application effective de ce droit. L'autonomie territoriale de l'État vaut donc tant que l'effectivité du droit de l'Union n'est pas menacée.

438. Cette approche fut réitérée dans une autre affaire au sujet de la mise en œuvre des exigences minimales pour les bonnes conditions agricoles et environnementales qui, découlant d'un règlement européen, concernait plus spécifiquement l'entretien des chemins grevés de servitudes de passage[3].

La Cour devait déterminer dans cette affaire si la délégation des compétences de mise en œuvre du droit de l'Union aux autorités régionales disposant d'une compétence législative en la matière était contraire au droit de l'Union, dans la mesure où cette délégation conduisait au gré de ces diverses autorités à des disparités sur l'ensemble du territoire de l'État membre, en l'espèce le Royaume-Uni. La Cour considéra, en référence à l'arrêt Fruit Company[4], que lorsque le règlement en question tout autant que les traités « *reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque État* »[5]. Est donc encore une fois rappelé le principe d'autonomie institutionnelle et territoriale des États membres dans l'exécution du droit de l'Union. Pourtant, comme précédemment observé, la Cour précisa de nouveau que si l'État reste libre de déterminer la répartition verticale des compétences en son sein, ce n'est qu'à la condition « que cette répartition des compétences permette une mise en

[1] *Ibid.*, point 60.
[2] *Ibid.*, point 45.
[3] CJCE, 16 juillet 2009, Horvath, Aff. C-428/07.
[4] Voir *supra* (§408).
[5] Arrêt Horvath, précité, point 49.

œuvre correcte des actes de droit communautaire en cause »[1]. En l'espèce, la Cour ne sanctionna pas les mesures nationales adoptées par ses autorités régionales, car bien qu'instaurant des disparités sur l'ensemble du territoire national, elles restaient conformes aux prescriptions du droit de l'Union.

Le respect de l'autonomie territoriale de l'État membre apparaît donc tout aussi relatif que la prise en compte de son autonomie institutionnelle, lorsque ce dernier met en œuvre le droit de l'Union, puisque s'il la définit librement, elle ne peut lui permettre de justifier une application incorrecte de ce droit. La Cour témoigne ainsi à nouveau d'une réelle indifférence face aux choix structurels de l'État membre, dès lors qu'ils lui permettent de satisfaire aux obligations imposées par le droit de l'Union.

439. Cette conception est tout aussi flagrante dans l'application générale des directives par les États membres, puisque les termes de l'article 288 TUE, selon lesquels l'État reste libre « quant à la forme et aux moyens » nécessaires afin de les transposer dans l'ordre juridique interne, s'applique également à son organisation territoriale. Dans trois affaires différentes, les Pays-Bas et l'Italie invoquèrent ainsi la répartition verticale de leurs compétences pour justifier de la mauvaise transposition de directives en droit national[2].

Dans les trois situations, la Cour reconnut la liberté de l'État membre de définir cette répartition afin de mettre en œuvre les directives en droit national, soit par le biais des autorités régionales, soit par celui des autorités centrales. Or, elle précisa dans le premier arrêt que « cela ne saurait cependant le dispenser de l'obligation de traduire les dispositions de la directive dans des dispositions internes ayant un caractère contraignant »[3], puis dans les deuxième et troisième qu'un « État membre ne saurait exciper de situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et des délais résultant des directives communautaires »[4]. Elle ajouta en outre que si « *chaque État membre est libre de répartir, comme il l'entend, les compétences normatives sur le plan interne, il n'en demeure pas moins qu'en vertu de* [l'article 258 TFUE] *il reste seul responsable, vis-à-vis de la Communauté, du respect des obligations qui résultent du droit communautaire* »[5].

[1] *Ibid.*, point 50.
[2] CJCE, 25 mai 1982, Commission c/ Pays-Bas, Aff. jointes C-96/81 et C-97/81 ; CJCE, 13 décembre 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-33/90 ; CJCE, 10 juin 2004, Commission c/ Italie, Aff. C-87/02.
[3] Arrêt Commission c/ Pays-Bas, précité, point 12.
[4] Arrêt Commission c/ Italie, précité, point 24 ; Arrêt Commission c/ Italie, précité, point 38.
[5] *Ibidem*.

440. Dans ce même cadre de transposition des directives, une affaire pendante devant la Cour a, au sein des conclusions de l'avocat général Kokott, permis l'établissement d'un lien direct entre l'autonomie locale et régionale et le principe du respect de l'identité nationale[1]. Il est reproché à l'Espagne par la Commission de n'avoir transposé que partiellement une directive cadre. L'Espagne argue qu'elle ne pouvait pas la transposer intégralement, en ce que certaines compétences nécessaires à celle-ci relèvent des communautés autonomes. Toutefois, elle soutient également que la directive est pleinement applicable en vertu du caractère supplétif du droit national sur le droit local dont dispose la Constitution qui, en l'absence d'instruments adoptés par les communautés autonomes, permet d'étendre l'application de l'acte de transposition partielle adopté par les autorités centrales aux situations qui relèvent normalement de la compétence des communautés autonomes, de telle sorte que la carence soit ici surmontée.

Or cette situation n'est pas, selon la Commission et l'avocat général, de nature à satisfaire aux exigences du droit de l'Union en matière de transposition des directives, dans la mesure où elle n'est ni claire, ni suffisante, ni garante d'une certaine sécurité juridique tenant à l'application de la directive. À cet égard, l'Espagne considère que conclure en ce sens serait contraire au devoir de l'Union de respecter l'identité nationale des États membres, notamment au sujet de l'autonomie locale et régionale[2], puisque seule cette application subsidiaire ou supplétive du droit national sur le droit local était à même de garantir l'application de la directive, sans que les autorités centrales de l'État ne soient conduites à empiéter sur les compétences des communautés autonomes. Selon l'avocat général, non seulement cette application supplétive n'était pas proscrite par le droit de l'Union, dès lors qu'elle ne faisait aucun doute, ce qui n'est pas le cas ici, mais de surcroît « *ce serait ne pas respecter la réserve du droit constitutionnel espagnol quant à l'application subsidiaire du droit de l'État central que de le considérer comme la transposition d'une directive. Cela reviendrait à faire peu de cas de la responsabilité en matière législative qui découle des compétences des communautés autonomes* »[3]. L'avocat général conclut par conséquent au manquement de l'Espagne pour l'inaction des communautés autonomes et l'incertitude qui en résulte quant à l'application effective de la directive. Ainsi, si un lien est explicitement créé et reconnu par l'avocat général entre l'autonomie des communautés autonomes espagnoles et l'identité nationale de l'Espagne, non seulement l'avocat général n'accepte pas en l'espèce l'argument justificatif

[1] Conclusions KOKOTT J., CJCE, 30 mai 2013, Commission c/ Espagne, Aff. C-151/12.
[2] *Ibid.*, point 34.
[3] *Ibid.*, points 34 et 35.

tenant au respect de l'identité nationale, mais le retourne de surcroît à l'encontre de l'Espagne, qui par une telle interprétation ne respecterait pas elle-même sa propre identité nationale.

441. Ces trois arrêts, ainsi que les conclusions de l'avocat général Kokott confirment d'une part la relative prise en compte de l'autonomie territoriale étatique au moyen d'une réelle indifférence de la Cour, même si un lien est parfois reconnu avec le principe du respect de l'identité nationale, et d'autre part l'incapacité des États à justifier la non-transposition ou la transposition non conforme d'une directive par un tel motif[1].

442. L'ensemble des arrêts ici étudiés confirment la conception monolithique de l'État membre par l'Union, formule précédemment empruntée aux réflexions d'Olivier Dubos. En effet, l'État fut considéré comme un seul bloc dans la mise en œuvre de sa responsabilité au sujet de l'action ou de l'inaction de ses institutions centrales. Il en va de même s'agissant de l'action ou de l'inaction de ses entités infraétatiques, seule la responsabilité de l'État membre pris dans son ensemble peut ainsi être déclenchée. Cette conception monolithique se retrouve en outre dans les obligations, précédemment envisagées au sujet de l'autonomie juridictionnelle, de garantir d'une part les droits que les justiciables tirent de l'ordre juridique de l'Union et de réparer d'autre part les préjudices subis par ces derniers lors d'une violation interne du droit de l'Union. Mise en lien avec l'autonomie territoriale de l'État membre, la Cour précisa que cette responsabilité incombe à l'État « quelle que soit l'autorité publique auteur de cette violation et quelle que soit celle à laquelle incombe en principe, selon le droit de l'État membre concerné, la charge de cette réparation »[2]. Elle ajouta d'ailleurs qu'un État membre « ne saurait, dès lors, invoquer la répartition des compétences et des responsabilités entre les collectivités qui existent dans son ordre juridique interne pour s'exonérer de sa responsabilité à ce titre »[3]. Elle observa enfin que « le droit communautaire n'impose aux États membres aucune modification de la répartition des compétences et des responsabilités entre les collectivités publiques qui existent sur leur territoire »[4], dès lors que les modalités procédurales de l'ordre juridique interne permettent le respect des principes précédemment envisagés d'effectivité et d'équivalence.

---

[1] Un autre arrêt semble faire parvenir la Cour à la même conclusion, mais sa rédaction sommaire au sein du recueil ne permet pas d'en avoir la certitude. Voir CJCE, 26 octobre 2006, Commission c/ Autriche, Aff. C-102/06, point 9.
[2] CJCE, 1er juin 1999, Konle, Aff. C-302/97, point 62.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibid.*, point 63.

Cette dernière considération permet donc d'affirmer la reconnaissance et la prise en compte par la Cour des influences croisées entre l'autonomie territoriale d'un État membre et son autonomie juridictionnelle, notamment dans le cadre d'un État fédéral au sein duquel une telle autonomie peut être reconnue aux entités fédérées. Pour autant la Cour demeure totalement indifférente envers cet élément inhérent à l'identité nationale des États membres, tant que les prescriptions du droit de l'Union sont respectées.

2. L'autonomie territoriale rationalisée dans la mise en œuvre des compétences réservées en matière d'assurance soins

443. Il s'agit désormais de se concentrer sur le respect que doit accorder l'État membre au droit de l'Union, lorsqu'il fait exercice de ses compétences réservées, ici en matière d'assurance santé, et de la justification dans ce contexte d'une violation du droit de l'Union par l'invocation d'un élément tiré de son identité nationale, son organisation territoriale. En l'état de la jurisprudence, seul un arrêt a mis en scène une telle situation dans le cadre des compétences réservées de l'État membre, ici en matière de définition du régime d'assurance soins : l'arrêt préjudiciel Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand[1].

La Cour devait déterminer dans cette affaire la compatibilité avec la liberté de circulation des travailleurs d'une réglementation Belge, adoptée conformément à la répartition territoriale des compétences au sein de l'État fédéral par une entité fédérée, en l'espèce la Flandre, et portant sur les conditions d'affiliation à son régime d'assurance soins. Lesdites conditions visaient à empêcher l'affiliation des nationaux et des ressortissants européens résidant sur le territoire d'une autre entité fédérée Belge, bien que travaillant sur le territoire flamand. La Cour ne tarda pas à qualifier la mesure d'entrave à la liberté fondamentale au motif que « *si les États membres conservent leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, ils doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, notamment, les dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs* »[2] et qu'en l'espèce « *la réglementation est de nature à produire de tels effets restrictifs, dans la mesure où elle soumet l'affiliation au régime de l'assurance soins à une*

[1] CJCE, 1 avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, Aff. C-212/06.
[2] *Ibid.*, point 43.

condition de résidence soit dans une partie limitée du territoire national [...] *soit dans un autre État membre* »[1].

444. La mesure ne pouvait dès lors être compatible avec le droit de l'Union qu'à la condition que plusieurs critères soient réunis afin que l'État, ou plutôt l'autorité responsable de la mesure à savoir le Gouvernement flamand, puisse justifier cette restriction. D'abord la mesure doit l'être par « un objectif d'intérêt général », ensuite elle doit être propre « à garantir la réalisation de celui-ci » et enfin elle ne doit pas aller « au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi »[2].

La Cour considéra qu'aucun élément de nature à justifier la restriction ne fut invoqué par la Flandre, alors même que le Gouvernement flamand se référait à ce titre « aux exigences inhérentes à la répartition des pouvoirs au sein de la structure fédérale belge »[3], impliquant que la Flandre ne puisse exercer sa compétence sociale qu'à l'endroit de son territoire. Or, cet argument est en lien, même s'il n'est pas affirmé de façon explicite, avec l'identité nationale de la Belgique, puisqu'il concerne au sens de l'article 4§2 TUE « l'autonomie locale et régionale ». Toutefois la Cour n'accueillit pas ce motif, non pas qu'elle rejetait son lien avec l'intérêt général, elle ne le considéra même pas. En effet, elle préféra se cantonner, sur les conseils de son avocat général[4], à ses arguments habituels en matière de mauvaise application du droit de l'Union par l'État, à savoir « *qu'une autorité d'un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de l'organisation constitutionnelle de cet État, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire* »[5]. Aucune référence n'est alors faite, ni par l'avocat général, ni par la Cour de justice, au principe du respect de l'identité nationale. Si la mesure avait été portée devant la Cour sur la base d'un recours en manquement contre l'État Belge, dès lors nécessairement pris dans sa globalité, il ne fait nul doute qu'elle aurait en outre rappelé qu'indépendamment de l'adoption de la mesure par une entité fédérée, seule l'État pris dans sa globalité demeure responsable à l'égard des violations de ses obligations découlant du droit de l'Union.

Aussi, la Cour se refuse ici à aborder la structure territoriale de l'État membre comme

[1] *Ibid.*, point 47.
[2] *Ibid.*, point 55.
[3] *Ibid.*, point 57.
[4] Conclusions SHARPSTON E., CJCE, 28 juin 2007, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, Aff. C-212/06, points 99-108.
[5] Arrêt Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, précité, point 58.

un motif d'intérêt général susceptible, par son lien avec le principe du respect de l'identité nationale, de justifier une restriction, de même qu'elle ne l'envisage absolument pas à la lumière des exceptions du traité. Dès lors, il semble permis de penser que l'identité nationale de l'État membre dans ce domaine peut difficilement justifier une mauvaise application du droit de l'Union, pas plus qu'un exercice des compétences réservées qui ne respecterait pas ce dernier. Cette solution bien que contestable à l'égard de l'autonomie territoriale Belge, est toutefois certainement marquée par la volonté de la Cour d'empêcher que les États membres se cachent derrière le rempart de la compétence locale, pour ne pas respecter le droit de l'Union dans le cadre de leur compétence réservée, dans la mesure où il leur suffirait d'accentuer le transfert de compétence à cet échelon pour se dédouaner des obligations qui leur sont imposées par celui-ci.

445. Ces dernières réflexions trouvent toutefois une tempérance dans une ligne jurisprudentielle de mieux en mieux établie en matière de fiscalité locale et de caractérisation des aides d'États.

B) La reconnaissance de l'organisation territoriale dans l'interprétation de la notion d'aide d'État

446. Les États membres conservent leurs compétences en matière fiscale, toutefois il est de jurisprudence constante que cette compétence doit s'exercer dans le respect du droit de l'Union. Ainsi, les mesures fiscales nationales ont été confrontées à plusieurs reprises aux interdictions des aides d'État favorisant certaines entreprises ou certaines productions. La caractérisation d'une aide d'État résulte de la réunion de plusieurs conditions cumulatives, dont le caractère sélectif de la mesure en cause qui a pour effet de fausser la concurrence entre des entreprises ne bénéficiant plus des mêmes avantages fiscaux octroyés par l'État. La détermination de la sélectivité d'une mesure s'apprécie notamment à l'égard du cadre de référence territorial dans lequel elle a été adoptée et où se situent les entreprises concernées par la mesure. La définition du cadre territorial est le cœur du problème juridique se posant à la Cour dans les affaires qui seront ici examinées.

447. En effet, il n'est pas rare qu'un État décentralise le domaine fiscal, reconnaissant alors à toutes les entités infraétatiques d'un même niveau une autonomie fiscale et transférant à cet effet les compétences fiscales centrales ou une partie d'entre elles au niveau local. Il pratique

alors une décentralisation symétrique du domaine fiscal. Cette transmission génère nécessairement des disparités entre les régimes fiscaux locaux, expression même de cette autonomie reconnue. Elles peuvent donc conduire par exemple à un taux d'imposition sur les sociétés plus avantageux pour les entreprises installées dans une région plutôt qu'une autre, alors que toutes sont en définitive installées dans le même État membre. Plus particulièrement, il existe des cas dans lesquels l'État central pratique une décentralisation asymétrique des compétences fiscales, c'est à dire qu'il transfère cette compétence uniquement à une partie des entités infraétatiques de même niveau, en référence par exemple à une autonomie particulière d'une ou plusieurs des régions le composant. Dans ce cas des divergences peuvent naître entre le système fiscal central toujours compétent pour le reste de des entités locales ne s'étant pas vu reconnaître une telle autonomie et le système fiscal de celle(s) qui en bénéficie(nt).

Ainsi, il apparaît nécessaire que le cadre de référence territorial à prendre en compte puisse varier selon la conservation au niveau central ou le transfert au niveau local de cette compétence. Néanmoins, comme le présente Dominique Ritleng à ce propos : « [conformément] *au critère de sélectivité, il était longtemps entendu que seules les mesures fiscales dont la portée s'étend à l'ensemble du territoire d'un État membre devaient être considérées comme des mesures générales échappant au champ de la réglementation des aides d'État, à moins qu'une autonomie fiscale ne fût reconnue à toutes les collectivités infraétatiques de même niveau rendant impossible la détermination d'un niveau d'imposition national normal susceptible de constituer le paramètre de référence* »[1]. Autrement dit, par principe le cadre de référence était le territoire national, sauf si et seulement si l'État pratiquait une décentralisation symétrique de ses compétences fiscales, imposant dès lors la prise en compte du territoire local sur lequel l'autorité infraétatique ayant adopté la mesure contrôlée exerce sa compétence. En ce sens, seules les mesures découlant d'une décentralisation symétrique des compétences fiscales pouvaient trouver grâce aux yeux de la Cour et plus particulièrement encore à ceux de la Commission[2].

[1] RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op.cit.*, p. 31.

[2] Voir en ce sens, Conclusions GEELHOED L.A. , CJCE, 20 octobre 2005, Portugal c/ Commission Aff. C-88/03, point 53 : « Comme le reconnaît la Commission dans la décision et dans ses écrits, des mesures prises par une autorité locale dans le cadre de ces compétences qui s'appliquent à l'ensemble du territoire sous sa juridiction ne sont pas sélectives [...] même si cette autorité adopte des taux d'impôts plus faibles que les autres autorités. Dans ce cas, c'est-à-dire lorsque chaque autorité locale peut fixer librement son taux d'impôt indépendamment du gouvernement central, il ne fait aucun sens de prendre comme cadre de référence l'ensemble du territoire de l'État membre aux fins du critère de sélectivité. [...] La notion d' "exception" ou de

448. La série d'affaires qu'il est désormais proposé d'étudier porte précisément sur la reconnaissance par la Cour de la faculté pour l'État membre de procéder à une décentralisation asymétrique de ses compétences fiscales, sans que les mesures adoptées par les autorités locales concernées soient systématiquement qualifiées de sélectives au regard d'un cadre de référence national. Ces dernières présentent donc un grand intérêt afin de déterminer l'étendue du respect accordé par la jurisprudence de l'Union à l'autonomie territoriale des États membres, en ce qu'elle présente des caractéristiques propres à chacun d'entre eux. Il conviendra de débuter par l'arrêt de principe ayant ouvert la voie dans ce domaine (1), avant de se concentrer sur les affaires intervenues par la suite dans ce nouveau cadre jurisprudentiel (2).

1. La reconnaissance de « l'autonomie fiscale locale » dans l'arrêt de principe « Acores »

449. La première affaire visée connue sous le nom « arrêt Açores » concernait la situation portugaise à l'égard de la région autonome des Açores qui, par la compétence fiscale lui étant spécifiquement reconnue, avait notamment procédé à des réductions du taux de l'impôt sur les sociétés[1]. Ces réductions appliquées sans l'autorisation de la Commission ne furent que tardivement et sur sa demande soumise à son contrôle au terme duquel elle les qualifia, en référence au cadre national dans son entier, d'aide d'État. Le Portugal, attaquant cette décision de la Commission et soutenu en cela par le Royaume-Uni, exhorta la Cour de prendre en compte la décentralisation asymétrique à laquelle il avait procédé au bénéfice des Açores. Il arguait en ce sens que cette dernière prenait ses « origines directement dans les textes constitutionnels et légaux établissant les principes fondateurs du système fiscal portugais ainsi que l'autonomie des régions ultrapériphériques », pour qu'un cadre de référence limité à cette région et non un cadre national puisse être pris en compte[2].

450. La Cour, dans un premier temps, reconnut qu'à cet égard « le cadre de référence ne doit pas nécessairement être défini dans les limites du territoire de l'État membre concerné, en sorte qu'une mesure octroyant un avantage dans une partie seulement du territoire national n'est pas de ce seul fait sélective »[3]. Elle poursuivit ensuite « *qu'il ne saurait être exclu*

"dérogation" n'a de sens conceptuel que s'il est possible d'établir une "règle" nationale – ce qui s'avère impossible lorsque chaque autorité locale peut fixer librement ses taux d'impôt ».

[1] CJCE, 6 septembre 2006, Portugal c/ Commission Aff. C-88/03.

[2] *Ibid.*, points 38-40.

[3] *Ibid.*, point 57.

qu'une entité infra-étatique dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises »[1]. Elle ajouta qu'en pareille situation, « *c'est le territoire sur lequel l'entité infra-étatique, auteur de la mesure, exerce sa compétence, et non le territoire national dans son ensemble, qui constitue le contexte pertinent pour rechercher si une mesure adoptée par une telle entité favorise certaines entreprises par rapport à d'autres se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, au regard de l'objectif poursuivi par la mesure ou le régime juridique concerné* »[2].

La Cour a donc étendu la prise en compte de l'autonomie territoriale de l'État membre à la mise en œuvre asymétrique de la décentralisation fiscale. Quel que soit le mode de répartition verticale des compétences fiscales sélectionné par l'État, les mesures locales qui en découleront ne feront plus systématiquement l'objet d'une qualification d'aide d'État.

451. Néanmoins la Cour, inspirée en cela par son avocat général[3], a également posé des conditions pour que le territoire local soit retenu comme cadre de référence. Il faut pour cela la réunion de trois conditions cumulatives garantissant la réelle autonomie institutionnelle, procédurale et financière de l'autorité locale adoptant la mesure à l'égard de son État central. Elles impliquent d'une part que la mesure en cause soit « prise par une autorité régionale ou locale dotée, sur le plan constitutionnel, d'un statut politique et administratif distinct de celui du gouvernement central », d'autre part que celle-ci soit adoptée « sans que le gouvernement central puisse intervenir directement sur son contenu » et enfin que « les conséquences financières d'une réduction du taux d'imposition national [ne soient pas] compensées par des concours ou subventions en provenance des autres régions ou du gouvernement central »[4]. La mesure en l'espèce ne franchira pas la barrière posée par ces conditions et la Cour retiendra le cadre national comme référence.

452. Cette liberté de choix reconnue à l'État n'a qu'un seul effet, celui d'adapter le cadre de référence retenu pour apprécier la sélectivité de la mesure fiscale concernée. Cette adaptation n'empêche pas les mesures locales de pouvoir être qualifiées de sélectives et donc d'aides

[1] *Ibid.*, point 58.
[2] *Ibid.*, point 58.
[3] Conclusions GEELHOED L.A., CJCE, Portugal c/ Commission précitées, point 54.
[4] Arrêt Portugal c/ Commission précité, point 67.

d'État, si une fois le cadre local retenu, celles-ci s'avèrent avantager certaines entreprises par rapport à d'autre qui se situeraient sur le même territoire de référence. Cette reconnaissance ne permet donc pas à l'État de se libérer de l'interdiction d'accorder des aides, mais lui permet au moins que sa structure territoriale, non sans lien avec son identité nationale au sens de l'article 4§2, soit prise en compte lors de l'appréciation de la sélectivité de la mesure. Du reste, cette ligne jurisprudentielle sera reprise puis confirmée par la Cour et un lien des plus explicite sera alors reconnu entre la prise en compte de la structure territoriale des États membres, lors de la détermination du cadre de référence pour l'appréciation de la sélectivité des aides d'État, et le principe du respect de l'identité nationale.

2. Une reconnaissance confirmée dans les affaires ultérieures

453. Le nouveau cadre jurisprudentiel étant ainsi posé, la Cour de justice put l'appliquer dans plusieurs affaires successives.

454. D'abord, elle l'appliqua dans l'affaire UGT-Rioja[1], qui partage avec la précédente de nombreuses similitudes factuelles et analytiques. Cette affaire impliquait dans le cadre d'un recours préjudiciel, le système asymétrique espagnol pratiqué à l'égard des autonomies historiques en matière fiscale et l'adoption par ces dernières de mesures comparables à celles des Açores. Il n'est pas nécessaire de préciser plus amplement les faits, mais bien plutôt d'insister sur l'idée que la Cour a complètement calqué le raisonnement qu'elle avait tenu dans l'arrêt précédent, en le transposant au cas d'espèce[2], à cela près qu'elle n'appliqua pas ici les conditions de l'autonomie qu'elle définit toutefois longuement.

En effet, elle renvoya compte tenu de la nature préjudicielle du recours, à l'appréciation de la juridiction nationale leur mise en œuvre et en conséquence la détermination du cadre de référence à retenir. Il est intéressant en outre de souligner que l'avocat général Kokott a mis en lien, dans ses conclusions relatives au présent arrêt, la jurisprudence Açores avec l'ancien article 6§3 issu du traité de Nice, en considérant que « l'Union européenne respecte l'identité nationale de ses États membres » ce qui implique que « l'Union ne porte pas atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État membre, que celui-ci soit centralisé ou fédéral et n'influence pas la répartition des compétences au sein [de ce

[1] CJCE, 11 septembre 2008, UGT-Rioja, Aff. C-428/06 à C-434/06.
[2] *Ibid.*, points 49-51.

dernier]»[1]. Désormais, cette connexion est d'autant plus évidente que l'article 4§2 du traité de Lisbonne remplaçant l'ancien article 6§3, définit plus amplement la notion d'identité nationale, en y versant l'autonomie locale et régionale. L'avocat général envisageait d'ailleurs cette jurisprudence comme l'établissement d'un juste équilibre entre ce principe du respect de l'identité nationale et celui selon lequel un État membre ne saurait, sur la base de sa situation interne ou de son organisation même constitutionnelle, justifier l'inobservation de ses obligations inhérentes au droit de l'Union.

455. Ensuite, une nouvelle affaire s'est présentée à la Cour, opposant la Commission et l'Espagne au Royaume-Uni et au Gouvernement de Gibraltar au moyen d'un pourvoi en annulation d'une décision du Tribunal, portant elle-même annulation d'une décision de la Commission « relative au régime d'aides que le Royaume-Uni [envisageait] de mettre à exécution concernant la réforme de l'impôt sur les sociétés par le Government of Gibraltar »[2].

Le Tribunal dans sa décision eut d'une part à déterminer si le Gouvernement de Gibraltar devait selon le droit de l'Union être envisagé comme une entité territoriale du Royaume-Uni et d'autre part, si tel était le cas, à préciser quel cadre de référence prendre en compte pour l'appréciation d'une mesure fiscale adoptée par Gibraltar et qualifiée par la Commission de sélective. Reconnaissant au regard du droit de l'Union la rattachabilité de Gibraltar au Royaume-Uni, il appliqua les critères de la jurisprudence Açores pour enfin conclure que « *le rôle joué par le Royaume-Uni dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel les entreprises opèrent à Gibraltar ne suffit pas pour permettre de considérer que le territoire du Royaume-Uni constitue le cadre de référence approprié en l'espèce* »[3].

Après poursuite du reste des analyses relatives à la mesure fiscale, notamment à propos de son éventuelle sélectivité matérielle, le Tribunal rejeta la qualification de la mesure en tant qu'aide d'État initialement retenue par la Commission, et fit donc également démonstration de la prise en compte de l'organisation territoriale des États membres. De cette solution découle ainsi le pourvoi de la Commission et de l'Espagne devant le Cour[4]. L'avocat général a suivi dans ses conclusions exactement le même raisonnement que le Tribunal et

[1] Conclusions KOKOTT J., CJCE, 8 mai 2008, UGT-Rioja, Aff. C-428/06 à C-434/06, point 54.
[2] Conclusions JÄÄSKINEN N., CJCE, 7 avril 2011, Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar et Royaume-Uni, Aff. jointes C-106/09 P et C-107/09 P.
[3] TPICE, 18 décembre 2008, Government of Gibraltar et Royaume-Uni c/ Commission, Aff. T-211/04 et T-215/04, point 114.
[4] CJUE, 15 novembre 2011, Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar et Royaume-Uni, Aff. jointes C-106/09 P et C-107/09 P.

parvint d'ailleurs au terme d'une réflexion particulièrement approfondie et par le biais de l'application des conditions de l'arrêt Açores à la même solution en conseillant à la Cour de rejeter le pourvoi. Pourtant la Cour de justice s'en est écartée. Néanmoins, ce n'est pas sur la qualification du cadre de référence régional du critère de sélectivité qu'elle annula l'arrêt du Tribunal , mais exclusivement sur celle du critère de sélectivité matérielle. En ce sens, la Cour n'a pas remis en cause la prise en considération de l'autonomie territoriale du Royaume-Uni telle qu'avait pu le faire le Tribunal de première instance en appliquant la jurisprudence Açores.

456. Il est enfin intéressant d'observer une dernière affaire portée devant le Tribunal de première instance où la Région-Nord-Pas de Calais demandait l'annulation d'une décision de la Commission qualifiant d'aide d'État incompatible avec le marché commun deux avances financières qu'elle avait accordées à une entreprise[1]. Elle reprochait notamment le non-respect de ses droits de la défense en ce que la Commission ne l'aurait pas consultée lors de la procédure d'examen desdites avances, s'en tenant à s'entretenir avec les autorités centrales françaises. Or selon elle, en procédant ainsi, « *la Commission aurait violé les principes de bonne administration et de respect de l'identité constitutionnelle des États membres, en portant atteinte à la libre administration des collectivités territoriales garantie par la Constitution française du 4 octobre 1958* »[2].

Le Tribunal reprendra à ce propos les jurisprudences précédentes rappelant qu'il ne saurait être exclu « *qu'une entité infra-étatique dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises* »[3]. Toutefois il précisera également que « [celles-ci] ne sauraient prétendre [elles-mêmes] à un débat contradictoire avec la Commission, tel que celui ouvert au profit dudit État membre »[4].

Dès lors, le respect de la structure territoriale d'un État membre et la reconnaissance de l'autonomie d'une ou de l'ensemble des entités infraétatiques le composant n'atteignent en rien la conception monolithique de l'État retenue par l'Union, lorsqu'il est question de mettre en jeu sa responsabilité en matière d'aide d'État. Aussi autonome soit-elle, cette entité ne

[1] TPIUE, 12 mai 2011, Région Nord-Pas-de-Calais c/ Commission, Aff. jointes T-267/08 et T-279/08.
[2] *Ibid.*, point 62.
[3] *Ibid.*, point 74.
[4] *Ibidem*.

saurait défendre son autonomie fiscale auprès de la Commission que par le biais de son État central. Cela n'est pas à proprement problématique, puisque si l'autonomie est celle de l'entité, elle découle en premier lieu de la structure territoriale de l'État qui s'avère donc être seul à même de la défendre.

457. Ainsi, au moyen de la jurisprudence Açores et de sa répétition successive par la Cour, les avocats généraux et le Tribunal de première instance, il est patent que l'autonomie territoriale des États membres dans la distribution verticale de leurs compétences fiscales est prise en compte par la Cour. Il ne s'agit toutefois pas d'un moyen infaillible de justifier la sélectivité d'une aide d'État créée au sein de l'État membre par ses entités infraétatiques, mais plutôt du renouvellement de la méthode d'appréciation du caractère sélectif de la mesure par la Cour au regard de l'autonomie locale, c'est à dire dans l'interprétation même d'une notion relevant du droit de l'Union à l'aune de la structure territoriale et par conséquent de l'identité nationale des États membres. Selon Dominique Ritleng, cette ligne jurisprudentielle « *amorce ainsi incontestablement un glissement du "respect-indifférence" de l'autonomie* [territoriale] *justifié par la séparation des ordres juridiques à un "respect-garantie" de l'autonomie constitutionnelle des États fondé sur un droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale* »[1]. L'Union par le biais du principe du respect de l'identité nationale des États membres a donc renforcé la prise en compte de leur autonomie territoriale, lorsque sont en cause des mesures fiscales dont la Commission et parfois la Cour doivent examiner l'éventuelle sélectivité. Il est envisageable à ce titre qu'elle soit annonciatrice d'un renforcement, dans d'autres domaines que celui des aides d'État et de la fiscalité étatique, du respect de l'autonomie territoriale étatique.

458. Il ne fait nul doute que conformément aux prescriptions du traité, l'Union respecte par son indifférence les structures fondamentales des États membres tant dans son propre fonctionnement, au moyen de l'interprétation de son droit, que dans la reconnaissance d'une autonomie étatique lors de son application. Or, l'insertion explicite de ces structures au sein du champ matériel d'application couvert par le principe du respect de l'identité nationale, en les rendant désormais susceptibles de justifier à ce titre une mauvaise application ou le non respect du droit de l'Union, tend à faciliter la prise en compte, dans l'interprétation du droit de l'Union, des éléments identifiés par les États membres comme inhérents à leur identité constitutionnelle. Il ne s'agit alors plus d'une simple indifférence, mais bel et bien d'une

[1] RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op.cit.*, p. 31.

réelle déférence à leur égard qui conduit subséquemment à leur garantie. Néanmoins, cette faculté ouverte à l'État membre d'invoquer le respect de ces structures n'est pas absolue et trouve sa limite dans l'obligation « de mettre son système institutionnel [, territorial] et procédural au service d'une application effective du droit de l'Union »[1]. Cette application effective pourra le cas échéant être conciliée ou du moins pondérée par une prise en compte juridictionnelle des impératifs de l'État tenant à ses structures fondamentales, sans pour autant et loin de là s'effacer systématiquement aux profits de l'identité nationale des États membres.

Section 2 : Le lien fondamental de nationalité

459. L'identité nationale de l'État membre dans sa dimension constitutionnelle ne se limite pas à ses structures fondamentales, mais s'apprécie également au travers d'autres éléments qui le définissent tout autant. En effet, son organisation politico-institutionnelle ne permet pas véritablement d'aborder la source même du pouvoir étatique qui réside, du fait de son mode nécessairement démocratique de gouvernement, dans son peuple conçu comme composante de la nation et seul titulaire de la souveraineté originelle. La dimension constitutionnelle de l'identité nationale de l'État et son respect par l'Union s'apprécie donc aussi bien dans la libre détermination des membres composant la nation sur laquelle il est fondé, au moyen de l'encadrement de la nationalité et de ses effets[2], que dans son organisation démocratique permise en premier lieu par l'identification de cette nation et des titulaires des droits politiques[3]. Si le principe constitutionnel de démocratie bénéficiera de développements ultérieurs en considération de sa vocation universaliste, et de sa conception communément partagée par l'ensemble des États membres et par l'Union[4], il n'en va pas de même de l'encadrement de la nationalité et de ses effets qui, symbolisant le lien fondamental unissant la nation aux nationaux, apparaît très divergent d'un État membre à l'autre.

460. L'idée de nationalité accompagne la création de l'État-Nation. Résultant notamment de la pensée révolutionnaire française s'étant propagée à la majeure partie de l'Europe, il coexiste en son sein une structure politique étatique et une nation. La nation symbolise le substrat humain autour duquel cet État se construit. Elle désigne « *un groupement humain*

[1] POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *op.cit.*, p. 116.
[2] Voir en ce sens, Conclusions MADURO P., CJCE, 30 septembre 2009, Rottman, Aff. C-135/08, point 25.
[3] Voir en ce sens, CJCE, 12 septembre 2006, Espagne C/ Royaume-Uni, Aff. C-145/04.
[4] Voir *infra* (§709).

dans lequel les individus se sentent unis les uns aux autres par des liens, à la fois matériels et spirituels et se conçoivent comme différents des individus qui composent les autres groupements nationaux. Un lien privilégié, celui de nationalité, unit, du reste, l'État aux personnes »[1]. La nationalité est donc le lien fondamental qui permet à un individu résidant ou non sur le territoire d'un État membre, d'être reconnu comme appartenant à la Nation représentée par cet État. Ce lien bien qu'il puisse être conçu comme culturel est avant tout juridique. En effet, si l'on se réfère à tout dictionnaire, la nationalité embrasse deux sens. Le premier qui lui est reconnu, la définit comme « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État ». Le second sens insiste sur le sentiment d'appartenance d'une personne physique à une « communauté d'individus unie par la langue, l'histoire, les traditions, l'aspiration à se constituer en État ou à se voir reconnaître des droits spécifiques »[2]. La nationalité est donc un « principe d'inclusion » en ce qu'elle vise à reconnaître l'appartenance d'une personne physique à une communauté donnée[3], reconnaissance de laquelle découle l'attribution de droits et d'obligations spécifiques. Elle établit un statut juridique de l'individu considéré comme national, statut qui le distingue de celui attribué aux étrangers, par la reconnaissance d'un fait ou d'un acte juridique.

461. L'enjeu est ici de déterminer si le droit de l'Union et son interprétation par la Cour de justice porte atteinte au lien fondamental que constitue la nationalité, et si en cas de conflit entre les deux, le principe du respect de l'identité nationale peut jouer aux fins de limiter cette atteinte. Plus précisément, il s'agit de vérifier si l'Union prend en compte au titre du respect de l'identité nationale, la valeur fondamentale de ce lien juridique et politique, lors de l'interprétation de la notion de citoyenneté européenne et des droits qui en découlent. Pour ce faire, il faut préciser à titre préliminaire que l'objet n'est pas ici d'étudier de façon exhaustive le vaste thème de la citoyenneté européenne, mais de s'en tenir aux rapports qu'elle entretient avec l'encadrement et les effets de la nationalité au sein des États membres.

Ainsi, il est nécessaire de déterminer si les relations entre la citoyenneté européenne et la nationalité des États membres ont pu conduire à la remise en cause ou au contraire à la

[1] GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 54.
[2] « Nationalité », dictionnaire Larousse 2006, p. 724.
[3] BARBOU DES PLACES S., « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *RAE*, 2011, p. 32, selon l'auteur : « La nationalité a toujours renvoyé à une relation privilégiée, à une qualité qui inclut le ressortissant dans un groupe (la nation ou le peuple) et permet de le distinguer des autres. La nationalité est, dans le même temps un état qui intègre - et permet de s'identifier à un groupe - et une règle d'exclusion de ceux qui n'appartiennent pas à la communauté. La nationalité exprime les frontières de la nation ou, si l'on préfère, les limites de la substance personnelle de l'État. […]. La nationalité est inclusive car elle insère les nationaux dans la Nation par le biais d'une relation exclusive et totale. ».

prise en compte sous le prisme du principe du respect de l'identité nationale, soit des compétences étatiques inhérentes à l'attribution et au retrait de la nationalité (§1), soit des effets distinctifs que son attribution implique, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de droits exclusifs aux nationaux voire à d'autres catégories de personnes (§2).

Paragraphe 1 : La compétence étatique en matière d'attribution et de retrait de la nationalité

462. L'État est traditionnellement seul compétent pour encadrer la nationalité, c'est à dire pour définir et organiser la communauté humaine qui lui est rattachée. Cette compétence au regard de son importance est régulièrement saisie par la Constitution, bien que tout aussi fréquemment renvoyée à l'appréciation du pouvoir législatif afin de la préciser[1]. S'agissant de la détermination des règles relatives à l'attribution et au retrait de la nationalité, un certain nombre de conditions non cumulatives existent selon les États membres. Ils disposent en premier d'une compétence exclusive pour définir le ou les faits juridiques automatiquement constitutifs du lien de nationalité, tels que le lien de filiation[2] et/ou le lieu de naissance[3]. En second lieu, ils établissent unilatéralement les actes juridiques d'état civil susceptibles de générer automatiquement ou non un tel lien, comme le mariage ou la naturalisation et les conditions de leurs effets. Au sujet des actes d'État civil, ils sont d'ailleurs libres de définir notamment les règles relatives aux noms patronymiques des nationaux.

Aussi, la détermination de la nationalité, des conditions de son obtention ou de son retrait demeurent une affaire d'État. Pourtant, ils ont adopté un certain nombre d'accords internationaux dont une convention internationale visant à limiter l'étendue de cette faculté[4]. En effet si cette convention rappelle dès son article 3 la compétence étatique pour

[1] Constitution espagnole, précitée, article 11 ; Constitution française, précitée, article 34 ; Constitution hellénique, précitée, article 4 ; Constitution luxembourgeoise, précitée, article 9 ; Constitution polonaise, précitée, article 34§1.

[2] Constitution finlandaise, précitée, article 5 ; Constitution polonaise, précitée, article 34§1 ; de manière générale l'ensemble des États reconnaissent par l'intermédiaire de la loi le droit du sang comme générateur du lien de nationalité.

[3] Constitution irlandaise, précitée, article 2 ; Généralement ce mode d'acquisition de la nationalité est fixé par la loi, le droit du sol est reconnu au coté du droit du sang notamment en Allemagne, en Belgique, en Espagne, en France, en Italie, au Luxembourg, au Portugal, ou encore au Royaume-Uni.

[4] Convention européenne sur la nationalité du Conseil de l'Europe, 6 Novembre 1997, STCE n°166 ; voir également : Convention sur la réduction des cas d'apatridie des nations unies, 13 décembre 1975, Rec. des traités, vol. 989, p.175 ; voir aussi Déclaration universelle des droits de l'homme, précitée, article 15.

« déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants »[1], elle fixe également quelques principes afin de l'encadrer. Ces principes sont notamment relatifs à l'acquisition de la nationalité pour les enfants nés sur le territoire des États parties et au retrait de la nationalité qui ne doit pas conduire à des situations d'apatridies. La nationalité est alors envisagée comme un droit pour chaque individu, la convention prévoyant néanmoins un nombre limité de situations qui autorisent l'État au retrait de la nationalité. Ces situations résultent pour l'essentiel, soit d'une demande de l'intéressé visant à l'acquisition d'une autre nationalité, soit d'une fraude de ce dernier lors d'une procédure de naturalisation[2]. Bien que conservant leur compétence en la matière, les États parties à la convention parmi lesquels l'ensemble des États membres de l'Union, ont donc accepté le respect de certaines obligations, qu'ils ont d'ailleurs pour un grand nombre d'entre eux constitutionnalisées[3].

463. L'article 9 TUE pose le principe d'une citoyenneté européenne de superposition qui n'a donc pas pour objet de se substituer à la nationalité des États membres. En effet, « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »[4]. Par ailleurs, ce même article précise que les conditions d'octroi à un ressortissant européen de cette citoyenneté se fonde sur l'acquisition préalable de la nationalité d'un des États membres. Ainsi la création de la citoyenneté de l'Union n'a pas pour objet de modifier les rapports qu'entretiennent les États vis à vis de leur nationalité, puisqu'elle tend plutôt à se fonder sur cette nationalité pour exister. Il n'y a jusqu'alors pas de remise en cause, ni de la nationalité des États membres, ni de la compétence étatique pour en définir les règles d'acquisition et de retrait. Ce premier élément doit néanmoins faire l'objet d'une analyse plus poussée par l'examen de la jurisprudence de l'Union connexe à ce domaine, dans la mesure où les États bien que demeurant exclusivement compétents pour réguler leur nationalité, doivent néanmoins exercer cette compétence en conformité avec la citoyenneté européenne, cette dernière conférant alors à la Cour de justice un certain pouvoir d'encadrement de l'État en la matière. D'abord, qu'en est-il de la capacité des États membres de réguler l'attribution et le retrait de leur nationalité, dès lors que cette régulation peut présenter un impact sur la possession de la citoyenneté européenne ? Dans ce cadre le principe du respect de l'identité nationale peut-il être pris en compte pour justifier une atteinte à la citoyenneté de l'Union

[1] Convention européenne sur la nationalité du Conseil de l'Europe, précitée, article 3.
[2] *Ibid.*, article 6 et 7.
[3] Loi fondamentale allemande, précitée, article 16 ; Constitution finlandaise, précitée, article 5 ; Constitution polonaise, précitée, article 34§2 ; Constitution slovaque, précitée, article 5§2.
[4] Article 9 TUE.

(A) ? Ensuite, qu'en est-il, au regard de la notion de citoyenneté européenne, de l'articulation de cette compétence étatique avec la compétence réciproque des autres États membres, dans la mesure où elles peuvent désormais entrer en collision les unes avec les autres. Peut-on envisager par le truchement de la citoyenneté européenne une obligation réciproque des États membres de respecter leur identité nationale respective en la matière (B) ?

A) La reconnaissance de la compétence étatique dans l'interprétation de la citoyenneté européenne

464. Il a été observé qu'au regard du droit primaire, l'avènement d'une citoyenneté n'a pas pour conséquence directe de remettre en cause la capacité étatique de réguler la nationalité. Cette réflexion prit tout son sens dans la jurisprudence de la Cour de justice, lorsque cette dernière considéra itérativement que « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire »[1]. Relevant qu'avec la nationalité « l'État définit son peuple », Poiares Maduro dans ses conclusions relatives à l'arrêt Rottman justifiait cette compétence étatique par son importance[2]. Selon lui, « *ce qui est en cause, au travers du rapport de nationalité, c'est la constitution d'une communauté nationale et il va, dès lors, de soi qu'un État membre peut librement en tracer les contours en déterminant les personnes qu'il considère comme ses ressortissants* »[3]. La reconnaissance de la compétence étatique par le renvoi au soin de l'État membre d'en fixer les contours et les règles de fonctionnement, s'accompagne d'une limitation de taille qui est toujours celle de l'application effective du droit de l'Union. Cette dernière apparaît encore une fois indifférente envers les choix étatiques, jusqu'à ce que l'exercice de cette compétence réservée n'atteigne son droit. Dans ce cadre, le principe du respect de l'identité nationale, ici en matière de régulation des règles internes relatives à la nationalité, peut-il être pris en compte pour justifier une atteinte à la citoyenneté européenne ou plus largement à l'effectivité du droit de l'Union ?

[1] CJCE, 7 juillet 1992, Micheletti, Aff. C-369/90, point 10 ; CJCE, 20 février 2001, Kaur, Aff. C-192/99 ; CJCE, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, Aff. C-200/02, point 37 ; CJUE, 2 mars 2010, Rottman, Aff. C-135/0 , point 45.
[2] Conclusions MADURO P., CJCE, 30 septembre 2009, Rottman, Aff. C-135/08, point 17.
[3] *Ibidem*.

465. L'étendue et les limites du respect de la compétence étatique en matière de nationalité et par conséquent des facultés de l'État à préserver son identité nationale s'apprécie d'autant plus à la lumière d'un arrêt récent de la Cour portant spécifiquement sur le retrait par un État membre de sa nationalité fraîchement acquise de façon frauduleuse par un ressortissant autrichien, ayant caché l'existence de procédures pénales à son encontre dans son État d'origine lors de la procédure de naturalisation[1]. La naturalisation avait par ailleurs conduit au retrait automatique de sa nationalité d'origine selon la réglementation autrichienne, le privant de fait de sa citoyenneté européenne en le rendant apatride. Le juge allemand interrogeait ainsi le juge de l'Union sur la compatibilité avec le droit de l'Union dudit retrait de nationalité, eu égard à ses effets sur les droits que confère notamment la citoyenneté européenne à l'individu concerné.

Le juge allemand évoquait dans la motivation de sa question, la compétence d'établir les règles relatives à l'acquisition et la perte de la nationalité qui relève exclusivement des États membres et notait leur obligation de respecter le droit de l'Union. Néanmoins il arguait tout autant que « *supposer l'existence, en droit de l'Union, d'une obligation de ne pas procéder au retrait d'une naturalisation obtenue frauduleusement aurait pour conséquence d'affecter, dans son essence, le pouvoir souverain des États membres, reconnu par l'article 17, paragraphe 1, CE, de définir les modalités d'application de leur droit de la nationalité* »[2]. Cet argument trouvait d'ailleurs écho dans les conclusions de l'avocat général Maduro qui ajoutait que « pareille solution contreviendrait également au devoir, imposé à l'Union par l'article 6, paragraphe 3, UE, de respecter l'identité nationale des États membres, dont la composition de la communauté nationale constitue, à l'évidence, un élément essentiel »[3]. C'est cette réflexion qui amena le juge de renvoi au constat que la jurisprudence Micheletti n'était pas suffisamment claire au sujet de l'obligation étatique de respecter le droit de l'Union dans la mise en œuvre de cette compétence et à demander de plus amples précisions à la Cour dans le cadre des considérations d'espèces. Il est ainsi intéressant de relever la formule employée par le juge allemand pour présenter l'importance que revêt l'encadrement de la nationalité pour un État, évoquant la nature essentielle du lien de nationalité qui apparaît alors comme inhérent à la nature profonde de l'État, entendu comme État-Nation. Il ne fait nul doute que la nationalité est ici présentée, en raison de cette nature essentielle, comme un

[1] Arrêt Rottman, précité.
[2] *Ibid.*, point 32.
[3] Conclusions MADURO P., CJCE, Rottman, précitées, point 25.

élément de l'identité nationale dans son versant constitutionnel, à l'image de ce qu'avait d'ailleurs retenu l'avocat général.

466. Pour répondre à cette question, la Cour rappela d'abord sa jurisprudence habituelle inspirée de l'arrêt Micheletti relative à la compétence étatique en matière d'acquisition et de retrait de la nationalité, dont l'exercice doit néanmoins être respectueux du droit de l'Union, parmi lequel se retrouve la citoyenneté européenne et les droits qu'elle implique à l'égard de ses bénéficiaires[1]. D'ailleurs, elle rappela également la jurisprudence Grzelczyk et le statut fondamental de citoyen qui en découle pour tous les ressortissants des États membres[2]. Sur cette base elle considéra, qu'un tel retrait a pour effet de porter atteinte aux droits attachés à ce statut fondamental et impliquait donc par son extranéité qu'un contrôle juridictionnel soit mené par elle-même. La reconnaissance de sa compétence implique alors au profit de la Cour et selon la formulation de Jean-Denis Mouton « un certain droit de regard sur les règles nationales relatives à la perte de la nationalité »[3], alors même que l'Union ne bénéficie d'aucune attribution dans ce domaine. Ségolène Barbou des Places note que « ce faisant, [l'arrêt Rottman] agit comme le révélateur de l'influence de la jurisprudence sur la nationalité car il met à jour l'affection du droit de la nationalité par la jurisprudence sur la citoyenneté »[4]. Cette reconnaissance, suppose ainsi de s'interroger sur la possible mise en œuvre du principe du respect de l'identité nationale pour justifier cette atteinte au statut fondamental de citoyen européen.

C'est alors que prenant en compte la nature frauduleuse de l'acquisition de la nationalité allemande, elle souleva un motif d'intérêt général ayant justifié le retrait de la nationalité selon lequel « 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 »[5]. Elle constata en outre la conformité de ce raisonnement avec les conventions internationales précédemment abordées notamment avec les dispositions relatives au cas d'apatridie résultant du retrait de la nationalité acquise de façon frauduleuse. Partant, elle confirma enfin la capacité étatique d'encadrer les règles d'acquisition et de retrait de la nationalité en concluant qu'un « *État membre dont la nationalité a été acquise de manière frauduleuse ne saurait être*

[1] CJCE, 7 juillet 1992, Micheletti, Aff. C-369/90.
[2] CJCE, 20 septembre 2001, Grzelczyk, Aff. C-184/99.
[3] MOUTON J.-D., « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottman », *op.cit.*, p. 262.
[4] BARBOU DES PLACES S., « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op.cit.*, p. 30.
[5] Conclusions MADURO P., CJCE, Rottman, précitées, point 51.

considéré comme obligé, en application de l'article 17 CE, de s'abstenir du retrait de la naturalisation au seul motif que l'intéressé n'a pas recouvré la nationalité de son État membre d'origine »[1]. Elle suivit donc ici en tout point le raisonnement soutenu par le juge allemand, tout en ajoutant la nécessité d'un examen de proportionnalité entre les effets du retrait sur la situation de l'intéressé et les raisons ayant poussé l'État à ce retrait. Par conséquent, il est possible de retenir qu'il s'agit là d'une confirmation « que la compétence étatique d'attribution de la nationalité est exclusive, mais non discrétionnaire, elle trouve sa limite dans une nécessaire conciliation avec les exigences de l'ordre juridique de l'Union »[2].

467. Un certain nombre de considérations s'impose sur la base de cet arrêt. La première porte sur la méthode de la Cour qui se calque étrangement sur les raisonnements qu'elle peut suivre en matière de liberté de circulation. En effet, elle constate une atteinte au droit de l'Union équivalent à une sorte de restriction ou d'entrave, ici des droits conférés par la citoyenneté de l'Union. Puis, elle expose d'elle-même, sans que cela ne figure parmi les arguments des parties, ni parmi ses raisonnements accoutumés au sujet de la citoyenneté européenne, un motif d'intérêt général qui viendrait justifier cette restriction et le soumet à son contrôle classique de proportionnalité pourtant habituellement réservé aux justifications de restrictions posées à l'encontre des libertés de circulation. Elle ne pouvait toutefois pas s'appuyer sur une exception d'ordre public, car ces dernières ne trouvent aucun fondement dans les traités au sujet de la citoyenneté.

Cette prise en compte, sous l'égide de l'intérêt général, du lien de confiance fondamental et essentiel que représente la nationalité pour un État envers ses ressortissants, témoigne sans équivoque, bien que de façon implicite, d'un certain respect de la Cour de justice envers l'identité nationale de l'Allemagne. Aussi cet arrêt permet de verser la nationalité des États membres et les règles d'encadrement de celle-ci au sein du champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale, même si ce rattachement n'est pas explicitement mentionné par la Cour[3]. On regrettera d'ailleurs qu'elle n'ait pas pris le soin d'établir plus précisément cette connexion à l'image de son avocat général qui pourtant l'y invitait. À tout le moins, le devoir de respecter l'identité nationale des États

[1] *Ibid.*, point 57.
[2] BARBOU DES PLACES S., « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op.cit.*, p. 43 ; l'auteur ajoute p. 44 que « la Cour a trouvé un équilibre plus subtil entre les exigences de réalisation de la citoyenneté européenne et la protection de la compétence étatique dans le domaine de la nationalité. Elle a renoncé à la communautarisation de la compétence de retrait de la nationalité mais mis le point de connexion entre la nationalité et la citoyenneté sous surveillance ».
[3] Voir en ce sens, SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 34.

membres par l'Union aurait pu être combiné avec cette utilisation singulière de l'intérêt général, au plus il aurait pu même la remplacer, offrant alors au respect de cette compétence étatique un fondement juridique bien plus solide, puisque ancré dans les traités, mais aussi une reconnaissance explicite au sein du droit de l'Union de sa nature identitaire.

De plus il est intéressant de noter qu'à cet effet, l'obligation de l'État membre de respecter le droit de l'Union n'est pas plus absolue que sa compétence pour encadrer sa nationalité, puisque même l'effacement de la citoyenneté de l'Union occasionné par le retrait de sa nationalité peut être reconnu comme non contraire au droit de l'Union selon certaines conditions. Aussi, il s'agit ici d'une conciliation en rapport avec le contrôle de proportionnalité, entre les impératifs qui découlent du droit de l'Union en l'espèce de la citoyenneté européenne et l'importance pour l'État membre de préserver son identité nationale en pouvant garantir la persistance du lien de confiance et de loyauté qui doit être formé par l'acquisition de sa nationalité. Il n'est donc absolument plus question d'une soumission automatique de cette compétence étatique au respect du droit de l'Union et d'une indifférence de cette dernière dans le cas où l'État n'y porterait pas atteinte, mais bien d'une réelle déférence conduisant à la mise en balance des intérêts en cause dont fait partie l'identité nationale de l'État membre. Ainsi, la prise en compte de l'identité nationale contribue encore au glissement d'un « respect-indifférence », vers un « respect-garantie », pour emprunter de nouveau l'expression de Dominique Ritleng[1].

468. Une seconde question se posait également à la Cour dans cette affaire, le juge allemand demandait de façon subsidiaire si le retrait de la naturalisation allemande, dans la mesure où celui-ci conduirait à l'apatridie du concerné, imposait à l'État de nationalité d'origine de lui faire recouvrir sa nationalité initiale. La Cour bottera ici en touche, préférant attendre que ce problème se pose réellement à elle, considérant notamment que la décision allemande de retrait n'était pas encore définitive, et pour cause, la juridiction de renvoi n'avait pas encore les appréciations de la Cour nécessaires à cette décision définitive. Néanmoins, elle souligna que l'État d'origine est, tout autant que l'État de naturalisation, compétent en la matière dès lors qu'il respecte lui-même le droit de l'Union, la Cour n'exclut donc pas un contrôle ultérieur de ce dernier point.

Dans un sens contraire, l'avocat général proposait à la Cour de répondre que « le droit communautaire n'impose aucune obligation de ce type, même si, à défaut, le requérant au principal demeure apatride et, partant, privé de la citoyenneté de l'Union », car en décider

[1] RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op.cit.*, p. 31.

autrement « serait méconnaître que la perte de la citoyenneté autrichienne est le fruit de la décision personnelle du citoyen de l'Union d'acquérir délibérément une autre nationalité »[1]. Il ajoutait de surcroît « que le droit communautaire ne s'oppose pas non plus à la réglementation autrichienne selon laquelle un Autrichien perd sa citoyenneté lorsqu'il acquiert, à sa demande, une nationalité étrangère »[2]. L'avocat général prenait ainsi bonne note du cadre juridique autrichien emportant automatiquement la perte de la nationalité autrichienne, lors de l'acquisition d'une autre nationalité, de la même façon qu'il avait pris en considération le cadre juridique allemand au titre de l'identité nationale. Cette nouvelle acquisition est formulée par un acte juridique, celui de naturalisation par le nouvel État de nationalité, or l'acte juridique disparaissant avec ses effets de façon rétroactive, implique que la décision autrichienne de retrait ne soit plus fondée, d'autant plus si l'on se réfère au droit international précédemment abordé et pris en compte dans son interprétation par la Cour. En effet seules certaines situations, telles que l'adoption d'une nouvelle nationalité par un ressortissant national, peuvent justifier la déchéance de la nationalité d'origine, et cela n'est désormais plus le cas puisque la naturalisation allemande en cas de retrait serait supposée ne jamais avoir existé. Toutefois selon Poiares Maduro, il revient au droit autrichien d'en décider, là où la Cour n'exclut pas néanmoins un contrôle de sa part.

Cette dernière considération tend à confirmer « le droit de regard » de la Cour tant pour les règles de retrait que pour celles d'acquisition ou de recouvrement de la nationalité adoptées par les États membres.

469. Aussi le respect de l'identité constitutionnelle apparaît encore une fois relatif dès lors qu'il dépend du bon vouloir de la Cour et non d'une exclusion de cette compétence étatique de son champ de contrôle. Néanmoins l'idée de conciliation entre les intérêts en cause pourra valablement être envisagée si la question se présente réellement devant la Cour suite au retrait définitif de la naturalisation allemande et au refus des autorités autrichiennes de rétablir la nationalité d'origine du concerné.

[1] Conclusions MADURO P., CJCE, Rottman, précitées, point 34.
[2] *Ibidem*.

B) La prise en compte imposée aux États de leur compétence respective par le jeu de la citoyenneté européenne

470. La Cour a rapidement pris le soin de préciser qu'il « *n'appartient pas* [...] *à la législation d'un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité* »[1]. L'encadrement des effets et de l'acquisition de la nationalité par un État membre, sous réserve de ne pas porter atteinte au droit de l'Union, est donc respecté par l'Union et doit tout autant l'être par les autres États membres. S'agirait-il alors d'un devoir étatique de respect réciproque des identités nationales respectives en la matière ?

Cette précision intervenait dans l'arrêt Micheletti lorsque l'Espagne, à propos d'un individu possédant la double nationalité italienne et argentine, ne voulait reconnaître qu'une seule de ces deux nationalités selon un critère de résidence, qui en l'espèce excluait la nationalité italienne et en conséquence conduisait à nier sa qualité de ressortissant d'un autre État membre, ainsi que son droit d'établissement sur le territoire espagnol. Elle fut également rappelée dans l'arrêt Zhu et Chen à propos du refus par le Royaume-Uni d'accorder l'accès de son territoire aux deux requérantes, sous motif que la nationalité irlandaise de l'une d'entre elle, acquise par le droit du sol, l'était sur la base d'un abus de droit, alors que cette nationalité avait légalement été acquise par l'intéressée selon la législation irlandaise. Cette obligation posée par la Cour à l'encontre des États ne découle toutefois pas exclusivement du besoin de faire respecter la nationalité de chaque État membre, mais bien plus de faire prendre tous ses effets au statut de citoyen européen, parmi lesquels la garantie de sa libre circulation au sein des États membres. Nonobstant, elle conduit à reconnaître « une opposabilité de la nationalité entre États membres de l'Union »[2]. Or, si la nationalité fut précédemment reconnue comme relevant de l'identité nationale des États, il est donc possible de considérer qu'une de leur composante identitaire leur est alors respectivement et réciproquement rendue opposable, de sorte que ces derniers, pas plus que le droit de l'Union, ne puissent en restreindre la portée ou les effets.

[1] Arrêt Micheletti, précité, point 11 ; Arrêt Zhu et Chen, précité, point 39.
[2] MOUTON J.-D., « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottman », *RGDIP*, 2010, p. 262.

471. D'ailleurs, l'État dans sa compétence relative aux règles et effets d'acquisition de sa nationalité ne doit pas, même dans ce cas, restreindre les effets de la nationalité d'un autre État membre que pourrait concomitamment posséder l'un de ses propres ressortissants[1].

Cette situation observée dans l'affaire Garcia Avello, au sein de laquelle la Cour eut à répondre à une question préjudicielle relative à la compatibilité d'une règle belge imposant à ses nationaux, eussent-ils également la nationalité d'un autre État membre, de prendre pour nom de famille celui du père, alors que le second État de nationalité des concernés, qui était en l'espèce l'Espagne, présente l'usage de conserver le nom de famille des deux parents pour celui de leurs enfants. La compétence dans la définition des règles régissant le nom d'une personne est étroitement liée à la gestion de la nationalité. En effet, il revient d'abord et avant tout à l'État d'origine d'établir les actes juridiques relatifs au statut de national, au sein desquels les noms sont retranscrits selon les règles nationales, les autres États membres ne pouvant ensuite s'en écarter qu'à de rares occasions au regard de l'importance que revêt le nom dans l'identité d'un individu donné[2]. Un argument belge visait d'ailleurs à exclure cette règle nationale de l'application du droit de l'Union, au seul motif que les requérants possédaient la nationalité belge et résidaient sur le territoire belge, ceux-ci ne pouvant dès lors être envisagés par la Belgique qu'à l'aune de cette nationalité, problème résolument interne. La Cour rappela à cet effet la jurisprudence précédente selon laquelle il n'appartient pas à un État membre « de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre », pour conclure que « *les articles 12 CE et 17 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre* »[3].

Les États membres sont non seulement tenus de prendre en compte la double

[1] Voir en ce sens, BARBOU DES PLACES S., « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op.cit.*, p. 46, selon l'auteur « la nationalité attribuée par un État est un fait qui s'impose aux autres États membres dès lors que le bénéfice des droits de citoyenneté est en jeu ».

[2] Voir notamment : Arrêt Runevič-Vardyn et Wardyn, précité, dans lequel la Cour a reconnu que des considérations linguistiques (identité culturelle) pouvaient justifier la modification du nom d'un ressortissant d'un autre État membre pour que ce dernier rentre en conformité avec les règles nationales de graphie ; Arrêt Sayn-Wittgenstein, précité, dans lequel la suppression des particules nobiliaires était justifiée par la forme républicaine (identité constitutionnelle) de l'État membre concerné.

[3] CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, Aff. C-148/02, point 45.

nationalité de leurs propres ressortissants, lorsque l'une de ces nationalités relèvent d'un autre État membre, mais également de ne pas empêcher ou restreindre les effets et droits que confèrent cette autre nationalité, comme en l'espèce celui de posséder à la fois le nom de son père et de sa mère. Il s'agit donc bien d'un devoir de respect réciproque des identités nationales respectives en la matière. La compétence des États membres en matière de gestion des noms patronymiques est ainsi un corollaire de l'encadrement étatique de la nationalité. En ce sens, la solution de l'arrêt Garcia Avello apparaît consécutivement comme une garantie et une limite de cette compétence corollaire et conduit en conséquence à successivement faire respecter les effets de la nationalité espagnole, mais également à limiter ceux de la nationalité belge. S'agissant de la gestion des noms patronymiques, la Cour a néanmoins observé qu'elle « relève de la compétence des États membres », mais que « ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres »[1]. Ainsi, la formule empruntée par la Cour au sujet de l'encadrement de la nationalité et de l'exercice étatique des compétences liées à cet encadrement est particulièrement proche de celle retenue à propos de l'identité structurelle de l'État membre en matière d'autonomie institutionnelle, juridictionnelle et territoriale. Elle témoigne tout autant de la relative indifférence de la Cour à son égard, du moins tant que l'application effective du droit de l'Union est garantie.

472. La compétence exclusivement étatique visant à l'encadrement de la nationalité, limitée par le devoir de respecter d'une part celle des autres États membres et d'autre part le droit de l'Union, est toujours effective, mais désormais encadrée. La jurisprudence de la Cour de justice permet ainsi l'articulation de la compétence respective des États membres dans ce domaine, tout en laissant dans une large mesure chaque État maître de la sienne, ceux-ci étant alors toujours à même de préserver utilement leur identité nationale en la matière, tant qu'ils ne nuisent pas à celle des autres. En outre, si un État membre devait par son exercice porter atteinte au droit de l'Union, la prise en compte de cet élément, comme étant au moins implicitement inclus dans le champ matériel du principe du respect de l'identité nationale, tend de nouveau à faciliter la conciliation des intérêts en cause, dans un sens qui puisse être désormais favorable à l'État concerné.

[1] *Ibid.*, point 25 ; Arrêt Sayn-Wittgenstein, précité, point 38 ; Arrêt Runevič-Vardyn et Wardyn, précité, point 63.

Paragraphe 2 : Les effets distinctifs de la nationalité et les particularités nationales relatives à l'attribution des droits politiques

473. L'attribution de la nationalité a pour principal effet et objectif de dissocier le ressortissant national de l'étranger, soit dans l'autorisation d'accès et de résidence sur le territoire qui est automatique pour le national, soit dans l'étendue des droits civils et politiques lorsque l'étranger réside sur le territoire. À ce propos, Ségolène Barbou des Places note que « la permanence des différences d'accès aux droits autorise donc à considérer le caractère discriminant comme élément majeur du régime de la nationalité »[1]. Or, Stéphane Pierré-Caps et Vlad Constantinesco, en s'appuyant sur les traités bilatéraux, mais aussi et surtout sur les instruments internationaux tels que la CEDH et le droit de l'Union ou encore sur la jurisprudence constitutionnelle, relèvent au sujet de la France, qu'il est désormais possible de considérer l'existence d'un « véritable statut constitutionnel des étrangers qui tend à leur accorder, sous la protection du juge constitutionnel, des droits analogues à ceux dont bénéficient les nationaux »[2]. En raison de leur universalité et de l'application du principe de non-discrimination résultant notamment de l'article 14 de la CEDH, il est vrai que les droits de l'Homme, tels qu'ils sont reconnus et protégés au niveau européen, ont contraint l'ensemble des États parties à accorder leur garantie à tous les individus présents sur leur territoire, qu'ils soient ou non-nationaux. C'est d'ailleurs également vrai en matière d'assistance sociale[3]. Par exemple, le Conseil constitutionnel a reconnu qu'il appartient au législateur « de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »[4]. D'autres illustrations se retrouvent en Europe. Ainsi la Constitution suédoise dispose explicitement d'une assimilation de l'étranger au citoyen suédois en matière de protection des droits fondamentaux[5]. De même la Belgique, la Grèce, le Portugal ou encore la Slovaquie étendent aux étrangers la jouissance

[1] BARBOU DES PLACES S., « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op.cit.*, p. 39.
[2] CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p.284.
[3] Voir *infra*, (§574 et s.).
[4] C.C., 13 août 1993, maîtrise de l'immigration et conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n°93-325 DC, cons. 3 : « Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés ».
[5] Constitution suédoise, précitée, article 22.

de la protection accordée aux personnes et aux biens en référence au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, de la race, *etcetera*[1]. Les exemples sont nombreux, aussi les différences du statut de national avec celui d'étranger se sont largement estompées au sein des États membres.

474. Si les différences de traitement entre les nationaux et les étrangers tendent à s'estomper, une distinction majeure persiste toutefois. L'attribution de la nationalité s'accompagne en général de l'acquisition parallèle d'une qualité exclusive, celle de citoyen[2]. Au moyen de cette qualité, l'individu s'étant vu reconnaître la nationalité peut participer directement ou indirectement aux affaires de la cité. Sa reconnaissance est essentielle puisqu'elle fonde le lien démocratique qui unit la nation à l'État. Elle aura d'ailleurs permis la transition d'une souveraineté monarchique vers une souveraineté nationale résidant en premier lieu dans les mains des citoyens qui ont désormais « droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à [la] formation » de la Loi et possibilité d'être admis de façon égale « à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »[3]. La citoyenneté s'accompagne donc de la reconnaissance de droits notamment politiques par le biais desquels seuls les nationaux peuvent participer directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique.

Cette distinction en fonction de la nationalité n'est d'ailleurs pas contraire à l'interprétation que retient la Cour EDH à propos du principe de non-discrimination, lorsqu'elle relève qu'une « distinction est discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'existe pas de "rapport raisonnable de proportionnalité" entre les moyens employés et le but visé[4]. Elle précise par ailleurs que « les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement »[5]. De plus, cette interprétation trouve écho dans l'article 16 de la CEDH admettant la restriction des droits

[1] Constitution belge, précitée, article 191 ; Constitution hellénique, précitée, art 5 ; Constitution portugaise, précitée, article 15 ; Constitution slovaque, précitée, article 52§2.
[2] Voir par exemple : Constitution belge, précitée, article 8 ; Constitution danoise, précitée, article 29 ; Constitution française, précitée, article 3 ; Constitution slovaque, précitée, article 52§1 ; Constitution suédoise, précitée, article 9.
[3] Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen, 1789, article 6.
[4] Voir par exemple, Cour EDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz c/ Autriche, req. n°17371/90, point 42 ; Cour EDH, 18 février 1999, Larkos c/ Chypre, req. n°29515/95, pt 29 ; Cour EDH, 29 avril 1999, Chassagnou et autres c/ France, req. n°25088/94, 28331/95 et 28443/95, point 91.
[5] *Ibidem*.

politiques des étrangers que l'article 14 ne saurait empêcher. En d'autres termes, invoquer la non-possession de la nationalité pour ne pas respecter les droits fondamentaux des étrangers serait contraire à cette interprétation, car ces droits sont reconnus en tant que Droits de l'Homme, peu importe la nationalité. Or, les droits politiques ne sont pas ceux de l'homme, mais ceux du citoyen. Dès lors, les citoyens objectivement placés dans une situation différente peuvent seuls bénéficier de ces derniers, sans que cela soit qualifié de discrimination ou d'une rupture d'égalité par rapport aux étrangers qui ne peuvent en jouir. La citoyenneté par le truchement de la nationalité apparaît comme le fondement même du pouvoir étatique. Il est donc essentiel pour l'État de pouvoir garantir la préservation et le contrôle de ce lien, en limitant l'accès au droit de vote, aux fonctions d'élus et à la fonction publique aux seuls nationaux bénéficiant de la citoyenneté[1].

475. Enfin, Le lien exclusif entre nationalité et attribution de droit politique n'est pas toujours évident dans l'ensemble des États membres. En effet, s'il reconnaissent tous la qualité de citoyen à leur nationaux sous réserve du respect de certains critères relatifs à l'âge, ou à la possession des droits civils et politiques qui peuvent faire l'objet d'un retrait pour condamnation, d'autres reconnaissent également cette qualité, souvent limitée aux élections municipales, mais parfois étendue aux élections parlementaires, à des ressortissants non-nationaux, soit qu'ils résident sur le territoire national[2], soit que leur État de nationalité nourrisse des liens historiques ou politiques particuliers avec eux[3]. Il s'agit là d'une spécificité nationale attachée à leur tradition constitutionnelle.

476. Il faut donc évaluer si en considération du principe du respect de l'identité nationale, l'avènement de la citoyenneté européenne, la détermination de droits notamment politiques attachés à cette dernière et l'interprétation tenue par la Cour de justice à l'égard de ces droits permettent aux États, d'une part de maintenir au moins partiellement l'exclusivité des droits

[1] Constitution danoise, précitée, articles 29 et 30 ; Constitution espagnole, précitée, article 23 ; Constitution italienne, précitée, articles 48 et 51 ; Constitution finlandaise, précitée, article 125 ; Constitution portugaise, précitée, article 15§2 ; Constitution slovaque, précitée, articles 30 et 74.

[2] Constitution Belge, précitée, article 8 au sujet exclusivement du droit de vote aux élections municipales, l'éligibilité est exclue ; Constitution finlandaise, précitée, article 14 s'agissant du droit de vote aux élections municipales également ; Constitution lituanienne, précitée, article 119, également en matière locale ; Constitution néerlandaise, précitée, article 130 au sujet des élections municipales ; Constitution slovène, précitée, article 43.

[3] Constitution danoise, précitée, article 87, reconnaissant aux Islandais la qualité de citoyen attaché à la nationalité danoise ; Le Royaume-Uni reconnaît également sa citoyenneté et le droit de vote au niveau national aux citoyens des pays du Commonwealth remplissant des conditions particulières (QCC) ; Malte a reconnu également pour les ressortissants du Royaume-Uni le droit de vote et d'éligibilité aux élections locales avant de le reconnaître aux ressortissants des autres États membre de l'Union.

conférés par le lien fondamental et distinctif de nationalité (A) et d'autre part de conserver la faculté d'étendre les droits politiques à des catégories de population autres que les nationaux, de même que de restreindre celui de certains nationaux qui seraient dans une situation particulière (B).

A) L'atteinte limitée aux effets distinctifs de la nationalité par la prise en compte de critères internes

477. L'acquisition de la nationalité d'un État présente des effets juridiques par la reconnaissance de droits et de devoirs pour l'individu qui en bénéficie. Tout autant que l'encadrement des règles nationales en matière d'acquisition et de retrait de la nationalité, celles relatives à la détermination des effets distinctifs résultant de son acquisition sont essentielles pour l'État membre. Parmi ces effets se trouvent le droit de vote et d'éligibilité, le droit d'accès au territoire ou encore le droit exclusif d'exercer certaines professions supposant l'existence d'un lien de confiance. Seule l'acquisition de la nationalité permet en conséquence d'accéder à l'exercice direct ou indirect de la puissance publique, que l'on peut d'ailleurs concevoir comme une fonction essentielle de l'État attachée au principe du respect de l'identité nationale tel que l'établit l'article 4§2 TUE. Or, l'avènement d'une citoyenneté de l'Union peut également avoir pour effet de compromettre l'exclusivité de ces droits découlant de la nationalité. Le principe du respect de l'identité nationale peut-il alors limiter cette atteinte ?

478. La nationalité est saisie à plusieurs reprises par les traités et y tisse des liens de manière générale avec les notions de citoyenneté européenne et de non-discrimination en raison de la nationalité. La création de cette citoyenneté a donc pour effet principal de renforcer l'atténuation des différences entre national et non-national d'un État membre auparavant amorcé par la CEDH et les États eux-mêmes. Elle est caractérisée par la Cour de justice en tant que « *statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique* »[1]. D'ailleurs, l'article 9 TUE dispose lui-même du principe d'égalité entre les citoyens européens. Le premier effet de la citoyenneté européenne est donc celui de

[1] Arrêt Grzelczyk, précité, point 31.

la non-discrimination en raison de la nationalité. Or, ce principe est théoriquement problématique, puisque comme précédemment observé, la nationalité a pour principale raison d'être de poser une distinction entre celui qui la possède et l'étranger. En établissant un principe général d'égalité entre les nationaux d'un État membre donné et les citoyens européens non-nationaux y résidant, il est incontestable que la reconnaissance d'une telle citoyenneté tend à diminuer les effets auparavant exclusifs de la nationalité. Pourtant, en complément de la formulation générale du principe d'égalité entre citoyens européens, plusieurs articles visent à établir et préciser l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, tels que l'article 18 TFUE qui dispose que « dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité »[1]. Il en est ainsi, dans le cadre des libertés de circulation, du droit d'accès au territoire national et de séjour qui est désormais largement ouvert aux ressortissants des autres États membres, ainsi qu'aux ressortissants d'État tiers en charge d'enfants en bas âge possédant la nationalité d'un État membre[2]. L'article 20 TFUE rappelant initialement les dispositions de l'article 9, énumère les différents droits attachés à la citoyenneté européenne, parmi lesquels figurent le droit de circuler et de séjourner librement sur n'importe lequel des territoires des États membres. Ce premier élément peut présenter un impact potentiellement destructeurs sur les effets exclusifs de la nationalité, puisque le droit d'accès au territoire n'est plus garanti de façon automatique qu'aux seuls nationaux. Les ressortissants des autres États membres peuvent désormais librement y accéder, et y séjourner du moins lorsqu'ils respectent certaines conditions qu'il n'est guère utile d'envisager ici, mais également y bénéficier dans une large mesure des mêmes droits que les nationaux.

479. En considération du principe de non-discrimination qui lui est lié[3], il faudra dès lors déterminer si et dans quelle mesure la citoyenneté européenne accentue plus encore l'effacement, déjà amorcé par le droit international, des différences entre le statut de national et celui d'étranger et dans quelle mesure la prise en compte de l'identité nationale des États membres peut limiter cet effacement. Dans ce cadre d'analyse doivent être distinguées, d'une

[1] Article 18 TFUE.
[2] Voir : Arrêt Zhu et Chen, précité ; CJUE, 8 mars 2011, Zambrano, Aff. C-34/09.
[3] Voir en ce sens, BARBOU DES PLACES S., « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op.cit.*, p. 37 et s. ; voir également sur la question BARBOU DES PLACES S., « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », *in* POTVIN-SOLIS Laurence*, Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne, Septièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet de Metz, Bruxelles*, Bruylant, 2010, p. 65-89.

part l'accès aux emplois, notamment ceux initialement réservés aux nationaux (1) et d'autre part celui portant sur l'accès aux droits politiques (2).

1. Un accès limité aux emplois tenant au critère « d'exercice de la puissance publique »

480. Le traité précise dans le cadre de la libre circulation des travailleurs que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité vaut également « entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail »[1]. Cela ne remet pas en cause de façon essentielle la vision actualisée de la nationalité des États membres, ces derniers ayant déjà reconnu cette égalité entre les travailleurs nationaux et travailleurs étrangers régulièrement entrés sur le territoire. Néanmoins, cette interdiction de discrimination dans le cadre du travail peut, selon l'interprétation qui en est retenue, imposer à l'État d'ouvrir l'accès à des postes initialement réservés aux nationaux et donc porter atteinte à certains effets de la nationalité qui demeuraient jusqu'alors exclusifs. C'est pourquoi ce dernier article s'est vu limité par sa disposition finale, selon laquelle « les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique »[2]. Il semble donc bien que si ces premiers articles peuvent avoir un impact sur la nationalité et ses effets, cet impact apparaît explicitement limité, de sorte que les derniers retranchements de la nationalité ne soient pas complètement atteints.

481. Toutefois, la notion de fonction publique est retenue comme une notion du droit de l'Union par la Cour, de laquelle relève donc exclusivement l'interprétation. Cette interprétation ne saurait donc être laissée à la totale discrétion des États membres. À cet effet, elle a retenu une vision étroite de la notion en la limitant aux emplois « *qui ont un rapport avec des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, auxquels doivent être assimilés les intérêts propres des collectivités publiques, telles que les administrations municipales* »[3]. Elle retient donc une approche

[1] Article 45§2 TFUE.
[2] *Ibid.*, §4.
[3] CJCE, 26 mai 1982, Commission c/ Belgique, Aff. C-149/79, point 7 ; CJCE, 3 juin 1986, Commission c/ France, Aff. C-307/84, point 12 ; CJCE, 16 juin 1987, Commission c/ Italie, Aff. C-225/85, point 27 ; CJCE, 4 juillet 1991, Association de soutien aux travailleurs immigrés, Aff. C-213/90, point 26 ; CJCE, 27 novembre 1991, Annegret Bleis, Aff. C-4/91, point 6 ; CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Belgique, Aff. C-173/94, point 2 ; CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93, point 2 ; CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Grèce, Aff. C-290/94, point 2 ; CJCE, 15 janvier 1998, Schöning-Kougebetopoulou,

fonctionnelle[1], indépendamment du lien juridique de nature privée ou publique qui unit l'employeur à l'agent, fondée en premier lieu sur la nécessité du lien de confiance unissant la nation aux nationaux dans l'exercice de certaines activités. La cour caractérise ce lien de confiance par « un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État », ainsi que par « la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité »[2]. Implicitement, cette démarche ne revient-elle pas à considérer que la possession de la nationalité, déjà analysée par la Cour comme relevant de l'identité nationale des États membres, peut être la condition d'exercice des fonctions essentielles de l'État qui, identifiées comme répondant de l'exercice de la puissance publique, sont elles-mêmes liées au principe du respect de l'identité nationale tel que le formule le traité ?

La Commission précisa par la suite dans une communication adressée aux États membres que par la formule de la Cour, il fallait retenir les « *activités ordonnées autour d'un pouvoir public de l'État ou d'une autre personne morale de droit public tel que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants* »[3]. Il s'agirait donc des emplois dans « les forces armées, la police, la magistrature, l'administration fiscale » et en serait ainsi exclus et par conséquent soumis à la libre circulation « les emplois des organismes chargés de gérer un service commercial, des services opérationnels de santé publique, de l'enseignement et de la recherche »[4]. La Cour de justice a en ce sens considéré que n'étaient pas couverts par l'exception du traité, la généralité des emplois dans : l'enseignement primaire comme secondaire[5] ; dans la recherche[6] ; dans les services de santé tels qu' infirmier, ou médecin[1] ;

Aff. C-15/96, point 13 ; CJCE, 22 mai 2003, Commission c/ Allemagne, Aff. C-103/01, point 44 ; CJCE, 30 septembre 2003, Anker, Ras et Snoek Aff. C-47/02, point 43 ; CJCE, 30 septembre 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, Aff. C-405/01, point 39 ; CJCE, 26 avril 2007, Georgios Alevizos, Aff. C-392/05, point 69.

[1] Voir notamment au sujet de cette approche fonctionnelle, Arrêt Lawrie-Blum, précité, point 12, et Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, point 27.

[2] Voir notamment : Arrêt Lawrie-Blum, précité, point 27 ; Arrêt Annegret Bleis, précité, point 6 ; Arrêt Commission c/ Belgique (C-173/94), précité, point 2 ; Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, point 2 ; Arrêt Commission c/ Grèce (C-173/94), précité, point 2 ; Arrêt Anker, Ras et Snoek précité, point 39 ; Arrêt Georgios Alevizos, précité, point 70.

[3] Communication de la Commission, 5 janvier 1988, relative à la libre circulation des travailleurs et l'accès aux emplois dans l'administration publique des États membres - L'action de la Commission en matière d'application de l'article 48§2 du traité CEE, JO n° C 72 du 18/03/1988.

[4] DUBOUIS L. et BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 94.

[5] Arrêt Lawrie-Blum, précité, point 29 ; Arrêt Annegret Bleis, précité, point 8 ; Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, points 32 et 33 ; Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, points 34 et 35.

[6] Arrêt Commission c/ Italie (C-225/85), précité, point 14 ; Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, point 31.

dans les transports que ce soit terrestres, maritimes, ou aériens[2] ; dans les services de distribution d'eau, de gaz, d'électricité[3] ; dans les services postaux[4] ; dans les télécommunications[5] ; dans les services de radiotélévision[6] ; dans le secteur musical et lyrique[7] ; ou enfin des emplois de pompier[8]. La Cour de justice reconnaît néanmoins que si la généralité des emplois dans ces domaines d'activité ne peuvent être considérés comme conduisant à l'exercice direct ou indirect de la puissance publique, ou à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, certains d'entre eux peuvent néanmoins remplir ces critères, mais à la condition que l'exercice de la puissance publique ne soit pas seulement ponctuel, mais bel et bien effectif et habituel[9].

L'encadrement strict de la notion de fonction publique par l'Union a donc imposé aux États membres, en dépit de leurs traditions constitutionnelles, d'ouvrir aux ressortissants communautaires un certain nombre de secteurs d'emplois traditionnellement réservés aux nationaux[10].

482. Ainsi, la citoyenneté européenne tend à accentuer au sujet de l'accès à certains emplois initialement réservés aux nationaux, l'affaiblissement entre le traitement des nationaux et celui des ressortissants des autres États membres et par conséquent à porter atteinte au lien fondamental unissant la nation aux nationaux. Néanmoins, un certain nombre de limites sont prévues, de sorte que cet affaiblissement soit circonscrit au strict nécessaire. Ces limites semblent ainsi permettre un certain respect, certes implicite et *a minima*, de l'identité nationale au sujet du « rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que

---

[1] Arrêt Commission c/ France (C-307/84), précité, point 13 ; Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, point 31 ; Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, points 34 et 35 ; Arrêt Schöning-Kougebetopoulou, précité, point 13.

[2] Arrêt Commission c/ Belgique (C-149/79), précité, point 11 ; Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, point 31 ; Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, points 34 et 35.

[3] Arrêt Commission c/ Belgique (C-173/94, précité, points 17 et 18 ; Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, point 31 ; Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, points 34 et 35.

[4] Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, point 31 ; Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, points 34 et 35.

[5] Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-473/93), précité, point 31 ; Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, points 34 et 35.

[6] Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, points 34 et 35.

[7] Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, points 34 et 35.

[8] Arrêt Commission c/ Allemagne (C-103/01), précité, point 44.

[9] Arrêt Commission c/ Grèce (C-290/94), précité, point 36 ; Arrêt Commission c/ Allemagne (C-103/01), précité, point 39 ; Arrêt Anker, Ras et Snoek précité, points 62 et 63 ; Arrêt Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, précité, point 44.

[10] DUBOUIS L. et BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 93, les auteurs relèvent également qu'au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, un certain nombre de secteurs « peuvent être présumés ouverts à la libre circulation sauf en ce qui concerne les fonctions de direction, de contrôle ou de sécurité : emplois dans les chemins de fer, emplois ouvriers dans les administrations / eau, gaz, électricité / radiotélévision, orchestre, opéra / santé / recherche civile / postes et télécommunication ».

[de] la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité », par la prise en considération d'un critère interne, celui d'exercice de la puissance publique lui-même lié à la notion de fonction essentielle de l'État évoquée par l'article 4§2.

Or, parmi les différents droits attachés à la citoyenneté européenne dans l'article 20 TFUE, il en est un autre qui présente un potentiel destructeur vis-à-vis des droits exclusifs attachés à la nationalité. Celui du « droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État »[1]. Il convient donc d'observer désormais si l'identité nationale des États membres est également respectée lors de la détermination des droits politiques attachés à la citoyenneté européenne.

2. Un accès limité aux droits politiques tenant au critère « d'exercice de la puissance publique » et aux caractéristiques particulières de la population

483. Outre le droit inconditionnel de pénétrer sur le territoire, et d'accès à certains emplois de la fonction publique, seule la notion de citoyenneté au niveau national, qui découle en général de l'acquisition de la nationalité, apportait toujours de grandes divergences entre le statut de national et d'étranger, en garantissant notamment l'exclusivité du droit de vote et d'exercer des fonctions publiques électives. Les effets de la citoyenneté européenne atteignent-ils ce dernier bastion de la nationalité des États membres en affectant l'exclusivité des droits politiques qu'elle confère et l'identité nationale peut-elle être prise en compte afin de limiter cette atteinte ?

484. Le droit de vote traditionnellement limité, du moins dans la majeure partie des cas, aux nationaux, se voit ouvert aux citoyens européens non-nationaux, ce qui est pourtant l'un des droits politiques les plus importants attachés à la notion de citoyen d'un État. Marie-Claire Ponthoreau fait ce même constat lorsqu'elle note que « des droits parmi les plus symboliques de l'appartenance à la communauté nationale ne sont plus le monopole des nationaux de l'État »[2]. En effet, l'émergence de la citoyenneté européenne « renforce d'avantage le rapprochement entre le ressortissant communautaire et le national en reconnaissant au premier certains droit politiques qui, dans la plupart des États membres, n'étaient jusqu'ici reconnus

[1] Article 20§2 TFUE.
[2] PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 3.

qu'aux seuls nationaux »[1]. Sur ce dernier élément, plusieurs réserves doivent être apportées. Déjà, en ce qui concerne la limitation de ce droit de vote aux seules élections municipales pour ce qui relève des élections internes, les niveaux nationaux et régionaux, lieux souvent privilégiés de l'exercice du pouvoir, sont exclus. De même, l'article 22 TFUE prévoit un certain nombre de dérogations à cette égalité dans le droit de vote ainsi que d'éligibilité entre citoyens européens et nationaux, que ce soit pour les élections municipales ou parlementaires européennes, mais uniquement lorsque des problèmes spécifiques tenant à un État membre le justifient. Ces dérogations furent précisées lors de l'adoption de deux directives, l'une portant sur les élections parlementaires européennes[2] et l'autre sur les élections municipales[3].

La première directive aura permis de poser une dérogation qui ne trouve son application qu'au Luxembourg, selon laquelle l'État peut réserver le droit de vote des citoyens de l'Union non-nationaux à ceux résidant sur son territoire depuis cinq ans et conditionner leur éligibilité à une résidence de dix ans, dès lors qu'au sein de la population de cet État, la proportion de citoyens de l'Union en âge de voter dépasse 20% du nombre total des électeurs nationaux[4]. Cette première dérogation fondée sur un critère interne permet à l'État membre de préserver l'importance de la prise en compte des choix électoraux de ses nationaux, qui ne doivent pas être excessivement dilués dans ceux des autres citoyens européens.

La seconde directive pose la même condition en matière d'élection municipale qui trouve également son application au Luxembourg, mais aussi en Belgique pour certaines de ses communes[5]. Elle offre en outre une autre dérogation de taille concernant le droit pour les États membres de réserver l'éligibilité « aux fonctions de chef, d'adjoint ou de suppléant ou encore de membre du collège directeur de l'exécutif » aux seuls nationaux, ou encore de réserver le cas échéant aux seuls élus locaux bénéficiant de la nationalité le soin de participer à la désignation des membres d'une assemblée parlementaire nationale[6]. Cette autre distinction tolérée, autrement appelée « exception française »[7], répond également d'un critère interne, celui de préserver la faculté étatique de réserver « la participation à l'exercice de

[1] DERO-BUGNY D., « L'étranger », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 379.
[2] Directive n° 93/109/CE du Conseil, 6 décembre 1993, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants, n° L 329 du 30/12/1993 pp. 34-38.
[3] Directive n° 94/80/CE du Conseil, 19 décembre 1994, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité, JO L 368, 31/12/1994, p. 38, article 14 alinéa 2.
[4] Directive n° 93/109/CE, précitée, article 14§1.
[5] Directive n° 94/80/CE, précitée, article 12§1 et 2.
[6] *Ibid.*, article 5§3 et 4.
[7] DUBOUIS L. et BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 31.

l'autorité publique et à la sauvegarde des intérêts généraux aux nationaux »[1]. Un rapprochement est alors également établi entre la possession de la nationalité, préalablement considérée comme composante de l'identité nationale, l'exercice de l'autorité publique que l'on peut rattacher à la notion de fonction essentielle de l'État et même plus largement la structure territoriale et politico-institutionnelle de l'État, elle-même composante de l'identité nationale non sans rapport avec cette dérogation. Il s'agit donc d'une prise en compte du motif essentiel justifiant l'attribution initiale de la citoyenneté et par son intermédiaire des droits politiques aux seuls nationaux, à savoir l'établissement d'un lien exclusif de confiance.

485. La citoyenneté européenne en conférant un statut privilégié aux ressortissants communautaires, dont ils bénéficient dans chaque État membre, a encore amoindri la distinction entre national et étranger lorsque cet étranger bénéficie de la citoyenneté européenne. Ainsi, ce qui était admissible au regard de la jurisprudence de la CEDH en matière de discrimination ne l'est plus totalement dans le cadre de l'Union. L'exclusion systématique et générale du droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens n'est plus complètement justifiée par l'existence d'une situation distincte. Cette évolution des critères d'application du principe de non-discrimination, bien qu'elle conduise de nouveau à remettre en cause les effets de la nationalité, est suffisamment limitée pour que l'identité constitutionnelle des États membres ne soit pas excessivement atteinte, du moins pas plus que nécessaire. Si la question des rapports entre la citoyenneté européenne et les effets distinctifs de la nationalité apparaît essentielle à la préservation du lien fondamental unissant la nation aux nationaux, il en va de même de la faculté de quelques États membres d'étendre l'attribution des droits politiques à des non-nationaux présentant toutefois un lien étroit avec eux ou de les restreindre pour certains nationaux dans une situation particulière. L'Union respecte t'elle cette faculté ?

B) La reconnaissance des particularités nationales dans l'interprétation des droits politiques attachés à la citoyenneté européenne

486. Il s'agira ici de se concentrer exclusivement sur le droit de vote et d'éligibilité, initialement réservés aux nationaux, puis ouvert partiellement à l'ensemble des citoyens de l'Union, statut reconnu selon les traités à tous les nationaux des États membres. Or, comme

[1] Directive n° 94/80/CE, précitée, considérants introductifs.

auparavant envisagé, si dans la plupart des États il existe un lien exclusif entre droit de vote et nationalité, d'autres opèrent une distinction et reconnaissent ce droit à des ressortissants d'États tiers présentant un certain lien avec eux. De même, d'autres États limitent le droit de vote de leurs nationaux en établissant par exemple des critères de résidence. Il s'agira donc de déterminer si la Cour, lors de l'interprétation de la notion de citoyenneté européenne, laisse une marge d'appréciation aux États dans la définition et l'attribution du droit de vote et d'éligibilité, notamment pour les élections parlementaires européennes, en prenant en considération leur identité nationale, ou si au contraire ce droit découle de la citoyenneté européenne et par conséquent s'impose aux États membres indépendamment de leurs traditions constitutionnelles, quand bien même elles relèveraient de leur identité nationale.

Pour ce faire, deux arrêts ont permis de garantir à l'État membre le maintien de sa compétence dans l'encadrement des effets produits par l'acquisition de sa nationalité et dans la caractérisation de l'exclusivité ou non des droits qui en découlent. Au sujet de l'extension du droit de vote notamment dans le cadre des élections européennes à des non-nationaux, il s'agira d'analyser l'affaire Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni[1] (1), puis à propos de sa restriction vis-à-vis de nationaux selon un critère de résidence, il conviendra d'envisager l'affaire Eman et Sevinger[2] (2).

1. La reconnaissance d'une interprétation étatique de la citoyenneté européenne à l'aune de ses « traditions constitutionnelles »

487. Le premier arrêt faisait suite à une sanction du Royaume-Uni par la Cour EDH dans l'affaire Matthews sur la base de l'article 3 du protocole n°1 pour ne pas avoir organisé d'élection parlementaire européenne à Gibraltar, territoire au moins partiellement sous sa juridiction. Selon la Cour de Strasbourg, ce Parlement au même titre que le Parlement anglais constitue un corps législatif à l'égard de Gibraltar, raison pour laquelle le Royaume-Uni devait reconnaître à ses ressortissants le droit de vote pour l'assemblée européenne de la même façon qu'il l'avait reconnu pour l'assemblée nationale[3]. Suite à la modification de la législation nationale sanctionnée et eu égard au conflit latent entre Royaume-Uni et Espagne au sujet de Gibraltar, la seconde ne manqua pas d'exercer un recours en manquement à l'encontre du premier, visant à faire valoir que le Royaume-Uni aurait violé le droit de

[1] CJCE, 12 septembre 2006, Espagne C/ Royaume-Uni, Aff. C-145/04.
[2] CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Sevinger, Aff. C-300/04.
[3] Cour EDH, 18 février 1999, Matthews c/ Royaume-Uni, req. n°24833/94, points 26-44.

l'Union, en reconnaissant le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen à des ressortissants d'un État tiers qui ne possédaient pas en tant que telle la nationalité britannique.

Il convient d'ores et déjà de préciser que le Royaume-Uni était alors confronté à une situation particulièrement inconfortable, puisque selon la réponse de la Cour de justice, il risquait de se retrouver entre l'enclume conventionnelle et le marteau de l'union. Il avait d'ailleurs évoqué cette situation devant la Cour EDH, qui n'en prit guère considération. L'invocation par le Royaume-Uni de la nature communautaire des dispositions relatives aux élections du Parlement européen et de son incapacité à les modifier unilatéralement était somme toute un argument relativement tendancieux, puisque les États ont toujours conservé une grande marge de manœuvre dans l'organisation de ces élections.

488. Or, l'Espagne soutenait pour sa part devant la Cour de justice une lecture stricte des dispositions du droit de l'Union relatives à la citoyenneté de l'Union. Elle y défendit la thèse selon laquelle « *seuls les citoyens de l'Union peuvent se voir reconnaître le droit de vote aux élections du Parlement européen en raison du lien manifeste existant entre la citoyenneté de l'Union et la nationalité d'un État membre, d'une part, et la jouissance des droits prévus par le traité, d'autre part* »[1]. Elle avançait en outre que l'extension du champ d'application *ratione personae* de la citoyenneté européenne ne pouvait relever que de la compétence exclusive de l'Union.

489. À cela venait s'opposer une vision britannique plus ouverte, d'ailleurs soutenue par la Commission, selon laquelle aucune disposition du droit de l'Union ne s'opposait à ce qu'il étende ce droit à des ressortissants d'État tiers. Cette lecture était empreinte de référence à sa tradition constitutionnelle retraçant les raisons historiques qui l'ont poussé à accorder d'abord au niveau national et désormais à l'échelon européen le droit de vote aux QCC résidant à Gibraltar[2]. La Commission réfutant la lecture stricte espagnole arguait qu'il « n'existe pas, dans tous les États membres, un lien entre la légitimité de la puissance publique et la nationalité », ajoutant qu'il conviendrait en conséquence « de tenir compte des approches différentes, telle celle résultant de la tradition constitutionnelle du Royaume-Uni »[3], mais

[1] Arrêt Espagne C/ Royaume-Uni, précité, point 39.
[2] *Ibid.*, point 46, la définition de QCC donnée dans l'arrêt est la suivante : « les citoyens du Commonwealth à l'égard desquels il n'est pas exigé de titre ou de permis pour entrer au Royaume-Uni ou pour y séjourner ou qui possèdent un titre ou un permis les autorisant à entrer au Royaume-Uni et à y séjourner, et [qui ont par conséquent], sous réserve d'une condition de résidence, le droit de vote aux élections parlementaires britanniques ».
[3] *Ibid.* point 53.

encore et surtout 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 »[1].

490. La Cour de justice était donc amenée à interpréter les dispositions relatives à la citoyenneté[2], afin de déterminer laquelle de ces deux visions étaient la plus pertinente. Il s'agissait ainsi de mettre en balance une interprétation stricte de la citoyenneté européenne visant à consacrer le lien de proximité qu'établit la nationalité des États membres vis-à-vis de la citoyenneté européenne, avec une interprétation plus souple permettant la prise en compte de l'identité nationale d'un État membre.

Elle prit en tout premier lieu bonne note de la tradition constitutionnelle du Royaume-Uni, de même qu'elle rappela par deux fois la sanction de ce dernier par la Cour EDH. Se livrant alors à l'interprétation des articles susmentionnés, elle considéra successivement que le traité se borne d'une part, à poser un principe de non-discrimination à l'égard des citoyens européens au sujet de leur droit de vote lorsqu'ils résident dans un autre État membre et d'autre part, que les États fixent eux-mêmes, bien que soumis à certaines règles imposées par le droit de l'Union, la procédure électorale sur leur territoire en pouvant dûment tenir compte de certaines particularités nationales.

Ensuite, elle releva que le traité ne dispose pas « de manière explicite et précise quels sont les bénéficiaires du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen »[3], mais encore que rien ne permet de conclure que « les droits reconnus par le traité [dont fait partie le droit de vote] seraient réservés aux citoyens de l'Union »[4]. En somme, la Cour rejette ici l'idée selon laquelle il existerait un lien exclusif entre la possession de la citoyenneté européenne, que n'ont pas les ressortissants de Gibraltar, et le droit de vote ainsi que d'éligibilité au Parlement européen. Réitérant sa prise en compte de la tradition constitutionnelle du Royaume-Uni, elle conclut qu'en l'état actuel du droit de l'Union « *la détermination des titulaires du droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen ressort de la compétence de chaque État membre dans le respect du droit communautaire, et que les articles* [visés du traité] *ne s'opposent pas à ce que les États membres octroient ce droit de vote et d'éligibilité à des personnes déterminées ayant des liens étroits avec eux, autres que*

[1] *Ibid.*, point 58.
[2] C'est à dire les articles 189 CE, 190 CE, 17 CE et 19 CE désormais articles 2 TUE, 3 TUE, 14 TUE, 20 TFUE, 22 TFUE, 223 TFUE, 224 TFUE ; ainsi que l'acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, 20 septembre 1976, JOCE L n°278 du 8/10/1976 ; tel que modifié par la décision du Conseil, 25 juin 2002 et du 23 septembre 2002.
[3] *Ibid.*, point 70.
[4] *Ibid.*, point 74.

leurs propres ressortissants ou que les citoyens de l'Union résidant sur leur territoire »[1].

Cette solution fut notamment critiquée par Vlad Constantinesco, ce dernier s'interrogeant sur la question de savoir si « le lien politique que représente le droit de participer à des élections comme électeur ou comme candidat n'implique […] pas une proximité avec l'Union, celle, justement qu'enregistre la possession de la nationalité »[2]. C'est ce que remarque également Laurence Burgorgue-Larsen toutefois plus réservée, lorsque s'arrêtant sur la formule « en l'état du droit communautaire », elle la perçoit comme révélatrice « tout à la fois des limites du droit communautaire tel qu'il se présente aujourd'hui [...], ainsi que de sa volonté de ne pas faire œuvre dynamique dans un domaine qui arbore une envergure constitutionnelle, tant pour les États que pour l'Union elle-même »[3]. Elle en conclut d'ailleurs que la Cour « préfère s'arrimer à l'*existant* constitutionnel (national), plutôt que de promouvoir et de forger une *perspective* constitutionnelle (européenne) »[4]. Ainsi, au risque de réduire la fondamentalité du statut de citoyen de l'Union, la Cour validera néanmoins l'interprétation de la notion livrée par l'État défendeur qui, interprétée d'une façon particulièrement conciliatrice avec son identité nationale, confirme son respect par l'Union en matière d'encadrement de la nationalité et de ses effets par les États membres. En somme l'identité nationale a dans le cas d'espèce plus pesé dans la balance, que la sauvegarde de l'unité du droit de l'Union au moyen d'une interprétation rigoureuse du statut fondamental de citoyen européen.

491. Il faut néanmoins avouer que l'impact sur l'unité du droit de l'Union, tel qu'il était décrit par l'Espagne, était largement exagéré. En effet, les QCC possèdent ce droit de vote uniquement lorsqu'ils résident sur le territoire du Royaume-Uni ou sur celui de Gibraltar. À ce titre, une telle ouverture ne conduit qu'à modifier la représentation du Royaume-Uni au sein du Parlement européen et non pas celle des autres États, pas plus que l'équilibre établi entre eux. Les conséquences de l'ouverture restent donc plutôt internes, bien que relatives à des élections européennes. Par le jeu du principe du respect de l'identité nationale, un État membre qui détache l'attribution du droit de vote de la nationalité, pourtant habituellement justifiée par cette dernière, n'est donc pas contraint de modifier ce rapport particulier. En ce

[1] *Ibid.*, point78.
[2] CONSTANTINESCO V., « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen, retour sur quelques arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, p. 277.
[3] 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, p. 30.
[4] *Ibidem*.

sens l'Union ne porte pas atteinte à sa capacité de caractériser ou non l'exclusivité des liens que nourrissent l'accès au droit de vote découlant de la citoyenneté européenne et l'acquisition de sa nationalité.

2. La reconnaissance d'une interprétation étatique de la citoyenneté européenne à l'aune de sa « structure constitutionnelle »

492. Un second arrêt qui fut relié par ses conclusions à l'arrêt précédent permet de parvenir à la même conclusion, au sujet cette fois de la limitation territoriale par un État membre des effets produits par l'acquisition de sa nationalité en matière de droit de vote aux élections du Parlement national et européen[1]. À la suite d'un litige opposant l'État néerlandais à deux de ses ressortissants résidant à Aruba, à propos du refus de les inscrire sur les listes électorales en vue de l'élection des membres du Parlement européen au motif que ces derniers résidaient dans un pays ou territoire d'outre-mer (PTOM), une série de questions préjudicielles fut posée à la Cour. Cette dernière était amenée à notamment déterminer si la qualité de citoyen de l'Union était reconnue aux nationaux d'un État membre résidant dans un territoire faisant partie des PTOM et si dans la positive ces nationaux bénéficiaient du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen. La première de ces questions fut rapidement résolue par la conclusion qu'un critère de résidence supplémentaire apposé à la condition de nationalité d'un État membre n'était pas pertinent pour réfuter la qualité de citoyen de l'Union et l'invocabilité des droits qui en découlent.

La seconde question prenait alors une autre ampleur, puisqu'en cas de réponse négative, elle aurait conduit la Cour à valider la limitation, opérée par un État membre, du droit de vote pourtant conféré par la citoyenneté de l'Union à ses propres ressortissants. L'État membre défendeur au litige pendant, de même que l'ensemble des États intervenants et la Commission qui participaient aux débats en son soutien, soulevaient deux arguments venant justifier le refus d'accorder le droit de vote à ces citoyens européens résidant à Aruba. Le premier concernait le droit de l'Union lui-même, en référence à l'exclusion de principe des PTOM de son champ d'application, qui n'imposerait pas dès lors de reconnaître ce droit de vote en dehors du territoire sur lequel le droit de l'Union s'applique. En outre, étaient avancées des considérations relatives à la non-détermination par le traité des bénéficiaires du droit de vote à ces élections qui conforteraient ainsi la faculté néerlandaise de procéder à cette

[1] Arrêt Eman et Sevinger, précité.

exclusion. Le second argument visait la situation nationale et la compétence exclusive d'Aruba en matière de droit de vote, ainsi que son autonomie. Ces éléments conduiraient à ne pas retenir le parlement national ou le Parlement européen comme son corps législatif au sens de l'arrêt Matthews précité et justifieraient par conséquent l'exclusion des nationaux résidant à Aruba du droit de vote et d'éligibilité à ces deux assemblées.

493. La Cour accueillit ici aussi l'intégralité de ces arguments. Elle reconnut tant l'absence de définition claire des titulaires du droit de vote dans le traité, de la même manière qu'elle put le faire dans l'arrêt précédent, que la non-applicabilité des dispositions du droit de l'Union aux PTOM. Elle analysa, en outre, la situation nationale parvenant à la même conclusion que les États et la Commission. À l'instar du Parlement néerlandais, pour lequel les nationaux résidant à Aruba sont exclus de toute participation à son élection, le Parlement européen ne peut être retenu envers eux en tant que corps législatif. Validant ici la pertinence du critère de résidence retenu par les autorités néerlandaises, elle conclut que « *rien ne s'oppose à ce que les États membres définissent, dans le respect du droit communautaire, les conditions du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen par référence au critère de la résidence sur le territoire dans lequel sont organisées les élections* »[1]. À cet égard elle précisait de plus que même si d'autres États membres, tels que la France, ont fait le choix d'accorder le droit de vote au Parlement européen à leur ressortissants résidant dans les PTOM sous leur juridiction, ce critère n'est pas déterminant dans la mesure où « il appartient aux États membres de retenir les règles les mieux adaptées à leur structure constitutionnelle »[2].

La reconnaissance de la compétence étatique et une telle adaptabilité de la procédure électorale du Parlement européen au regard de la « structure constitutionnelle » de chaque État membre symbolisent bel et bien le respect de l'identité nationale de ces derniers, telle qu'elle est formulée dans l'article 4§2 TUE et telle qu'elle fut d'ailleurs explicitement reconnue dans l'arrêt Gibraltar. Il n'est cependant pas certain que la Cour se réfère par cette formule à la nationalité et ses effets, mais plus en l'espèce à l'organisation territoriale précédemment étudiée, dont fait partie la détermination des rapports avec les PTOM et dont découle en dernier lieu la reconnaissance ou le refus aux nationaux y résidant du droit de vote.

[1] *Ibid.*, point 61.
[2] *Ibid.*, point 50.

494. Néanmoins un autre problème se posait. Les nationaux néerlandais résidant dans un État tiers peuvent exercer contrairement à ceux résidant à Aruba ce droit de vote pour les élections européennes. Il ne fait nul doute que la Cour au constat de cette rupture d'égalité telle qu'elle la qualifie, invita fortement la juridiction nationale à prendre en compte cette situation avant de rendre sa réponse, car celle-ci est de nature à remettre en cause la validité de l'exclusion des résidents d'Aruba. En effet, si les États restent maîtres de leur compétence pour déterminer les effets de l'acquisition de la nationalité, ils doivent aussi dans son exercice respecter le droit de l'Union. Cela valait pour le respect des droits tirés de la citoyenneté européenne, bien que cette dernière ait reçu une interprétation favorable au respect de l'identité nationale, mais cela vaut tout autant pour l'ensemble des principes fondamentaux dont le droit de l'Union dispose. Ici, le principe de non-discrimination, qui se trouve appliqué dans une situation aux allures internes, puisque concernant uniquement les nationaux d'un État membre placés dans des situations différentes, prend une envergure dépassant le seul cadre national, car ces mêmes nationaux possèdent également la qualité de citoyen de l'Union. Ainsi, la Cour interprète initialement la citoyenneté européenne en respect de l'identité nationale étatique, en considérant ce traitement distinct justifié par une situation différente des intéressés, mais pondère ce respect dès lors que la différence de situation n'existe plus.

495. L'interprétation retenue par la Cour à propos de la notion de citoyenneté de l'Union et des droits qui en découlent apparaît encore une fois respectueuse de la nature identitaire du lien fondamental de nationalité pour les États membres, ainsi que de leur faculté d'en encadrer la portée et les effets, mais lui confère un « droit de regard » sur cette compétence pourtant purement étatique. Elle consacre de manière quasi-explicite la nationalité comme relevant du champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale dans son versant constitutionnel, puisqu'en procédant à un « *découplage entre le titre de citoyen européen, accordé à toutes les personnes ayant la qualité de national d'un État membre, et la jouissance des droits, réservés à certains, dûment désignés par les droits [constitutionnels] nationaux »*[1], *elle use d'une « subsidiarité constitutionnelle* »[2], largement imprégnée du principe du respect de l'identité nationale. Si l'Union procède à un découplage entre citoyenneté européenne et droits politiques, c'est parce qu'elle-même se heurte « aux variétés des règles nationales en

[1] KAUFF-GAZIN F., « Droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen », *Europe*, novembre 2006, p. 9.
[2] *Ibidem*.

matière d'attribution de la nationalité et de découplage entre citoyenneté et nationalité »[1], dont elle tient dûment compte. La formule de « subsidiarité constitutionnelle », fut d'ailleurs reprise par Laurence Burgorgue-Larsen qui voyait là malgré des objectifs divergents, « le résultat d'une démarche similaire », partagée par les juges nationaux et le juge de l'Union, la tentative des premiers « de concilier l'inconciliable [...] pour *in fine* valoriser les constitutions nationales » et la volonté du second « de ne pas se substituer au législateur et valoriser les traditions constitutionnelles communes »[2]. Elle considérait finalement à juste titre qu'en la matière « la prégnance de la valorisation des identités nationales est manifeste »[3].

496. La Cour de justice a donc pris en compte, et ce toujours dans une initiale indifférence, la compétence exclusive étatique quant à l'attribution et au retrait de la nationalité. Elle respecte cette compétence et admet désormais que son exercice puisse même justifier, par un motif d'intérêt général, une atteinte au statut fondamental de citoyen européen. Plus encore, en admettant les interprétations fournies par des États membres au sujet des droits politiques attachés à la citoyenneté européenne, elle marque finalement une réelle déférence envers leurs traditions et leur structure constitutionnelle, ces dernières étant d'ailleurs implicitement ou explicitement reliées par la Cour à l'identité nationale. La référence envers l'identité nationale, même si elle demeure souvent implicite, tend de nouveau à favoriser la conciliation des intérêts respectifs d'une façon qui puisse être favorable aux États membres, en autorisant l'interprétation particulièrement accommodante d'une notion pourtant fondamentale du droit de l'Union et ce au risque de négliger son apport essentiel, celui d'unité.

Conclusion du chapitre 1 :

497. L'identité politico-institutionnelle de l'État membre constituée par sa structure fondamentale et par le lien politique qui l'unit à la nation est donc respectée. L'Union lui garantit ce respect tant dans l'adoption et l'interprétation de son droit que dans la faculté qu'elle lui offre à ce titre de justifier l'incompatibilité du droit national avec le sien. De plus, le fonctionnement de l'Union s'appuie à de nombreuses occasions sur cette identité que ce soit sur les structures fondamentales pour mettre en œuvre son droit au sein des territoires

[1] CONSTANTINESCO V., « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen, retour sur quelques arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes », *op.cit.*, p. 280.
[2] 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 », *op.cit.*, p. 30.
[3] *Ibidem*.

nationaux, ou sur sa nationalité pour organiser sa propre citoyenneté.

En conséquence, l'Union n'a pas pour objet de détruire ou fondamentalement transformer la structure et les fondements politiques de l'État membre, mais bien au contraire de conjuguer leur préservation avec son fonctionnement. L'identité politico-institutionnelle de l'État membre est donc effectivement respectée par l'Union, au moyen de son inclusion dans la dimension constitutionnelle du champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale.

498. Elle l'est d'abord par la reconnaissance, certes parfois relativisée, de l'autonomie organisationnelle de l'État, que ce soit selon le terme institutionnel, juridictionnel et procédural ou territorial. Elle l'est également au moyen de la reconnaissance par la Cour de justice de l'organisation politique, de l'autonomie constitutionnelle ou encore de l'autonomie fiscale locale, lors de l'interprétation de notions relevant du droit de l'Union, telles que le principe d'égalité, la notion de juridiction lors du renvoi préjudiciel ou celle de sélectivité des aides d'État lors de l'appréciation du cadre de référence pertinent pour la caractériser.

Elle l'est aussi par la prise en compte des compétences nationales en matière d'attribution et de retrait de la nationalité, de même que par la prise en compte de critères internes et de particularités nationales, lors de l'interprétation de la citoyenneté européenne et de la détermination des droits notamment politiques y étant rattachés.

La dimension constitutionnelle de l'identité nationale étant effectivement respectée par l'Union, il convient de déterminer si son autre dimension, identifiée non par le traité mais par la jurisprudence, l'est également et selon les mêmes méthodes.

Chapitre 2 : Le respect d'une dimension culturelle *lato sensu* de l'identité nationale

499. Le traité semble, dans la formulation de ce que recouvre l'identité nationale, se limiter pour l'essentiel à une dimension constitutionnelle. Il fut toutefois observé que cela n'empêche pas que d'autres potentialités lui soient reconnues. L'Union fait référence, dans les traités, au respect d'une dimension culturelle de l'identité nationale par l'expression « respect de la diversité culturelle ». En effet, l'identité dans son acception relative à l'altérité se confond avec la notion de diversité envisagée comme la juxtaposition d'identités différentes. Si l'article 4§2 TUE n'intègre donc pas explicitement la dimension culturelle comme composante de l'identité nationale, la rédaction laissée volontairement générale par les rédacteurs du traité ne l'en exclut pas pour autant. Le préambule du TUE rappelle d'ailleurs, le désir des États membres « d'approfondir la solidarité entre leurs peuples dans le respect de leur histoire, de leur culture et de leurs traditions »[1]. De plus, d'autres articles du traité, insérés depuis Maastricht complètent cette disposition. Ainsi les traités précisent de manière générale que l'Union « contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun », de même qu'elle « […] tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures »[2].

Jean-Denis Mouton constate à ce propos que depuis ces insertions, « *la fonction défensive de la clause d'identité nationale peut être considérée comme concernant la dimension culturelle de celle-ci* [...] *; mais* [...] *se voyant aussi conférer la mission de promouvoir ces identités nationales, la clause du respect de l'identité nationale acquiert ainsi, au-delà de sa fonction défensive, une fonction positive d'incitation ou de revendication à l'action* »[3]. La culture a, dès lors, rejoint le champ de compétence de l'Union, ayant acquis une vocation globale au-delà de sa compétence économique originelle. Aussi, une disposition transversale de la sorte devenait nécessaire pour garantir dans l'action de l'Union le respect des identités culturelles nationales. Le même auteur note à ce sujet que « [la] dimension transversale donnée ainsi à la compétence culturelle compense d'une certaine manière la

[1] Préambule TUE, repris de l'ancien préambule TUE.
[2] Article 167§1 et 4 TFUE, article 151§1 et 4 TCE.
[3] MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone 2009, pp. 410-411.

faiblesse des moyens donnés à ce même article »[1]. Une dernière référence au respect de la diversité culturelle est faite dans un autre article relatif à l'éducation, toutefois les analyses le concernant seront réservées pour la suite[2]. Le traité de Lisbonne tout en reprenant ces différentes dispositions, hisse en outre, au moyen de son article 3 TUE le respect de la diversité culturelle au rang des objectifs de l'Union[3]. De même, la CDF réserve spécifiquement un article à la diversité, dans lequel il est précisé que « [l]'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique »[4]. Or l'entrée en vigueur de la charte concomitante à celle du traité de Lisbonne consacre ainsi directement le respect de la diversité culturelle parmi les principes fondamentaux de l'Union[5]. Enfin, il sera observé que la Cour de justice a elle-même précocement reconnu une dimension culturelle de l'identité nationale, avant même son insertion dans les traités.

500. À titre préventif, il convient d'ores et déjà de préciser que si des éléments tirés du droit constitutionnel des États membres seront concernés, cela ne vient aucunement perturber la classification retenue, dans la mesure où les analyses pour distinguer une dimension culturelle d'une dimension constitutionnelle de l'identité nationale s'appuieront sur les distinctions opérées par la Cour de justice et non sur les conceptions étatiques[6]. La dimension culturelle de l'identité nationale sera ici entendue dans un sens large regroupant non seulement des éléments strictement culturels, mais également une dimension sociale ou encore socioculturelle. La culture est en effet l'une de ces notions insaisissables qui, au gré des auteurs et des conceptions, peut recouvrir un sens divergent et une portée bien différente.

---

[1] MOUTON J.-D., « L'Europe élargie, un nouvel enjeu de civilisation et de cultures ? », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J. et GESLOT C., *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, *actes du colloque de Besançon 17 et 18 octobre 2002*, Paris, La documentation Française, 2005, p. 533.

[2] Article 165§1 TFUE, article 149 TCE, voir *infra* (§528).

[3] Article 3§3 TUE « […] Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen ».

[4] Article 22 CDF.

[5] Article 6 TUE.

[6] Voir en ce sens PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *in VIIe Congrès mondial de l'AIDC,* Athènes, 11-15 juin 2007, p.4, « L'identité nationale repose sur deux types d'éléments : d'une part, des éléments objectifs tels que la langue, la religion, la culture, le groupe ethnique et, d'autre part, des éléments subjectifs et tout particulièrement le sentiment d'appartenance. La constitution ne peut à elle seule constituer l'identité collective puisque la nation trouve ses fondements dans des pré-conditions constitutionnelles. Cependant, la constitution joue sans aucun doute une fonction intégrative en plus de sa fonction normative. Il y a en quelque sorte une relation circulaire : l'identité collective structure la constitution et la constitution structure l'identité nationale. Il est important de garder à l'esprit qu'en pratique toutes les constitutions cherchent à concilier *ethnos* et *demos*. [...]. À cette étape de la réflexion, l'objectif est de prendre en considération l'existence de différentes identités constitutionnelles dans l'examen de la question principale qui regarde les interprétations possibles de la clause d'identité nationale. Deux interprétations peuvent être proposées : culturaliste et politico-institutionnelle ». Aussi des éléments de l'identité culturelle bien que constitutionnalisés ne sont pas pour autant nécessairement une composante de l'identité constitutionnelle.

Tout d'abord, il existe une vision individuelle et fortement évolutive de la culture se rapportant plus communément au terme de « culture générale ». C'est toutefois exclusivement dans sa vocation collective et stable qu'elle sera ici analysée. La culture sera donc entendue comme celle d'un peuple, correspondant à « une unité fixatrice d'identités, un repère de valeurs relié à une histoire, un art parfaitement inséré dans la collectivité »[1]. Certains tel Georges Karydis intègrent ainsi dans les éléments composant la culture entendue encore une fois au sens large, « *tout ce qui fait partie de ce que l'on appelle environnement culturel d'un peuple, c'est-à-dire toutes les créations de l'homme qui font partie du patrimoine artistique, historique et culturel en général, ainsi que toutes les valeurs spirituelles, morales, religieuses, esthétiques et autres, admises par la majorité comme des éléments, qui font la spécificité socioculturelle nationale ou régionale et par lesquelles se forment et se perpétuent l'ordre et le consensus social* »[2].

Cette première définition ne suffit toutefois pas à satisfaire les besoins de délimitation de la notion. En effet, à ce stade une précision s'impose, la culture au sens large, retenue comme telle, peut signifier « l'ensemble des usages, des coutumes, des manifestations artistiques, religieuses, intellectuelles qui définissent et distinguent un groupe, une société »[3]. Mais elle peut également signifier un « ensemble de convictions partagées, de manières de voir et de faire qui orientent plus ou moins consciemment le comportement […] d'un groupe »[4]. Ces définitions font références à une conception au sens large de la culture qui intègre non seulement une vision stricte, mais également une vision plus sociale, caractérisant ce qui concerne la vie en société. C'est le cumul de ces deux visions qui sera utilisé pour définir ce que recouvre conformément aux prescriptions de la Cour de justice la dimension culturelle *lato sensu* de l'identité nationale.

501. S'agissant d'une conception étroite de la culture, la Commission s'attelant à préciser la notion, et rappelant qu'il s'agit là d'un concept difficile à définir, précise que la culture peut renvoyer aux beaux-arts, ce qui inclut tout un ensemble de biens et de services culturels. Ne l'excluant donc pas de l'application des libertés fondamentales, elle en vient toutefois à souligner que « [le] *mot culture a aussi une signification anthropologique. La culture est la base d'un monde symbolique de sens, de croyance, de valeurs et de tradition qui s'expriment*

[1] « Culture », *Techno-Science.net*, encyclopédie scientifique en ligne, voir lien : http://www.techno-science.net/?onglet=glossaire&definition=5826.
[2] KARYDIS G., « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *RTDE*, 1994, p. 551.
[3] « Culture », dictionnaire Larousse 2006, p. 321.
[4] *Ibidem*.

dans le langage, l'art, la religion et les mythes. À ce titre, elle joue un rôle fondamental dans le développement humain et dans le tissu complexe des identités et des habitudes des individus et des communautés »[1]. La Commission rattache donc bien la culture à l'identité d'une communauté donnée telle qu'un État membre peut l'être, ce qui par voie d'extension concerne son identité nationale à proprement parler.

Jean-Christophe Barbato fait ce même constat lorsque, s'appuyant sur les travaux d'Ernest Gellner[2], il envisage que « [la] rémanence de la mention d'une composante culturelle dans de nombreuses définitions plus contemporaine de la nation vient d'ailleurs en confirmer le caractère constitutif »[3]. Le rapprochement entre culture et identité nationale paraît alors indéniable, et il semble ainsi pertinent de se tourner désormais vers l'analyse du traitement par l'Union de la notion d'identité culturelle[4].

502. Le respect de l'identité culturelle des États membres est incontestablement devenu au fil des traités une notion phare du droit de l'Union. Toutefois, ces références générales à la diversité culturelle au sens large ne renseignent que très peu sur son contenu. Certains s'interrogent d'ailleurs sans formuler de réponse sur la question de savoir « où arrêter l'identité culturelle ? Le vin en fait-il partie ? La tauromachie ? Les combats de coqs ? »[5]. Il

---

[1] Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, 10 mai 2007, relative à un agenda européen de la culture à l'ère de la mondialisation, COM (2007) 242 final, p.3 ; voir également communication de la commission, 17 avril 1996, « 1er rapport sur la prise en compte des aspects culturels dans l'action de la communauté européenne », COM (96) 160, p. 3 : « le concept de Culture est un concept aux contours flous et variables d'une école de pensée à l'autre, d'une société à l'autre, d'une époque à l'autre. Il peut concerner les Beaux-arts, la littérature... mais aussi s'étendre jusqu'à l'ensemble des connaissances et des traits qui caractérisent une société et permettent de comprendre le monde ».

[2] GELLNER E., *Nations et nationalisme*, Paris, Payot, 1999, p. 19.

[3] BARBATO J.-C., « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D*., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 50 ; voir du même auteur, BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 599 p.

[4] Voir pour une approche de la notion d'identité culturelle, HÉRITIER A., « Le respect du patrimoine culturel des États membres dans le droit de l'Union européenne », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D*., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 95, selon laquelle la notion trouve « sa richesse dans la rencontre d'un aspect objectif - être tel ou tel - et d'un subjectif, d'un ressenti d'être tel ou tel. L'identitaire ne se confond jamais avec l'identique. Foyer virtuel sans jamais d'existence réelle, jamais immuable - elle est naturellement changeante, enrichie continuellement d'apport exogène - l'identité culturelle est une création éternellement continuée, riche de stabilité et de transformation : elle semble finalement sédimentée de différents, anciens et plus récents acquis culturels et demeure comme la surface de l'eau, toujours présente mais continuellement changeante en fonction des courants du fleuve ».

[5] CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone*,* 2010*,* p 87 ; SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 43.

semble toutefois nécessaire de se concentrer sur les éléments incontestables et essentiels de cette dimension de l'identité nationale. Aussi dans une perspective descriptive, une nouvelle distinction au sein de l'identité culturelle sera opérée, afin d'approfondir la classification et l'analyse du champ matériel de la dimension culturelle de l'identité nationale. Seront ainsi dissociés, les vecteurs strictement culturels de l'identité nationale (**Section 1**), de son contenu qui recouvrira alors non seulement un volet strictement culturel, mais également un volet social, l'ensemble pouvant alors être désigné comme contenu socioculturel de l'identité nationale (**Section 2**).

Section 1 : Les vecteurs culturels de l'identité nationale

503. Les vecteurs sont entendus ici comme les moyens de véhiculer une information. Associés à l'identité culturelle, ils sont les outils indispensables de sa diffusion, de sa promotion et de son renouvellement. Ils constituent un élément capital de la survie et de la création d'une telle identité dans la mesure où un élément ne peut y être inclus sans avoir été au préalable communément admis par une partie substantielle de la communauté concernée. Or, comment cette communauté pourrait-elle reconnaître un tel élément comme relevant de son identité culturelle si elle n'en prend pas initialement connaissance. Sans diffusion de celle-ci, point d'identité pourrait-il être dit. Dès lors, la protection des vecteurs de l'identité culturelle nationale ne peut être qu'assimilée à la protection de ladite identité. Aussi, il est nécessaire de démontrer que ces vecteurs sont bien une partie intégrante du champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale dans sa dimension culturelle. D'ailleurs certains, comme la langue, ont une telle importance qu'ils en deviennent un critère d'appartenance à une communauté donnée. Jean-Marie Pontier fait ce même constat, considérant que « [s]'il existe plusieurs façons d'affirmer son identité culturelle, la langue en est un instrument privilégié. Inversement, la façon de s'exprimer à travers un langage, témoigne d'une identité culturelle »[1].

Afin de déterminer le sort que réserve l'Union aux vecteurs de l'identité culturelle, seront successivement analysés la langue (§1), qui par sa dimension, mérite un traitement particulier, puis les autres moyens de diffusion de l'identité culturelle (§2).

[1] PONTIER J.-M., « Les données juridiques de l'identité culturelle », *RDP*, 2000, p. 1283.

Paragraphe 1 : La langue

504. La langue se situe à la base des relations entre les membres d'une même communauté et à ce titre s'avère aussi bien être un critère d'appartenance à celle-ci, qu'un vecteur des plus déterminants dans la propagation et la transmission de son identité, de sa culture. Jean-Marie Pontier fait ce constat lorsqu'il considère que « [...] c'est la langue qui semble constituer, aujourd'hui, l'un des fondements les plus puissants de l'identité culturelle ou de la revendication d'une telle identité »[1]. Anne-Marie Thiesse, dans son ouvrage relatif à la création des identités nationales, après avoir dégagé deux des fonctions de la langue nationale, que sont « la substitution à une bigarrure de modalités linguistiques » et « l'incarnation de la nation », insiste de même sur le fait qu'une langue nationale doit « [...] se confondre avec la nation, s'enraciner dans ses profondeurs historiques, porter l'empreinte du peuple » [2]. La fonction identitaire de la langue est encore une fois ici largement mise en avant. De même la convention Unesco portant sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles rappelle également dans son préambule « [...] que la diversité linguistique est un élément fondamental de la diversité culturelle »[3]. La langue, apparaissant comme un élément identitaire culturel essentiel à la structuration et à la préservation d'une communauté donnée et de son unité, puisque au cœur des relations individuelles, publiques et politiques, figure logiquement parmi les composantes que nombre d'États membres ont assimilées à leur identité constitutionnelle opposable non seulement au pouvoir de révision constitutionnelle, mais également au principe de primauté[4]. Elle est toutefois au regard de la diversité des choix linguistiques opérés, un élément propre à l'identité constitutionnelle de chaque État membre. En ce sens, à l'aune du XXème siècle, la plupart des États européens, de façon analogue, avaient favorisé la sélection et la promotion d'une langue. Portant exception à cela, quelques États encore aujourd'hui n'ont pas opéré un choix unique et conservent la coexistence de plusieurs langues nationales officielles (Luxembourg, Irlande...), ou plusieurs zones linguistiques (Belgique, Espagne…)[5].

---

[1] PONTIER J.-M., « Les données juridiques de l'identité culturelle », *op.cit.*, p.1275.
[2] THIESSE A.-M., *La création des identités nationales*, Paris, du Seuil, 2001, pp.70 et 71.
[3] Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles - adoptée par la Conférence générale de l'Unesco en octobre 2005, entrée en vigueur le 18 mars 2007.
[4] Voir *supra* (§169 et s. ; §295 et s.).
[5] Pour une analyse sur la distinction langue nationale, langue officielle, voir PIERRÉ-CAPS S. « Le statut constitutionnel de la langue nationale et/ou officielle : étude de droit comparé », *in* LE POURHIE A.-M. *(dir.), Langue(s) et Constitution(s)*, Paris, Economica – PUAM, 2004, pp. 93 et s., voir lien : http://www.aarach.com/le_statut_constitutionnel_de_la_langue.htm.

505. Il convient désormais de vérifier si le droit de l'Union assimile de même le critère linguistique au champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale. Or un tel rattachement ne résulte pas directement du traité, au sein duquel l'article 4 ne fait ni référence à la dimension culturelle de l'identité nationale, ni à la langue au sein de sa dimension constitutionnelle. Il provient exclusivement de la jurisprudence et des conclusions des avocats généraux, qu'il convient donc d'analyser. Pour ce faire, il faut distinguer deux situations. La première est relative à l'obligation adressée aux institutions de l'Union, lors de l'adoption de leurs actes, de respecter la diversité et le régime linguistique de l'Union, tels que conçus en considération des choix linguistiques opérés par les États membres. Il faudra alors déterminer si cette obligation présente une connexion avec le principe du respect de l'identité nationale (A). La seconde porte sur l'emploi par les États membres de leurs langues officielles et des politiques internes tenant à leur protection et leur promotion comme un motif susceptible, en tant qu'élément de leur identité nationale, de justifier une atteinte au droit de l'Union lors de son application (B).

A) La prise en compte de la diversité linguistique lors de l'adoption du droit de l'Union

506. Le devoir des institutions de l'Union de respecter le régime linguistique de l'Union résulte en premier lieu du droit primaire, ainsi que du droit dérivé (1). Il a néanmoins été soumis en plusieurs occasions à l'appréciation de la Cour de justice qui a dès lors pu en préciser la teneur (2).

1. Une obligation imposée dans les traités et le droit dérivé

507. Initialement, les références directes à la langue étaient très rares dans les traités. Toutefois, cela ne permet pas d'en nier l'importance dans la construction de l'identité des États membres telle que précédemment observée. En effet, l'évolution des traités depuis Nice en passant par le TECE « mort-né » et le traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009 ont renforcé la prise en compte du domaine linguistique dans le droit de l'Union notamment au sujet de sa formation.

D'abord, la traduction des dispositions du traité est prévue, conformément à l'article

55 TUE, dans l'ensemble des langues officielles des États membres[1]. Cette disposition, bien que ne consacrant pas la langue en tant qu'élément identitaire, témoigne d'un certain respect à l'égard des choix linguistiques opérés par les États membres. D'ailleurs, un second considérant, inséré dans ce même article lors de la rédaction du TECE, puis du traité de Lisbonne, précise dorénavant que ces langues officielles sont parmi celles que les États auront eux-mêmes déterminées en vertu de leur ordre constitutionnel[2]. Ensuite, le nombre de langues de travail utilisées au sein de l'Union a augmenté au gré des élargissements successifs, de telle sorte qu'elles recouvrent la quasi-totalité des langues officielles désignées par les États membres, ce qui tend de nouveau à renforcer la prise en compte de l'élément linguistique national par le droit de l'Union[3].

508. De façon plus générale, l'Union conservait jusqu'au traité de Nice inclus une approche plutôt indirecte de l'élément linguistique par le prisme de la diversité culturelle, cadre dans lequel la diversité linguistique semblait alors trouver sa place. Une unique référence directe au respect de la diversité linguistique dans le traité de Nice, qui se situait à l'article 149 TCE, article repris dans le traité de Lisbonne[4], venait d'ailleurs le confirmer. Désormais, le traité de Lisbonne opère une réelle déférence envers les choix linguistiques opérés par les États membres en les rattachant d'une façon des plus explicites à la notion de diversité culturelle[5].

De plus, l'entrée en vigueur de la CDF confirme également cette approche. Ainsi, ses articles 21 et 22 font directement référence à l'élément linguistique, que ce soit respectivement dans le cadre du principe de non-discrimination ou dans celui du respect de la diversité culturelle, en confirmant que l'Union a le devoir de respecter les choix opérés par les États membres en matière linguistique tout autant que celui d'adopter ses actes en fonction de ce critère[6]. De même, la ratification par l'Union de la convention Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles entrée en vigueur le 18 mars 2007, rend applicables ses dispositions relatives à la diversité linguistique au même titre que les dispositions du traité, ce qui complète l'arsenal juridique du droit primaire en rapport avec le

[1] Article 55 TUE, ancien article 53 TUE et article IV-448 TECE.
[2] Article 55 alinéa 2 TUE.
[3] Le régime linguistique de l'Union a été fixé par le règlement n° 1 CEE du Conseil portant fixation du régime linguistique de la Communauté Économique Européenne, JO n° B 17 du 06/10/1958, pp. 385-386. La liste des langues officielles de l'Union fixée par ce règlement a évolué au fur et à mesure des élargissements.
[4] Article 165 TFUE, article 149 TCE.
[5] Article 3§3 al4 TUE.
[6] Article 21§1 et 22 CDF.

respect de la diversité linguistique[1]. La référence non pas à l'identité, mais à la diversité linguistique n'apparaît pas véritablement problématique pour démontrer le rattachement du domaine linguistique au principe du respect de l'identité nationale, dans la mesure où ces deux notions sont étroitement liées, comme cela sera abordé.

509. Il est ainsi un devoir pour l'Union de respecter sa diversité culturelle, notamment linguistique, il est en outre pour elle un objectif de la promouvoir[2]. En ce sens, plusieurs actes adoptés par les institutions de l'Union affichent clairement une telle ambition.

Le premier est une décision de 1996 portant sur l'adoption d'un programme pour promouvoir la diversité linguistique de l'Union dans la société d'information[3]. Le but de la décision est d'ailleurs rappelé dans son article premier. En outre, celle-ci relève dès ses premiers considérants « [...] l'importance des aspects culturels et linguistiques de la société de l'information [et] l'importance pour l'Union européenne de sa diversité linguistique »[4]. La référence directe à la diversité linguistique de l'Union permet de consacrer, dans le cadre d'un traitement de groupe, l'ensemble des choix opérés par les États membres en matière linguistique comme s'imposant à l'Union dans son fonctionnement. Or, cette décision dépasse la notion de respect pour ainsi se positionner sur le terrain de la promotion impliquant non pas une simple prise en considération, mais un réel investissement de l'Union afin de garantir la protection des choix linguistiques opérés par les nations qui la composent.

Le second acte est une résolution du Conseil de 2002 sur la promotion de l'apprentissage des langues[5]. Il y souligne « que toutes les langues européennes sont, du point de vue culturel, égales en valeur et en dignité et font intégralement partie de la culture et de la civilisation européennes ». Il invite de plus les États membres « à garder à l'esprit, dans le cadre des objectifs susmentionnés, la richesse que représente la diversité linguistique dans la Communauté européenne ». La consécration de la langue en tant qu'élément particulièrement important tant pour l'Union que pour ses États membres est ici clairement opérée, par la juxtaposition entre langue, culture et civilisation mais également par l'affirmation de l'égalité entre les diverses langues européennes qui renvoie implicitement au principe de respect de la

[1] Décision n° 2006/515/CE du Conseil, 18 mai 2006, relative à la conclusion de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, JO L 201 du 25.7.2006, pp. 15-30.
[2] Article 3§3 TUE.
[3] Décision n° 96/664/CE du Conseil, 21 novembre 1996, concernant l'adoption d'un programme pluriannuel pour promouvoir la diversité linguistique de la Communauté dans la société de l'information, JO n° L 306 du 28/11/1996 pp. 40-48.
[4] *Ibid.*, Considérants 5,6 et 7.
[5] Résolution du Conseil, 14 février 2002, sur la promotion de la diversité linguistique et de l'apprentissage des langues dans le cadre de la mise en œuvre des objectifs de l'année européenne des langues 2001, JO n° C 50 du 23/02/2002 pp. 1-2.

diversité culturelle et linguistique par l'Union.

Enfin, une communication de la Commission de 2005 et une résolution du Conseil de 2008 portant sur le multilinguisme visent également à promouvoir en Europe les langues employées au sein des États membres[1]. Les institutions de l'Union ont eu par conséquent, à plusieurs occasions, l'opportunité d'évoquer le pluralisme linguistique de l'Union. Il existe de nombreux actes de droits dérivés portant sur sa diversité linguistique et il n'est pas possible, ni utile d'en faire ici une étude exhaustive[2]. Leur seule existence tend du moins à confirmer que l'Union n'est pas insensible envers le multilinguisme qui la compose et plus encore qu'elle s'impose le devoir de le respecter notamment dans l'édiction de ses actes en tant que son régime linguistique propre. Or, la question du respect par les institutions de l'Union de la diversité linguistique s'est ainsi posée à plusieurs reprises devant la Cour de justice.

2. Une obligation opposable aux institutions de l'Union devant la Cour de justice

510. Deux affaires soumises à l'interprétation de la Cour de justice et tenant au respect de sa diversité linguistique ont permis de saisir avec plus d'acuité la nature de l'obligation qui s'impose à l'Union et plus particulièrement à ses institutions lors de l'adoption de certains actes : les affaires Eurojust[3] et Italie contre Commission[4].

511. En premier lieu, dans l'affaire Eurojust, l'Espagne avait adressé un recours en annulation à l'encontre de plusieurs appels à candidature émis par un organe de l'Union, en l'espèce Eurojust. Était avancé le non-respect du régime linguistique de l'Union et en conséquence de sa diversité linguistique, en ce que ces actes imposaient certaines connaissances linguistiques aux candidats seulement en langue anglaise et française au détriment des autres langues officielles des États membres. Cet arrêt n'est pas en tant que tel d'un grand intérêt dans la mesure où la Cour a rejeté sa compétence pour des raisons procédurales, sans avoir dès lors pu analyser l'affaire au fond. Pourtant, les conclusions de

[1] Résolution du Conseil, 21 novembre 2008, portant sur le multilinguisme, JO n° C 320 du 16/12/2008, pp. 1-3 ; Communication de la Commission, 22 novembre 2005, portant sur « Un nouveau cadre stratégique pour le multilinguisme », COM (2005) 596 final.
[2] Pour une étude complète de l'état du multilinguisme dans l'Union, voir LEGENDRE J., Rapport n° 258 (2008-2009), fait au nom de la Commission des affaires culturelles, 11 mars 2009, « Proposition de résolution sur le respect de la diversité linguistique dans le fonctionnement des institutions européennes », voir lien : http://www.senat.fr/rap/l08-258/l08-258_mono.html#toc24.
[3] CJCE, 15 mars 2005, Espagne C/ Eurojust, Aff. C-160/03.
[4] TPICE, 20 Novembre 2008, Italie c/ Commission, Aff. T-185/05.

l'avocat général Maduro sont des plus intéressantes et doivent à ce titre être étudiées[1]. Il y aborde la nature et la portée de l'obligation imposée aux institutions européennes de respecter la diversité linguistique, notamment dans le cadre des procédures de recrutement et des travaux internes d'un organe de l'Union. Cela revient à s'interroger sur la nature de l'obligation du respect de la diversité linguistique par les institutions européennes. Or, le recours à la notion de diversité linguistique n'est pas sans présenter certains liens avec le principe du respect de l'identité nationale comme l'évoque lui-même l'avocat général.

En effet, il affirme tout d'abord que « [dans] *une Union* [...] *visant l'établissement d'une société caractérisée par le pluralisme (article 2 TECE), le respect de la diversité linguistique revêt une importance d'autant plus fondamentale. Cela résulte du respect que l'Union doit, aux termes de l'article 6, paragraphe 3, UE, à l'identité nationale des États membres. Le principe du respect de la diversité linguistique a d'ailleurs été expressément consacré par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* [...] *et par le traité établissant une Constitution pour l'Europe* […]. *Ce principe est une expression spécifique de la pluralité constitutive de l'Union européenne* »[2]. Il considérera ensuite que « [...] la langue n'est pas seulement un moyen fonctionnel de communication sociale. C'est un attribut essentiel de l'identité personnelle et, en même temps, un élément fondamental de l'identité nationale »[3]. L'élément linguistique est par conséquent replacé dans son contexte identitaire d'une manière plus qu'explicite. Le lien ainsi opéré entre diversité linguistique et identité nationale conduit finalement à penser que l'obligation adressée aux institutions de l'Union de respecter sa diversité linguistique, lors de l'adoption de leurs actes, résulte en premier lieu du devoir de l'Union de respecter l'identité nationale des États membres.

Se basant sur ces premières réflexions, Poiares Maduro en déduit que ces obligations pour les institutions de l'Union constituent « une règle institutionnelle fondamentale de l'Union européenne » et qu'elles ne sauraient être exclues qu'après une justification systématique. Aussi, comme la primauté du droit de l'Union qui s'impose à l'État membre, celui-ci ne pouvant y déroger qu'après une justification reconnue par la Cour comme légitime, le principe du respect de l'identité nationale, ici la langue, s'imposerait de la même façon par le biais de la diversité linguistique aux institutions de l'Union et les contraindrait dans l'exercice des compétences qui leur sont accordées par les États membres, notamment lors de

[1] Conclusions Poiares Maduro, Espagne c/ Eurojust, précitées.
[2] *Ibid.*, point 35 ; voir également pour le lien entre diversité linguistique et identité nationale, Conclusions KOKOTT J., CJCE, 21 juin 2012, Italie c/ Commission, Aff. C-566/10, selon lesquelles : « Le principe du multilinguisme fait partie de la diversité culturelle et de l'identité nationale des États membres ».
[3] Conclusions MADURO P., CJCE, Espagne c/ Eurojust, précitées, point 36, *ibidem*.

l'adoption de leurs actes. Tout comme les États membres, celles-ci ne pourraient passer outre que dans le cadre d'une justification légitime et appréciée comme telle par la Cour. Pour l'avocat général, la portée de l'obligation du respect de sa diversité linguistique pour l'Union semble donc être dans sa connexion avec l'identité nationale de même valeur que celle du respect de la primauté de son droit pour les États membres.

512. En second lieu, une autre affaire a été adressée à la Cour. Elle portait sur le recours en annulation de l'Italie à l'encontre de deux actes liés de la Commission, en l'espèce un avis de vacance concernant un poste à la Commission et une décision sur le régime linguistique de publication des avis de vacance. Ce recours formé en considération du non-respect de la diversité linguistique de l'Union, confirme l'approche que Poiares Maduro avait observée dans ses conclusions relatives à l'arrêt Eurojust[1]. D'ailleurs, l'un des arguments de l'Espagne intervenant en soutien de l'Italie visait à insister sur l'idée que l'acte « produirait des effets juridiques d'une importance et d'une gravité exceptionnelles », dès lors qu'il porterait notamment atteinte « au principe du respect de la pluralité linguistique », ainsi qu'aux principes « de non-discrimination en raison de la langue et de l'identité nationale »[2]. Un lien est ainsi de nouveau établi entre la diversité linguistique de l'Union et l'identité nationale des États membres. Partant, après avoir reconnu l'importance du multilinguisme au sein de l'Union par le biais du principe de non-discrimination en raison de la langue, le juge analysa également le respect de la diversité linguistique comme une exigence fondamentale s'appliquant aux institutions européennes et pour laquelle toutes restrictions devraient être justifiées. Néanmoins, si le Tribunal annula ici les deux actes, il ne fit aucune référence à l'identité nationale des États membres.

513. Finalement, force est de constater que l'Union a, sous l'impulsion des États membres, progressivement intensifié l'attachement qu'elle porte à sa diversité linguistique et par voie de conséquence au respect des choix linguistiques nationaux. Ce même constat peut d'ailleurs être fait dans l'analyse des situations où la Cour est amenée à prendre en considération l'élément linguistique en tant que motif de justification d'une atteinte portée par un État membre au droit de l'Union.

[1] Arrêt Italie c/ Commission (T-185/05), précité, points 127 et 128.
[2] *Ibid.*, point 38.

B) La prise en compte de l'identité linguistique lors de la mise en œuvre du droit de l'Union

514. Si la protection de sa diversité culturelle et linguistique apparaît pour l'Union comme un devoir interconnecté avec celui de respecter l'identité nationale des États membres lors de l'adoption de ses actes. Il faut déterminer si pareille considération peut être reconnue lors de la mise en œuvre du droit de l'Union par les États. A-t-elle alors le devoir de respecter les choix nationaux en matière linguistique et les politiques internes tenant à la protection ou encore à la promotion de la ou des langues officielles nationales ? Pour ce faire, doivent être envisagés non seulement le droit dérivé (1), mais aussi et surtout la jurisprudence de la Cour de justice (2).

1. La prise en compte du critère linguistique dans le droit dérivé

515. Dès 1968, le Conseil adopta un règlement non spécifique à la langue mais relatif à la mobilité des travailleurs et visant à l'interdiction des entraves à la liberté de circulation des travailleurs opérée par les législations nationales[1]. Son article 3 prévoyait néanmoins une exception pour les législations nationales restrictives en raison d'un critère d'ordre linguistique. Cette insertion est finalement l'une des premières prises en considération de l'élément linguistique dans le cadre d'un acte de droit dérivé de l'Union.

De même, en 1978, le Conseil adoptait une directive relative au rapprochement des législations en matière d'étiquetage, et affirmait que « les États membres veillent à interdire sur leur territoire le commerce des denrées alimentaires si [certaines] mentions prévues [par la directive] ne figurent pas dans une langue facilement comprise par les acheteurs », ajoutant que « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que lesdites mentions figurent en plusieurs langues »[2]. Cette disposition a été modifiée par une seconde directive adoptée en 1997[3]. D'une part, elle reprend les dispositions précédentes et les complète par un nouvel alinéa ainsi rédigé : « [l]'État membre où le produit est commercialisé peut, dans le respect des règles du traité, imposer sur son territoire que ces mentions d'étiquetage figurent au moins dans une ou

[1] Règlement n° 1612/68/CEE du Conseil, 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO n° L 257, 19/10/1968 pp. 2-12, article 3.
[2] Directive n° 79/112/CEE du Conseil, 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard, JO n° L 33 du 08/02/1979 pp. 1-14, article 14 alinéa 2.
[3] Directive n° 97/4/CE du Parlement européen et du Conseil, 27 janvier 1997, modifiant la directive n° 79/112/CEE relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard, JO n° L 43 du 14/02/1997 pp. 21-23.

plusieurs langues qu'il détermine parmi les langues officielles de la Communauté »[1]. D'autre part, cette insertion était complétée par l'ajout d'un considérant introductif supplémentaire, précisant « que les États membres [peuvent], dans le respect des règles du traité, imposer des exigences linguistiques ».

La prise en compte des exigences linguistiques étatiques relatives aux législations en matière d'étiquetage connaît donc un renforcement. Une considération envers leur choix en la matière complète ainsi une disposition qui venait initialement seulement protéger le consommateur final. De plus, les langues officielles de l'Union, comme précédemment évoquées, sont inspirées des choix linguistiques des États membres. Il n'est certes pas fait ici mention de la langue en tant qu'élément identitaire que l'Union aurait le devoir de respecter, mais le résultat en termes de protection est exactement le même, puisqu'elle permet une limitation par les États de la libre circulation des marchandises à l'aune du critère linguistique. Toutefois l'application faite de cette directive par le juge de l'Union, semble selon J.C Barbato être plutôt limitée. En effet, il constate au moyen de plusieurs arrêts de la CJUE que : « à partir d'une disposition censée protéger la diversité linguistique, […], la Cour en vient à limiter les possibilités d'action nationale en matière de politique linguistique »[2]. Cela vient nuancer en la matière, l'intérêt que cette directive pouvait apporter.

Une autre directive de 1989, cette fois relative à la coordination en matière de radiodiffusion télévisuelle, disposait dans l'un de ses considérants introductifs que « [...] *dans le souci de promouvoir activement telle ou telle langue, les États membres doivent conserver la faculté de fixer des règles plus strictes ou plus détaillées en fonction de critères linguistiques, pour autant que ces règles respectent le droit communautaire et, notamment, ne soient pas applicables à la retransmission de programmes originaires d'autres États membres* »[3]. Un de ses articles prévoyait de plus que « [lorsqu'ils] *l'estiment nécessaire pour la réalisation d'objectifs de politique linguistique, les États membres ont la faculté, à condition de respecter le droit communautaire, de prévoir, en ce qui concerne certaines ou l'ensemble des émissions des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence, des règles plus détaillées ou plus strictes, notamment en fonction de critères*

[1] *Ibid.,* article 13 bis,. Plus précisément la directive supprime l'alinéa 2 de l'article 14 de l'ancienne directive pour le reprendre dans le premier alinéa du nouvel article 13 bis.
[2] BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, *op.cit.*, pp. 89 et s. L'auteur s'appuie notamment sur les arrêts : CJCE, 18 juin 1991, Piageme et autres c/ BVBA Peeters, Aff. C- 369/89 ; CJCE, 12 septembre 2000, Casino France, Aff. C-366/98.
[3] Directive n° 89/552/CEE du Conseil, 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, dite directive « télévision sans frontières », JO n° L 298 du 17/10/1989 pp. 23-30.

linguistiques »[1]. Cette approche a, par ailleurs, été confirmée par une directive de 1997[2].

L'évolution de la conception de la langue passant d'un simple critère à une notion clé, dans le cadre de la radiodiffusion et donc de la transmission de la culture nationale, semble encore une fois révélatrice de la prise en compte croissante par l'Union de l'importance de ce vecteur culturel pour les États membres. Pourtant, il n'est toujours pas fait référence à la langue en tant qu'élément identitaire national, bien qu'un rapprochement avec l'intérêt public soit opéré. L'avocat général Kokott analysa d'ailleurs l'ouverture de ces directives vis-à-vis de la promotion de certaines langues comme « étroitement liée à la volonté de veiller à l'indépendance de l'évolution culturelle de chaque État membre »[3].

516. Dans ces actes de droit dérivé, la langue n'est pas le thème majeur, mais permet à l'État, dans le cadre d'autres politiques de l'Union, d'invoquer si besoin est, l'élément linguistique pour notamment justifier d'entraves aux libertés de circulation des travailleurs, des marchandises ou encore des services. Il convient désormais de vérifier si la Cour de justice a pu reconnaître comme légitime un tel motif de justification, mais aussi et surtout le relier de façon explicite au principe du respect de l'identité nationale dans sa dimension culturelle.

2. La reconnaissance et l'autonomisation du critère linguistique dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions

517. La Cour de justice a en plusieurs occasions été saisie d'affaires au sein desquels certains États membres ont tenté de justifier une entrave envers une liberté de circulation par leur choix en matière linguistique et leur volonté de protéger ou encore de promouvoir leur

[1] *Ibid.*, article 7 alinéa 2.
[2] Directive n° 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil, 30 juin 1997, modifiant la directive n° 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, dite directive « télévision sans frontières », JO n° L 202 du 30/07/1997 pp. 60 – 70, considérant 44 : « [...] les États membres ont la faculté d'appliquer aux organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines coordonnés par la présente directive, y compris, notamment, des règles visant à réaliser des objectifs en matière linguistique et garantir la protection de l'intérêt public pour ce qui concerne le rôle de la télévision comme support d'information, d'éducation, de culture et de divertissement » [2].
[3] Conclusions Kokott, présentées le 4 septembre 2008, Aff. C-222/07, UTECA, point 92.

langue officielle. Il s'agit des affaires Groener[1], Commission contre Luxembourg[2], UPECB[3], UTECA[4], Vardyn[5] et Las[6].

518. Dans le cadre d'un litige opposant Anita Groener ressortissante néerlandaise au ministère de l'éducation irlandais, la CJUE a pu aborder la question sur renvoi préjudiciel. Elle devait déterminer si l'exigence de connaissance du gaélique dans le but de pourvoir à un poste d'enseignant en Irlande, alors même que cette connaissance n'est pas indispensable à l'accomplissement des tâches de cette fonction, était compatible avec la liberté de circulation des travailleurs[7]. Le juge afin de déterminer si la langue peut être un motif susceptible de justifier la restriction d'une liberté fondamentale, se fonde sur les raisons ayant motivé l'adoption d'une telle politique par l'État irlandais. Il se base en premier lieu sur l'article de la Constitution irlandaise fixant les langues nationales, pour relever une situation identitaire particulière, celle de la coexistence de deux langues officielles[8]. Ensuite, il observe que « *si la langue irlandaise n'est pas parlée par l'ensemble du peuple irlandais, la politique suivie par les gouvernements irlandais depuis de nombreuses années a eu pour objet non seulement de soutenir, mais encore de promouvoir l'usage de cette langue comme moyen d'expression de l'identité et de la culture nationales* »[9].

Il opère ainsi, pour la première fois et avant même son inscription au sein des traités, un lien incontestable entre la langue, ici le gaélique, et l'identité nationale dans sa dimension culturelle, en l'espèce celle de l'Irlande, pour ensuite en conclure 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 membre qui est tout à la fois la langue nationale et la première langue officielle »[10]. Ce raisonnement en deux temps permet clairement de soutenir que l'Union respecte aussi bien les choix linguistiques des États membres que leurs politiques visant à la promotion des langues nationales, et ce en tant qu'élément inclus dans le champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale. Une question subsiste toutefois, cette jurisprudence de la Cour ne pourrait-elle pas « trouver une application analogue à d'autres

[1] CJCE, 28 novembre 1989, Groener, Aff. C-379/87.
[2] CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-51/08.
[3] CJCE, 13 décembre 2007, UPECB, Aff. C-250/06.
[4] CJCE, 5 mars 2009, UTECA, Aff. C-222/07.
[5] Arrêt Runevič-Vardyn et Wardyn, précité.
[6] CJUE, 16 avril 2013, Las, Aff. C-202/11.
[7] Plus précisément avec l'ancien article 48 CEE (devenu 39 TCE et désormais article 45 du TFUE) ainsi qu'avec l'article 3 du règlement n° 1612/68 du Conseil précité).
[8] Constitution irlandaise, précitée, article 8.
[9] Point 18 de l'arrêt Groener, précité.
[10] Point 19, *ibidem*.

professions qui, par leur nature, participent activement à la mise en œuvre effective d'une politique linguistique et par conséquent à la formation et au développement d'une langue vivante »[1] ?

519. Cette dernière interrogation trouvera en quelque sorte réponse en 2011, dans l'arrêt Commission contre Luxembourg relatif à l'exigence par ce dernier d'une condition de nationalité pour l'accès à la profession de notaire sur son territoire. Cette politique nationale avait pour effet d'opérer une différence de traitement en raison de la nationalité dès lors contraire à l'article 43 du traité relatif à la liberté d'établissement. Le Luxembourg faisait valoir à titre subsidiaire que « *l'emploi de la langue luxembourgeoise étant nécessaire dans l'exercice des activités de notaire, la condition de nationalité en cause [visait] à assurer le respect de l'histoire, de la culture, de la tradition et de l'identité nationale luxembourgeoises au sens de l'article 6, paragraphe 3, UE* »[2]. La Cour répondra que « *s'agissant de la nécessité, évoquée [...], de garantir l'emploi de la langue luxembourgeoise dans l'exercice des activités du notaire, force est de constater que le premier grief du présent litige porte uniquement sur la condition de nationalité en cause. Si la sauvegarde de l'identité nationale des États membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique de l'Union, ainsi que le reconnaît d'ailleurs l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'intérêt invoqué [...] peut toutefois être utilement préservé par d'autres moyens que l'exclusion, à titre général, des ressortissants des autres États membres* »[3].

L'argument et la mesure litigieuse du Luxembourg étaient ainsi moins probants que dans l'arrêt Groener, mais s'appuyait tout autant sur son identité culturelle, notamment linguistique. En effet, l'Irlande n'exigeait pas une condition de nationalité mais exclusivement la maîtrise de la langue concernée. Aussi, la mesure luxembourgeoise pêchait par son inadéquation, tout autant que par sa disproportion. Néanmoins, la Cour accueille dans un premier temps le motif de justification invoqué comme légitime. Ainsi, il n'est pas interdit de penser qu'une simple exigence de maîtrise du luxembourgeois afin d'exercer la profession de notaire, ait pu être justifiée par un tel argument. Quoi qu'il en soit, la Cour se réfère explicitement au principe du respect de l'identité nationale ainsi qu'à l'article du traité qui en dispose. L'admettant donc comme « but légitime », elle confirme au moins l'intégration d'une dimension culturelle, invoquée par l'État défendeur dans le cadre linguistique, au sein du

[1] KARYDIS G., « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *op.cit.*, p. 552.
[2] Arrêt Commission c/ Luxembourg (C-51/08), précité, point 72.
[3] *Ibid.*, point 124.

champ matériel couvert par le principe de respect de l'identité nationale. De plus elle semble donner une réponse favorable à l'interrogation précédente, à savoir qu'il n'est absolument pas exclu que la jurisprudence Groener puisse trouver une application analogue à d'autres professions.

520. En revenant récemment sur l'arrêt Groener, la Cour a renouvelé cette analyse dans l'arrêt UPECB rendu en 2007. Elle devait déterminer la compatibilité avec la libre prestation de services, d'une réglementation belge visant à imposer aux câblo-opérateurs exploitant un réseau de télédistribution dans la région bilingue de Bruxelles, la diffusion dans cette région des programmes télévisuels émis par les services publics flamands et wallons ou par les services privés agréés par le ministère compétent. La mesure fut rapidement qualifiée de restrictive. Elle avait toutefois été adoptée dans l'objet « *de préserver le caractère pluraliste et culturel de l'offre des programmes sur les réseaux de télédistribution et de garantir l'accès de tous les téléspectateurs au pluralisme et à la diversité des programmes, en particulier en assurant aux citoyens belges de la région bilingue de Bruxelles-Capitale qu'ils ne* [seraient] *pas privés de l'accès à l'information locale et nationale ou à leur culture* »[1].

À ce titre, elle fut rapidement considérée par le juge comme poursuivant un but d'intérêt général. En effet le juge s'appuyant sur les analyses de l'avocat général, prend en compte le caractère bilingue de la région concernée pour admettre que la mesure « *constitue un moyen approprié pour atteindre l'objectif culturel visé, dès lors que, notamment, elle est de nature à permettre* [...] *aux téléspectateurs de ladite région qu'ils ne seront pas privés de l'accès, dans leur propre langue, aux informations locales et nationales ainsi qu'aux programmes représentatifs de leur culture* »[2].

Cette dernière réflexion suggère consécutivement l'insertion du domaine linguistique dans l'identité culturelle de l'État membre et son importance en tant que vecteur de cette identité, mais également le respect que témoigne la juridiction de l'Union à cette composante identitaire, en permettant à l'État d'exciper d'une situation linguistique régionale particulière la faculté de déroger à une liberté fondamentale.

521. Dans l'arrêt UTECA, la Cour a de nouveau eu l'occasion de se prononcer sur la consistance identitaire de la langue. Il s'agissait ici, de déterminer notamment si une mesure nationale opérant une restriction à la liberté de circulation des services dans le domaine de

[1] Arrêt UPECB, précité, point 40.
[2] *Ibid.*, point 43.

l'audiovisuel, pouvait être justifiée par un motif culturel lié à la protection du multilinguisme. Le juge, ici, se référant aux directives sur la radiodiffusion télévisuelle ainsi qu'à la jurisprudence Groener va de manière analogue reconnaître le critère linguistique à la fois comme partie intégrante de l'identité nationale d'un État membre et comme un motif légitime susceptible de justifier une restriction aux libertés fondamentales[1]. Il se fonde, d'ailleurs, sur les considérations de son avocat général qui réaffirme sur la base du critère linguistique que « [si] *la préservation et la promotion de la diversité dans le domaine culturel sont si importantes pour l'Union européenne, c'est également parce que cette diversité est la marque caractéristique de l'Europe et de la culture européenne. C'est pourquoi "l'unité dans la diversité" fait partie des fondements de l'Union européenne* »[2].

Ensuite, le juge affirme tout en citant la convention Unesco que « *la diversité linguistique est un élément fondamental de la diversité culturelle, il ne saurait être considéré que l'objectif, poursuivi par un État membre, consistant à défendre et à promouvoir l'une ou plusieurs de ses langues officielles doit nécessairement être assorti d'autres critères culturels pour qu'il puisse justifier une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité* »[3]. Par conséquent le critère linguistique, élément inclus dans l'identité culturelle d'un État membre, fait partie du champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale dans sa dimension culturelle, notamment par son interconnexion avec le devoir de l'Union de respecter sa diversité culturelle[4]. Le critère linguistique devient de la sorte un motif autonome de justification d'entraves portées aux libertés de circulation, marquant de nouveau la déférence de l'Union envers les choix linguistiques et les politiques des États membres tenant à la préservation ou à la promotion de la ou des langues officielles nationales.

522. Enfin, encore plus explicite est le lien étroit qui enchevêtre langue, diversité culturelle et identité nationale dans l'arrêt préjudiciel Vardyn rendu en 2011 par la haute juridiction de l'Union. Un litige, relatif à la typographie retenue pour l'inscription de leurs nom et prénoms dans l'État civil lituanien, opposait une ressortissante lituanienne et son époux ressortissant polonais, à l'État concerné. La juridiction lituanienne de renvoi, théâtre du conflit, demandait notamment à la Cour de justice, si était constitutive d'une entrave à la libre circulation des personnes, au sens des articles 18 et 21 TFUE, le refus par les autorités lituaniennes de

[1] Arrêt et directive précités.
[2] Point 94 des conclusions UTECA, précitées.
[3] Point 33 de l'arrêt UTECA, précité.
[4] Voir en ce sens, BARBATO J.-C., « Commentaire de l'arrêt CJCE, 5 mars 2009, Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) contre Administración General del Estado, Aff. C-222/07 », *RIJDEC*, voir http://www.fd.ulaval.ca/sites/default/files/recherche/article_barbato.pdf., p. 6.

modifier dans l'acte de naissance de la première et dans leur certificat de mariage, la transcription de leurs nom et prénoms dans une autre forme de graphie que celle de la langue officielle nationale[1]. Seule la question relative à la modification de leur nom dans le certificat de mariage est toutefois pertinente dans la présente analyse, puisque seule celle-ci sera retenue par le juge, comme potentiellement constitutive d'une entrave, ce qu'il renvoya à l'appréciation de la juridiction nationale.

À cet effet, il s'appuya sur le respect de l'égalité de traitement entre les citoyens de l'Union, lors de la mise en œuvre de leur liberté de circulation par les États membres, pour mettre l'accent sur l'attention toute particulière que devait alors porter le juge de renvoi, aux inconvénients qui pourraient résulter « de la divergence de transcription du même nom de famille appliqué à deux personnes du même couple »[2], afin que ce dernier caractérise ou non l'existence de l'entrave. De surcroît, il ne manqua pas de relever le caractère fondamental que revêtent le prénom et le nom de famille pour une personne, en tant qu' « élément constitutif de son identité et de sa vie privée »[3], se basant corrélativement sur la CDF et sur l'article 8 de la CEDH. Ce premier élément d'analyse n'est pas anodin, car dans la suite de son raisonnement, la Cour de justice était amenée à préciser dans quelle mesure cette entrave, si elle devait être établie par la juridiction de renvoi sur ses propres indications, pouvait être justifiée par la Lituanie.

Or, elle précisa à ce propos que cette justification devait être confrontée non seulement à la libre circulation des personnes, mais également aux principes fondamentaux susmentionnés, ce qui supposait une base juridique solide pour qu'elle soit admise. Partant ainsi sur le terrain de ces éventuelles justifications, la Cour ne fera alors aucune référence aux raisons d'intérêt général ou à l'ordre public, mais mentionnera bien plus qu'à son accoutumée, le principe du respect de l'identité nationale tel que formulé par l'État lituanien. En effet ce dernier, parmi les autres États intervenants, arguait de la légitimité « pour un État membre de veiller à la protection de la langue officielle nationale, aux fins de sauvegarder l'unité nationale et de préserver la cohésion sociale »[4]. D'ailleurs il soulignait en particulier « *que la langue lituanienne constitue une valeur constitutionnelle qui préserve l'identité de la nation, contribue à l'intégration des citoyens, assure l'expression de la souveraineté nationale, l'indivisibilité de l'État, ainsi que le bon fonctionnement des services de l'État et des*

[1] Arrêt Runevič-Vardyn et Wardyn, précité, point 49, c'est à dire « sans les signes diacritiques, les ligatures, ou toutes autres modifications apportées aux lettres de l'alphabet latin, employés dans d'autres langues ». Les requérants pour leur part souhaitaient emprunter la graphie polonaise.
[2] *Ibid.*, point 75.
[3] *Ibid.*, point 66.
[4] *Ibid.*, point 84.

collectivités territoriales »[1].

Pour reconnaître ce motif de justification comme légitime, la Cour se référa à l'arrêt Groener qu'elle relia à l'article 22 de la CDF relatif au respect de la diversité culturelle et linguistique par l'Union, mais aussi et surtout à l'article 4, paragraphe 2, TUE portant sur le respect par l'Union de l'identité nationale des États membres. Ainsi elle précisa que « *l'objectif poursuivi par une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, visant à protéger la langue officielle nationale par l'imposition des règles de graphie prévues par cette langue, constitue, en principe, un objectif légitime susceptible de justifier des restrictions aux droits de libre circulation et de séjour prévus à l'article 21 TFUE et peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec lesdits droits reconnus par le droit de l'Union* »[2]. Elle renvoya ainsi cette interprétation au juge national tout en précisant que conformément à sa jurisprudence, la mise en balance de ces intérêts devait se faire au regard du principe de nécessité et de proportionnalité notamment eu égard aux « sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé » qui pourraient résulter de cette situation pour les plaignants ou leur famille, ainsi qu'en rappelant la fondamentalité du respect de la vie privée et familiale.

Certes, une solution favorable au respect de l'identité nationale de l'État membre n'est pas encore acquise, tant le premier plateau de la balance est chargé. Toutefois, cette réponse de la Cour figure comme l'insertion la plus explicite jamais réalisée du critère linguistique dans l'identité nationale et plus précisément dans sa dimension culturelle, par le truchement de la jurisprudence Groener, de la CDF et de l'article 4 TUE.

523. Très récemment, la Cour de justice a rendu une décision sur renvoi préjudiciel du juge Belge mettant de nouveau en exergue le lien entre le respect par l'Union de la richesse de sa diversité culturelle et linguistique d'un côté et de l'identité nationale des États membres de l'autre. Il était question de déterminer la validité, à l'aune de l'article 45 TFUE, d'une réglementation fédérée visant, sous peine de nullité, à imposer aux employeurs ayant leur siège d'exploitation en Flandre de rédiger tout contrat à caractère transfrontalier en langue flamande. Qualifiée de potentiellement restrictive par le juge de l'Union, celui-ci eut à déterminer si une telle réglementation pouvait se voir justifier par un objectif d'intérêt général.

Le Gouvernement belge avançait à ce titre que la mesure nationale répondait

[1] *Ibidem*.
[2] *Ibid.*, point 87.

notamment à la nécessité de « promouvoir et stimuler l'emploi d'une de ses langues officielles »[1]. Faisant référence aux affaires Groener et Vardyn, la Cour de justice réitéra la reconnaissance du lien étroit entre les devoirs de l'Union de respecter tant sa diversité culturelle et linguistique que l'identité nationale des États membres, pour en conclure que ce dernier principe couvre matériellement « la protection de la ou des langues officielles » nationales[2]. Dès lors, l'objectif de protéger la langue nationale, ici flamande, fut à nouveau reconnu de façon autonome comme « un intérêt légitime de nature à justifier une restriction » à la liberté de circulation des travailleurs[3]. Toutefois, la mesure ne franchit pas l'étape du test de proportionnalité, puisque ne permettant pas qu'une seconde version du contrat puisse être établie dans une autre langue connue de toute les parties.

Quoi qu'il en soit, la réitération du lien étroit entre diversité linguistique et identité nationale permet de renforcer la faculté des États membres de préserver utilement leur(s) langue(s) nationale(s), ainsi que les politiques visant à leur promotion, en leur permettant de les invoquer à l'encontre des principes les plus fondamentaux du droit de l'Union, tels que les libertés de circulation, tant que l'atteinte reste bien évidemment proportionnée à l'objectif poursuivi ainsi que nécessaire à sa réalisation.

524. La langue, élément inhérent à la diversité culturelle relève dès lors formellement de l'application du principe du respect de l'identité nationale des États membres. D'ailleurs par extension, tout élément culturel ayant fait l'objet d'un rapprochement avec la notion de diversité culturelle semble désormais pouvoir entrer dans son champ d'application, et par conséquent justifier la restriction d'une liberté de circulation ou encore de façon plus générale une atteinte au droit de l'Union lors de son application interne, ce qui fera l'objet des analyses suivantes.

525. La prise en compte de l'élément linguistique par la CJUE confirme les premières analyses, la langue reconnue comme composante de l'identité nationale et de la diversité culturelle, permet aux États dans l'objet de sa protection, de l'opposer aussi bien aux libertés fondamentales, qu'à la validité des actes émis par les institutions et organes de l'Union. La Cour de justice et le Tribunal de première instance ont ainsi à plusieurs reprises été saisis de la

[1] Arrêt Las, précité, point 24 ; voir sur cet arrêt CAVALLINI J., « L'obligation d'employer exclusivement la langue nationale pour rédiger les contrats de travail constitue une entrave disproportionnée », *La Semaine Juridique Social*, 2013, p. 1278 et s. ; voir aussi MICHEL V., « De la confrontation des divisions communautaires belges avec la libre circulation des travailleurs » *Europe*, Juin 2013.
[2] *Ibid.*, point 26.
[3] *Ibid.*, point 27.

question linguistique. C'est en effet dans le cadre de deux types de saisines différentes, le recours en annulation et le renvoi préjudiciel, que la jurisprudence de l'Union a pu respectivement, d'une part dégager une obligation pour l'Union et ses institutions de respecter la diversité linguistique dans l'édiction de leurs actes, devoir lui-même relié au principe du respect de l'identité nationale, et d'autre part déterminer que la langue était un motif d'intérêt général susceptible, en tant que composante de l'identité nationale d'un État membre, de justifier la restriction d'une liberté fondamentale. Plus encore, le critère linguistique tend dans ce deuxième cadre à devenir un motif de justification autonome. En ce sens, la juridiction de l'Union marque de nouveau une réelle déférence envers l'identité nationale des États membres, ici dans sa dimension culturelle, et plus précisément encore linguistique.

Ainsi, le cadre d'analyse est inversé dans ces deux situations. Le critère linguistique et donc plus largement l'identité nationale dans sa dimension culturelle apparaissent alors, soit comme un moyen défensif vis-à-vis du droit de l'Union, soit comme un moyen offensif vis-à-vis de celui-ci, selon qu'ils soient respectivement invoqués par un État membre dans le but de justifier d'un coté une mauvaise application du droit de l'Union ou de contraindre de l'autre l'Union au respect de son régime linguistique, tel qu'inspiré de celui des États membres.

Le domaine linguistique entre *de jure* dans le champ d'application matériel du principe du respect de l'identité nationale. D'autres vecteurs dont fait notamment partie l'enseignement, participent activement à la diffusion et la propagation de l'identité culturelle d'une nation. Leur analyse doit désormais être réalisée.

Paragraphe 2 : Les moyens de diffusion

526. En dehors de la langue il existe de nombreux autres vecteurs de l'identité culturelle. Il ne s'agit pas tant d'en faire une étude exhaustive que de déterminer le sort que leur accorde l'Union. Aussi, le cadre de l'analyse sera limité à l'enseignement (A) d'une part, qui participe grandement à la transmission de l'identité en plongeant dès le plus jeune âge les nouvelles générations dans le bain identitaire. Les supports culturels d'autre part, trouveront également place dans ce cadre, regroupant les médias, la presse, ou encore la littérature. Ils feront l'objet d'un traitement généralisé (B).

A) L'enseignement public

527. L'enseignement est un moyen de diffusion de l'identité nationale d'un État. En effet l'un des buts de l'enseignement, outre la transmission de connaissances, est la création d'un sentiment d'appartenance des nouvelles générations à une société donnée. À ce titre, l'enseignement est un vecteur culturel en ce qu'il participe à la diffusion des valeurs et principes d'une nation à commencer par l'apprentissage de la ou des langue(s) nationale(s). Néanmoins, aucun État n'a directement fait de rapprochement entre l'enseignement et son identité constitutionnelle. Certains indices tendent toutefois à le concevoir, tel que l'exemple français où l'école de la IIIème République devint rapidement et durablement un « instrument par excellence d'enracinement de l'idée républicaine », mais aussi de la langue française ou de la laïcité[1]. L'école ou du moins l'accès à l'école est à ce titre constitutionnellement protégé[2]. L'enseignement y est d'ailleurs interconnecté avec les notions de nation, de culture ainsi qu'avec les principes de gratuité et de laïcité. De même, la plupart des Constitutions des États membres font référence à l'enseignement d'une façon plus ou moins détaillée[3]. Cette consécration constitutionnelle de l'enseignement témoigne ainsi, si ce n'est de l'inclusion de l'enseignement dans l'identité constitutionnelle définie par les États, au moins de son importance pour les nations européennes.

528. La non-assimilation par les États de l'enseignement au sein de l'identité constitutionnelle n'empêche pas toutefois que cet élément puisse être reconnu comme une composante de l'identité nationale des États membres au sens du droit de l'Union, l'identité nationale ne recoupant pas nécessairement le contenu de l'identité constitutionnelle telle que formulée par les États. Partant, il s'agit désormais de vérifier si le droit de l'Union prend en considération cet élément à la fois dans ses actes et sa jurisprudence et établit en ce sens un tel lien entre identité nationale et enseignement.

Concernant les traités, outre les considérations générales relatives au principe du respect de l'identité nationale et de la diversité culturelle déjà évoquées, l'article 165§1 TFUE

[1] Projet de loi n° 1378, 28 janvier 2004, relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics.

[2] Voir en ce sens, Constitution française, 1946, préambule, considérant 13 : « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ».

[3] À titre d'exemple, y font référence : Loi fondamentale Allemande, 1949, article 5§3 ; Constitution luxembourgeoise, 1868, articles 23 alinéas 2 et 3, 107§5 ; Constitution italienne, 1947, articles 33 et 34 ; Constitution portugaise, précitée, articles 9f), 43, 70, 74, 75, et 76.

est tout à fait évocateur de la position de l'Union face à l'enseignement[1]. En effet, il permet d'abord de reconnaître la compétence des États en matière d'organisation et de contenu des enseignements, ce qui leur assure une faculté unilatérale de protection de cet élément. De plus, il met en lumière le lien entre enseignement et diversité culturelle, relation qui concourt, à l'instar de la langue, à la consécration de l'enseignement comme composante de l'identité nationale des États membres. De plus, la CDF fait également référence à l'éducation dans son article 14, qui vient consacrer des principes déjà existants dans les États membres, à savoir le droit à l'éducation et la gratuité de l'enseignement public obligatoire[2].

529. Pour confirmer cette première approche, il est nécessaire de se focaliser sur la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, cette dernière fut à plusieurs reprises confrontée à des arguments étatiques tenant à l'enseignement, dans la mesure où la compétence des États membres en la matière n'empêche pas que certaines mesures nationales puissent entrer en contradiction avec le droit de l'Union, notamment dans le cadre des libertés de circulation. D'abord, il est opportun de mentionner l'exclusion de l'enseignement public du champ d'application de la libre circulation des services par la CJUE. Elle se base en effet sur la gratuité ou quasi-gratuité de la prestation. Un service étant par définition une prestation fournie normalement contre rémunération. Elle souligne par ailleurs qu'en « établissant et en maintenant un tel système, l'État n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population »[3]. Ce premier élément participe au maintien de la faculté des États membres à protéger le système éducatif national par une interprétation favorable de la notion de service, qui permet d'éviter la réalisation de conflits normatifs impliquant une caractéristique identitaire de l'État membre, d'une façon très similaire à la démarche qui sera ultérieurement suivie par la Cour dans l'arrêt Grogan[4]. Ensuite, il faut surtout envisager les utilisations étatiques de l'enseignement devant la Cour de justice en tant que motif de justification de restrictions portées à l'encontre du droit de l'Union et plus précisément de la liberté de circulation des travailleurs, car si l'enseignement est exclu de la notion de service, les emplois dans ce domaine ne sont pas nécessairement considérés pour autant comme relevant de ceux que les États peuvent réserver aux seuls nationaux.

[1] Article 165§1 TFUE, ancien article 149 TCE.
[2] Article 14 CDF.
[3] CJCE, 27 septembre 1988, Humbel, Aff. C-263/86.
[4] CJCE, 4 octobre 1991, Grogan, Aff. C-159/90 ; voir *infra* (§557) pour une analyse détaillée.

530. Dans l'arrêt Groener, la Cour eut à se prononcer indirectement sur l'enseignement. Pour rappel, elle devait déterminer si une mesure imposant des connaissances linguistiques dans le but de pourvoir à un poste d'enseignant était compatible avec la liberté de circulation des travailleurs. Il est à noter que la mesure nationale en cause avait été adoptée dans le cadre d'une politique de promotion de la langue nationale. Elle considéra à ce propos qu'il y a lieu de reconnaître l'importance que revêt l'enseignement, en vue de la réalisation d'une telle politique. Elle précisa ainsi que « *les professeurs ont un rôle essentiel à jouer non seulement par l'enseignement qu'ils dispensent, mais aussi par leur participation à la vie quotidienne de l'école et par les relations privilégiées qu'ils entretiennent avec leurs élèves. Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable que l'on exige d'eux une certaine connaissance de la première langue nationale* »[1]. L'appréciation par la Cour de la justification tirée de l'objectif de promotion de la langue et en conséquence de promotion de l'identité nationale dans sa dimension culturelle, fut donc conditionnée par l'importance que revêt le métier d'enseignant, notamment dans la transmission de cette identité. La juridiction de l'Union semblait, déjà ici, implicitement reconnaître le lien qu'entretient l'enseignement avec l'identité nationale alors même que le principe n'était pas encore inscrit dans le Traité.

531. La CJUE a eu, plus directement encore, l'occasion de se prononcer sur ce lien dans son arrêt Commission contre Luxembourg portant sur la compatibilité avec la libre circulation des travailleurs, d'une mesure nationale posant la condition de posséder la nationalité de l'État pour pouvoir exercer la fonction d'enseignant[2]. La mesure considérée comme restrictive par la Cour, le Luxembourg invoquait afin de justifier la restriction portée à la liberté fondamentale, le fait « que la nationalité luxembourgeoise des enseignants est nécessaire pour assurer la transmission des valeurs traditionnelles et constitue donc, eu égard à la superficie de cet État et à sa situation démographique spécifique, une condition essentielle de la sauvegarde de l'identité nationale »[3]. S'appuyant explicitement sur le principe du respect de l'identité nationale, tel que défini par les traités, la Cour reconnut que « la sauvegarde de l'identité nationale des États membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire »[4]. Pourtant, elle précisa immédiatement après cette première remarque que « l'intérêt invoqué par le Grand-Duché [pouvait] toutefois, même dans des secteurs

[1] Point 20 de l'arrêt Groener, précité.
[2] CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93.
[3] *Ibid.*, point 32.
[4] *Ibid.*, point 35, le juge lorsqu'il s'appuie sur le principe du respect de l'identité nationale prend pour base juridique l'article F, § 1, du traité sur l'Union européenne devenu désormais l'article 4§2 TUE.

particulièrement sensibles comme l'enseignement, être utilement préservé par d'autres moyens que l'exclusion, à titre général, des ressortissants des autres États membres »[1]. Par conséquent la juridiction de l'Union, tout en affirmant explicitement qu'elle respecte l'identité nationale de ses États membres, opère un lien direct avec l'enseignement, qu'elle intègre à cette identité. Néanmoins elle n'autorise pas sur cette base pour des raisons de nécessité et de proportionnalité, qu'une mesure nationale discriminatoire puisse porter atteinte à la libre circulation des travailleurs.

Ainsi, Marie-Claire Ponthoreau note à ce sujet que « la Cour reconnaît la légitimité d'un État membre à vouloir préserver son identité sans toutefois qu'il puisse en tirer un motif pour ne pas respecter ses obligations. La Cour de justice a donc réduit le respect de l'identité nationale à un simple but légitime »[2]. Or, il faut préciser que le principe du respect de l'identité nationale inscrit dans le traité de Maastricht n'avait pas encore la force juridique qui lui est désormais reconnue par le traité de Lisbonne, ne serait-ce qu'en considération du fait qu'il échappait à l'époque aux compétences de la Cour de justice. La simple référence à ce principe dans la jurisprudence de l'Union était alors déjà lui conférer une plus grande importance que celle lui étant accordée par le traité de Maastricht. De plus, si en l'espèce il ne fut pas permis au Luxembourg de faire prévaloir son identité nationale sur la liberté de circulation, cela résultait pour l'essentiel de la disproportion de la mesure et non du caractère inopérant de l'argument tenant au respect de l'identité nationale. Jean Denis Mouton constatait d'ailleurs à propos de cette affaire que « le pluralisme culturel peut constituer un but légitime pouvant justifier une restriction aux libertés du marché intérieur », avant de conclure que « [si] la défense du pluralisme culturel au profit des États avait déjà été admise par la jurisprudence communautaire, c'est la première fois qu'elle se trouvait rattachée au respect de l'identité nationale »[3]. Ainsi cet arrêt aura au moins eu le mérite de déclencher une réelle prise en compte jurisprudentielle de l'identité nationale des États membres dans leur dimension culturelle, tout en y insérant l'enseignement comme composante.

[1] *Ibid.*, point 35, le juge lorsqu'il s'appuie sur le principe du respect de l'identité nationale prend pour base juridique l'article F, § 1, du traité sur l'Union européenne devenu désormais l'article 4§2 TUE.
[2] PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 5.
[3] MOUTON J.-D., « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 152.

532. La Cour dut répondre à une autre question préjudicielle dans son arrêt Valentina Neri[1]. Celle-ci portait sur la compatibilité avec la liberté d'établissement d'une pratique administrative italienne, en vertu de laquelle les diplômes universitaires de deuxième cycle délivrés par l'université d'un autre État membre agréé par l'Italie, ne peuvent être reconnus en Italie si les cours en préparation de ces diplômes ont été dispensés par un autre établissement d'enseignement en l'espèce localisé sur le territoire italien, conformément à un accord conclu entre ces deux établissements. Après avoir analysé la mesure comme restrictive, la Cour a dû envisager la justification italienne de la mesure, portant sur la nécessité d'assurer un haut niveau de l'enseignement universitaire.

L'État membre soutenait « *que l'ordre juridique italien n'accepte pas des accords tels que celui en cause au principal en matière de formation universitaire dans la mesure où il reste attaché à une vision de ladite formation comme étant un "bien public" où s'expriment les valeurs culturelles et historiques d'un État* »[2]. Le Gouvernement précisait alors qu'un tel accord « en matière de formation universitaire empêchait le contrôle direct de la qualité des entités privées par les autorités compétentes tant dans l'État d'origine que dans l'État d'accueil »[3]. La Cour constata ici que l'objectif d'assurer un haut niveau des formations universitaires apparaît légitime pour justifier des restrictions aux libertés fondamentales dans la mesure où ces formations expriment les valeurs culturelles et historiques d'un État. L'enseignement est donc encore une fois consacré par l'Union comme élément de l'identité nationale de ses États membres, même si cela reste en l'espèce implicite. Toutefois la mesure ne franchira pas plus que dans l'affaire précédente le cap du test d'adéquation et de proportionnalité avec l'objectif poursuivi.

533. L'enseignement a donc, comme la langue, fait l'objet d'une inclusion explicite dans la dimension culturelle du principe du respect de l'identité nationale des États membres. Il entre dès lors dans le champ d'application du principe et permet à ce titre aux États, du moins de façon théorique, de justifier des restrictions à l'encontre des libertés fondamentales. D'autres vecteurs de l'identité culturelle se distinguant toutefois des premiers analysés, méritent aussi une grande attention. Ils seront envisagés comme les supports de l'identité culturelle.

[1] CJCE, 13 novembre 2003, Valentina Neri, Aff. C-153/02.
[2] *Ibid.*, point 45.
[3] *Ibidem*.

B) Les supports culturels

534. Les supports culturels de l'identité nationale représentent tous les moyens matériels susceptibles de recevoir une information à caractère culturel, de la véhiculer ou de la conserver puis de la restituer à la demande. Ceux-ci regroupent un vaste choix de moyens ou de méthodes, tels que le livre, le cinéma, la télévision, la radio, les vidéocassettes, les disques, etc. Les supports, tout comme la langue ou l'enseignement, participent à la diffusion d'une identité culturelle. Toutefois, ils s'en détachent sur la base d'un élément majeur. En effet, ces supports renvoient aux « *activités, biens et services culturels qui, dès lors qu'ils sont considérés du point de vue de leur qualité, de leur usage ou de leur finalité spécifiques, incarnent ou transmettent des expressions culturelles, indépendamment de la valeur commerciale qu'ils peuvent avoir. Les activités culturelles peuvent être une fin en elles-mêmes, ou bien contribuer à la production de biens et services culturels* »[1].

Dans la plupart des cas, le support culturel tel qu'il sera ici envisagé, est donc un élément qui, contrairement aux autres vecteurs étudiés, est directement concerné par les règles établissant le marché unique, puisque caractérisé par une double nature, économique et culturelle. Pourtant, ils revêtent souvent une importance capitale dans la diffusion de masse de l'identité culturelle d'une nation, de ses repères, mais également dans son renouvellement. Dans la réalisation économique de l'Union, il est par conséquent nécessaire de déterminer si ces supports peuvent toujours faire l'objet d'une protection étatique, permettant de garantir leur survie, leur pluralisme, leur qualité en tant que support identitaire. Aussi, si le droit primaire ne les distingue pas des autres biens, services ou activités économiques, ce qu'a confirmé la Cour et les institutions de l'Union, il semble bien, toutefois, que leur nature particulière permette aux États de faire valoir quelques exceptions à l'application systématique du droit de l'Union et de ses libertés de circulation. S'agit-il alors d'une composante de l'identité nationale des États membres au sens du droit de l'Union ? Il faudra le vérifier tant à l'aune du droit primaire et dérivé (1), qu'à la mesure de la jurisprudence de la Cour (2).

[1] Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (Unesco), précitée.

1. La prise en compte des supports culturels dans le droit primaire et dérivé

535. Comme cela fut présenté, le droit primaire de l'Union ne fait aucune distinction selon la teneur culturelle d'un bien, service ou activité, seule importe sa consistance économique. Cette vision a été confirmée par la Cour dans sa jurisprudence « œuvre d'art » affirmant d'abord le principe pour ce type de bien culturel dans le cadre de la libre circulation des marchandises[1]. Elle a ensuite étendu la portée de cette jurisprudence aux autres biens culturels tels que le livre, les vidéocassettes ou les disques[2]. D'ailleurs, des considérations identiques furent tenues par la Commission, le Parlement européen et le Conseil dans une communication et une décision[3]. S'agissant de la libre circulation des services culturels, la Cour procéda du même raisonnement, elle intégra le télévisuel et le cinéma dans la catégorie communautaire des services[4]. À ce sujet le Conseil lui emboîta le pas en 1989 avec la directive « télévision sans frontières »[5]. L'analyse complète de l'intégration des biens, activités et services culturels dans le champ matériel des libertés fondamentales, ne fait pas en soi l'objet des présentes recherches, puisqu'est essentiellement à considérer, la faculté pour les États de les protéger[6].

536. L'assimilation des supports culturels aux autres biens et services économiques, ne prive toutefois pas les États membres de la faculté de défendre certaines de leurs caractéristiques sur la base implicite du respect de leur identité nationale dans sa dimension culturelle. La première mouture de la directive télévision sans frontière en faisait déjà le constat, elle prévoyait « […] les dispositions minimales nécessaires pour assurer la libre diffusion des émissions [afin de ne pas affecter] l'indépendance de l'évolution culturelle d'un État membre à l'autre et la diversité culturelle de la Communauté »[7]. De même, la directive de 1997 venant modifier cette première, précise « *qu'il convient de prendre des dispositions,*

[1] CJCE, 10 décembre 1968, Commission c/ Italie, Aff. 7/68. Voir aussi, PESCATORE P., « Le commerce de l'art et le marché commun », *RTDE*, 1985, p. 451 et s.
[2] CJCE, 10 janvier 1985, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc, Aff. 229/83 ; CJCE, 11 juillet 1985, Cinéthèque, Aff. 60/84 et 61/84 ; CJCE, 20 janvier 1981, Musik-Vertrieb, Aff. 55/80 et 57/80.
[3] Décision 2085/97/CE du Parlement européen ct du Conseil, 6 octobre 1997, établissant un programme de soutien, comprenant la traduction, dans le domaine du livre et de la lecture (Ariane), JO n° L 291 du 24/10/1997, pp. 26-34, 2ème considérant ; Communication de la Commission, 3 août 1989, « Le livre et la lecture : enjeux culturels de l'Europe », COM (89) 258 final, p. l.
[4] CJCE, 30 avril 1974, Sacchi, Aff. 155/73 ; CJCE, 18 mars 1980, Debauve, Aff. 52/79 et CJCE, 18 mars 1980, Coditel, Aff. 62/79.
[5] Directive 89/552/CEE, précitée.
[6] Aussi pour une analyse détaillée et complète, voir sur ce point BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, *op.cit.,* pp. 50-55.
[7] Directive précitée ; Cette précision est par ailleurs confirmée par plusieurs arrêts de la Cour dont notamment l'arrêt UTECA, précité, points 17-19.

dans un cadre communautaire, afin d'éviter les risques d'insécurité juridique et de distorsion de marché et de concilier la libre circulation des services télévisés et la nécessité d'empêcher que soient éventuellement détournées des mesures nationales destinées à protéger un intérêt général légitime »[1]. Ces derniers éléments sont également repris dans les dernières versions de 2007 et de 2010[2].

En outre, ces directives depuis 97 établissent le constat d'une obligation pour l'Union, au titre des traités, de tenir compte des aspects culturels dans ses actions, afin notamment de respecter et promouvoir la diversité de ses cultures[3]. Une prise en compte de la nécessité de préserver la diversité culturelle de l'Union et l'évolution culturelle de chaque État, couplée à l'idée d'une préservation de l'intérêt général légitime de ces derniers, résonnent à l'écho du principe du respect de l'identité nationale de la même façon que dans le cadre du critère linguistique ou de l'enseignement.

537. Par ailleurs il est intéressant qu'une communication de la Commission, intégrant l'identité culturelle aux objectifs d'intérêt général, vienne en outre, préciser ce que pourraient être ces objectifs[4]. Elle précise ainsi, qu'en font partie « la diversité culturelle et linguistique ainsi que la protection des mineurs, de la dignité humaine et des consommateurs ». Tous ces motifs sont donc aux nombres de ceux qui permettent aux États membres de faire respecter leur vision identitaire d'un support culturel, en l'espèce la télévision. Un dernier objectif susceptible de justifier une exception à la libre circulation des services télévisuels découle également des directives et de la communication précédentes : la préservation du pluralisme des médias[5].

Toutefois, le pluralisme est presque toujours associé à la liberté d'expression, ainsi la Commission précisait que « [l]'objectif de toutes les mesures en faveur du pluralisme des

---

[1] Directive 97/36/CE, précitée.

[2] Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° L 332 du 18.12.2007, pp. 27–45, considérants 1, 4, 5, 8 et article 3 ; directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil, 10 mars 2010, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), JO n° 95 du 15/04/2010, considérants 4, 7, 12, 19 et article 13.

[3] Directive 97/36/CE précitée, considérant 25 ; directive 2007/65/CE, précitée, considérant 4 ; directive 2010/13/UE, précitée considérant 6.

[4] Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - L'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel, COM/2003/0784 final.

[5] Directive 89/552/CEE, précitée, considérant introductif et article 19 ; Directive 97/36/CE, précitée, considérant 44 ; Directive 2007/65/CE, précitée, considérants 3, 8 et 29 ; Directive 2010/13/UE, précitée, considérants 5 et 12.

médias est de protéger la liberté d'expression et de veiller à ce que les médias reflètent la diversité de vues et d'opinions qui caractérisent une société démocratique »[1]. Aussi, ce dernier objectif ne relève plus à proprement parler de la préservation du support, mais de la réalisation dans ce support d'un droit fondamental, principe à valeur constitutionnelle communément partagé par les États membres, et qui partant, sera intégré dans l'analyse de la prise en compte par l'Union des éléments communs aux identités nationales[2]. La même considération peut être portée au droit d'auteur qui, bien qu'étroitement lié au support sur laquelle est produite l'œuvre, se rattache également et surtout au droit fondamental de propriété.

538. S'agissant des autres supports, le livre, et notamment les systèmes nationaux de fixation du prix du livre ont été envisagés par le Conseil au moyen d'une résolution[3]. Le Conseil y reconnaît la double dimension culturelle et économique de ce support et la nécessité de respecter la diversité culturelle des États membres[4]. Enfin, la musique a fait l'objet d'une décision du Conseil qui précisait notamment que « la musique est un élément fondamental des cultures et de l'histoire de nos pays et constitue l'un des modes d'expression artistique individuel et collectif les plus importants et les plus présents dans la vie quotidienne des citoyens »[5]. La musique en tant que telle n'est pas un support, mais lui accorder une telle importance laisse également présumer de la prise en compte d'une double nature culturelle et économique pour les supports qui viendraient l'accueillir et par là même d'une faculté pour les États de protéger ce support au même titre que le télévisuel.

2. La reconnaissance des supports culturels dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions

539. La jurisprudence de la Cour suit le même raisonnement et cela avant même l'émergence du droit dérivé envisagé. Ainsi, dès 1985, dans son arrêt Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc, ayant initialement envisagé le livre comme tout bien économique soumis à la libre circulation, elle devait se prononcer sur une mesure française

[1] Communication de 2003 précitée, point 2.
[2] Voir *infra*, (§709).
[3] Résolution du Conseil, 12 février 2001, concernant l'application des systèmes nationaux de fixation du prix du livre Journal officiel n° C 73 du 06/03/2001 p. 5.
[4] *Ibid.*, point 1,2 et 3.
[5] Conclusions du Conseil, 18 décembre 1997, relatives au rôle de la musique en Europe, JO n ° C 1 du 03/01/1998 pp. 6-7, 1er considérant.

selon laquelle tout éditeur ou importateur de livres était tenu de fixer le prix de vente au public, des livres qu'il éditait ou importait[1]. La Cour constatant une restriction à la libre circulation des marchandises opérée par la mesure, eut à envisager d'éventuelles justifications. À cet effet, le Gouvernement français arguait alors que la mesure avait pour objet la protection du « livre en tant que support culturel contre les effets qui résulteraient, pour la diversité et le niveau culturel de l'édition, d'une concurrence sauvage sur les prix au détail »[2].

Selon ce même gouvernement, il s'agissait donc d'une mesure indispensable pour maintenir le livre en tant qu'instrument culturel. La Cour n'accueillit pas cet argument, sans néanmoins rejeter que la protection du livre puisse être constitutive d'un motif d'intérêt général susceptible de justifier une restriction dans le cadre des exigences impératives. En effet, jugeant la mesure discriminatoire la seule base juridique possible était celle des exceptions dont dispose le droit primaire[3]. Or, la Cour constatant que la diversité culturelle n'en faisait pas partie, dut se résigner à prononcer l'incompatibilité de la mesure avec le droit de l'Union.

540. Dans son arrêt Cinéthèque, elle dut se prononcer sur une autre mesure française instaurant l'obligation de respecter une chronologie entre les différents modes d'exploitation d'une œuvre cinématographique, afin d'assurer la priorité à l'exploitation en salle de cinéma[4]. Suivant la même logique et constatant les effets restrictifs de la mesure, il fallait également en apprécier les justifications. Était cette fois en jeu la protection du cinéma en tant qu'expression culturelle. Cela revient en substance à la même justification que dans l'arrêt précédent, c'est à dire à protéger le cinéma en tant que support culturel.

La mesure étant cette fois-ci indistinctement applicable, le juge put dès lors, se placer sur le terrain des raisons impérieuses d'ailleurs, sans explicitement le mentionner. Il retint alors le motif comme légitime et qualifiera la mesure de compatible avec la libre circulation des services. Cet arrêt marque donc véritablement la faculté pour les États de faire respecter

[1] Arrêt précité.
[2] *Ibid.*, point 16.
[3] L'argument de la Cour sur ce point était celui d'une mesure indistinctement applicable mais qui avait pour effet concret de défavoriser les produits importés. Il fut envisagé alors par la doctrine que cet argument était justifié par la volonté du juge de limiter l'invocabilité des exigences impératives au seul motif de protection du consommateur et à la loyauté des échanges commerciaux, toutefois les arrêts Cinéthèque et Fachverband der Buch réfute cette hypothèse. Voir en ce sens : BIANCARELLI, J. et GALMOT Y., « Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire », *RTDE*, 1985 p. 291.
[4] Arrêt Cinéthèque, précité.

leur conception particulière d'un support culturel[1], même si le rapprochement avec la dimension culturelle de leur identité nationale n'est pas explicitement établi.

541. Dans l'arrêt suivant, la Cour tint un raisonnement paradoxal[2]. Était concernée une mesure nationale ayant pour objet d'interdire la diffusion par câble de programmes de radio et de télévision émis à partir d'autres États membres, lorsque ces programmes comportent des messages publicitaires destinés spécialement au public néerlandais ou des sous-titrages en néerlandais. La Cour reconnut la restriction opérée par la mesure et la considéra comme discriminatoire. Se plaçant alors sur le terrain des exceptions prévues par le traité dans le cadre de la libre circulation des services, elle rejeta dans un premier temps la justification, considérant qu'il s'agissait d'un motif économique non inclus dans celles-ci.

Dans un second temps, elle prit en considération un second argument de l'État défendeur, à savoir l'objectif de maintien du caractère non commercial et, par-là, pluraliste du système de radiodiffusion nationale[3]. C'est alors qu'intervint cette bizarrerie jurisprudentielle. Si le juge n'accepta toujours pas l'argument, il ne le fit pas comme dans l'arrêt Leclerc, en considérant que la diversité culturelle n'était pas une des exceptions dont dispose le traité. En effet, il le rejeta sur la base d'un défaut de proportionnalité, contrôle auquel il ne procède habituellement qu'après avoir reconnu le motif de justification invoqué comme légitime. Toutefois, il n'est pas raisonnable de considérer qu'il s'agisse d'un revirement jurisprudentiel, dans la mesure où une telle considération reste tout de même isolée.

542. Dans un dernier arrêt, la Cour devait envisager, de façon analogue à l'arrêt Leclerc, si une mesure portant sur le prix du livre en Autriche, constatée par ses soins comme discriminatoire et restrictive envers la libre circulation des marchandises, pouvait être justifiée par la protection du livre en tant que support culturel[4]. Elle se plaça à nouveau sur le terrain des exceptions du traité conformément à sa jurisprudence traditionnelle, pour constater que la

---

[1] Voir également, CJCE, 4 mai 1993, Federación de Distribuidores Cinematográficos, Aff. C-17/92. La Cour y déboutera l'État espagnol de son argument visant à justifier une réglementation nationale ayant pour effet de promouvoir le cinéma espagnol au motif que cette mesure était discriminatoire. Ne pouvant pas être justifiées par les raisons d'intérêt général, ces mesures ne l'étaient pas plus sur la base des exceptions du traité. La Cour précise en effet dans son considérant 20 que : « la politique culturelle ne figure pas parmi les justifications énoncées à l'article 56 », le motif de justification tiré de la protection du support culturel cinématographique espagnol était dès lors inopérant. Si la Cour marque donc une réelle déférence à l'égard de telles politiques culturelles, celle-ci n'est pas absolue et ne saurait, une fois encore, justifier une mesure nationale discriminatoire.

[2] CJCE, van Adverteerders, 26 avril 1988, Aff. C-352/85.

[3] Contrairement à d'autres jurisprudences, la justification tirée de la protection du pluralisme n'est pas ici mise en lien avec la liberté d'expression, mais avec le caractère non commercial du support aussi, il est possible de l'insérer dans le cadre d'analyse actuel.

[4] CJCE, 30 avril 2009, Fachverband der Buch, Aff. C-531/07.

protection culturelle n'en faisait pas partie. Toutefois, elle reproduisit un raisonnement étrange. En effet, malgré l'absence d'argument Autrichien en ce sens, elle constata à rebours qu'en « *revanche, la protection du livre en tant que bien culturel peut être considérée comme une exigence impérative d'intérêt public susceptible de justifier des mesures de restriction à la libre circulation des marchandises, à condition que de telles mesures soient propres à atteindre l'objectif fixé et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* »[1]. Elle rejeta ensuite une telle justification pour défaut de proportionnalité.

Deux constatations s'imposent. La première, la Cour mentionne explicitement la protection du livre au titre des motifs pouvant constituer une exigence impérative, ce qui vient sans aucun doute conforter les analyses précédentes. La seconde, le raisonnement de la Cour est encore une fois particulièrement étrange, puisqu'elle conclut que la décision **«** ne peut être justifiée ni en vertu des articles 30 CE et 151 CE, ni par des exigences impératives d'intérêt général ». Pourquoi une telle analyse, par ailleurs source de confusions, alors que ni sa jurisprudence ni un argument du Gouvernement autrichien formulé en ce sens, ne l'autorisaient à envisager les exigences impératives dans le cadre d'une mesure discriminatoire[2]. Peut-être a-t-elle profité de l'occasion pour réaffirmer la prise en compte par l'Union de la diversité culturelle, afin de ménager les tensions qui pourraient résulter de son refus systématique de le faire au titre des exceptions du traité.

543. Concernant le pluralisme des supports culturels, de nombreux autres arrêts furent rendus par la Cour, mais comme précédemment observé, ils ne seront analysés qu'ultérieurement dans le cadre de la protection des droits fondamentaux en tant que composante de l'identité nationale communément partagés par les États membres, le pluralisme étant, la majeure partie du temps, envisagé sous cet horizon par la Cour et les États. Enfin la protection de la langue peut également, en tant que critère accessoire à la protection d'un support culturel, permettre la justification d'une restriction opérée par une mesure nationale, telle que précédemment observé lors l'analyse de l'arrêt UTECA[3].

544. Au regard du droit dérivé et de la jurisprudence de l'Union, la protection des supports culturels par les États membres et ce, malgré leur insertion dans le champ d'application des libertés fondamentales, reste somme toute envisageable, au même titre que les autres vecteurs

[1] *Ibid.*, point 34.
[2] Voir en ce sens, RIGAUX, A., « Libre circulation des marchandises et prix du livre en Autriche », *Europe*, juin 2009, pp.20 et 21.
[3] Arrêt précité, voir *supra* (§521).

de l'identité nationale. Ainsi, l'État sur la base de diverses justifications possibles semble en mesure de faire respecter son identité nationale, certes implicitement en matière de support culturel, mais bien plus explicitement pour ce qui concerne d'autres vecteurs de sa culture tels que la langue ou l'enseignement qui furent quant à eux directement rattachés au champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale.

Toutefois, la nécessité de respecter la dimension culturelle de l'identité nationale d'un État membre ne se limite pas à la protection des vecteurs de la culture nationale. Certains éléments culturels fondamentaux pour une nation, qui seront envisagés comme le contenu de cette identité, doivent également faire l'objet d'une garantie de leur respect par l'Union.

Section 2 : Le contenu socioculturel de l'identité nationale

545. Il est utile de distinguer le contenu des vecteurs dans la dimension culturelle de l'identité nationale, ne serait-ce qu'en considération de leur fonction. Si les vecteurs apparaissent être un moyen de propagation, de diffusion de l'identité, le contenu présente une fonction structurante pour celle-ci, en créant un sentiment de cohésion au sein d'une communauté humaine donnée. Lorsque l'on fait référence à ce contenu, il faut séparer deux volets.

Le premier recouvre une dimension strictement culturelle de l'identité nationale (§1), lorsque le second s'ouvre sur une dimension sociale, faisant alors référence à la vie en société telle qu'elle est conçue au sein d'une nation donnée, c'est à dire au « savoir-vivre ensemble ». Ce second volet sera alors désigné comme contenu social de l'identité nationale, dont il apparaît nécessaire d'évaluer la prise en compte par la Cour dans la mesure où certains États l'ont eux-mêmes identifié comme relevant de leur identité constitutionnelle (§2).

Paragraphe 1 : Le contenu culturel de l'identité nationale

546. L'on pourrait tenter d'insérer une multitude d'éléments dans le contenu couvert par la dimension culturelle de l'identité nationale des États membres. Des spécialités culinaires, en passant par l'artisanat, le flou laissé autour de la notion de culture semble permettre une conception très extensive et aléatoire de ce contenu. Ainsi, il est important de délimiter de manière drastique le champ d'analyse de ce domaine, afin de ne se consacrer qu'aux éléments essentiels contenus dans cette dimension culturelle. Aussi s'en tenir à la religion et au

patrimoine historique et artistique, devrait être le meilleur moyen d'y parvenir, tout en s'assurant de ne pas sortir des sentiers battus de ce qui peut véritablement relever de l'identité nationale. En effet, ces deux éléments présentent une grande importance, puisque ceux-ci ont incontestablement contribué à la structuration de l'identité des nations européennes, ils ont surtout été identifiés par certains États comme relevant de leur identité constitutionnelle. Ainsi, il conviendra de déterminer si l'Union respecte comme composantes de l'identité nationale et prend à ce titre en compte les mesures nationales tenant à la protection du rapport à la religion des États membres (A) et de leur patrimoine historique et artistique (B).

A) Le rapport à la religion

547. La création des religions est considérée comme plus ancienne que celle des nations. De plus, les relations qu'entretiennent nation et religion sont souvent complexes et variables. Elles sont partie intégrante des traditions parfois mêmes constitutionnelles des États, et en conséquence de leur identité constitutionnelle telle qu'elle fut définie par ces derniers[1]. En effet, comme le note Vlad Constantinesco, « les constitutions nous livrent un autre élément de l'identité nationale, à savoir l'*invocatio Dei*, la place de Dieu et de l'Église ou leur absence, comme élément d'identité nationale »[2]. Or, les influences de la religion sur l'identité politique, culturelle d'une nation et sur la société en général ne sont pas contestables. Josiane Boulad-Ayoub note à cet égard « *les liens entre culture, mœurs et religion sont tissés si étroitement que les dénotations religieuses rythmant les événements quotidiens dans les pays de tradition chrétienne perdent leur signification strictement religieuse pour se transformer en référents culturels communs* »[3]. Le rapport au religieux variant dans chaque État, et ce, même dans une Europe caractérisée par une tradition chrétienne, il s'agit donc d'un élément qui, s'il est inclus dans leur identité constitutionnelle par les États, ne peut être que spécifique à chacun d'entre eux. Puisqu'appréhendé différemment, il ne peut faire l'objet d'une protection commune, il conviendra donc de vérifier si l'Union le prend en compte au titre du respect de l'identité nationale.

[1] Voir *supra* (§169 et s. ; §295 et s.).
[2] CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 86.
[3] BOULAD-AYOUB J., « Le jour de saint Marc vs le jour de l'oignon », *in Rapport mondial sur la diversité culturelle* (Unesco), Sous-groupe «Identité religieuse et identité culturelle», voir lien : http://www.unesco.chairephilo.uqam.ca/Identite_religieuseetidentite_culturelle%5B2%5D.pdf.

548. Avant cela, un détour par la jurisprudence de la Cour EDH peut paraître intéressant, notamment en considération de la future adhésion de l'Union européenne à la CEDH. Cette Cour a pour sa part reconnu que doit être laissée une « marge d'appréciation » aux États membres de la Convention « dans l'établissement des délicats rapports entre l'État et les Églises », lorsqu'elle était amenée à assurer la protection de la liberté de conscience[1]. Cette première analyse confirme la reconnaissance et le respect de l'attachement des États envers leur « identité religieuse » mais semblait être mise à mal par une récente décision de cette même Cour sur les Crucifix Italiens[2]. En effet la juridiction de Strasbourg, réunie en section, sanctionna l'Italie sur la base de « l'obligation pour l'État de s'abstenir d'imposer, même indirectement, des croyances, dans les lieux où les personnes sont dépendantes de lui ou encore dans les endroits où elles sont particulièrement vulnérables »[3], au motif que celui-ci laissait exposer des crucifix dans les salles de classes des écoles publiques. Cette décision ne prenait à aucun moment en compte cette marge d'appréciation étatique pourtant évoquée par le Gouvernement italien. Ce dernier faisait de plus mention du « message moral positif de la foi chrétienne, qui transcende les valeurs constitutionnelles laïques » et référence « au rôle de la religion dans l'histoire italienne ainsi qu'à l'enracinement de celle-ci dans la tradition du pays », attribuant alors « au crucifix une signification neutre et laïque en référence à l'histoire et à la tradition italiennes, intimement liées au christianisme » [4]. Ainsi, bien qu'à nouveau révélatrice de l'attachement étatique envers leur rapport à la religion, cette évolution de la jurisprudence de la Cour EDH, croisée avec l'adhésion de l'Union à la Convention, semblait laisser présager quelques doutes sur la faculté de l'ensemble des États à maintenir intacte leur identité religieuse, aussi bien à l'égard de l'Union que de la CEDH.

Cette décision de section sera toutefois déjugée par la Grande chambre sur renvoi du Gouvernement condamné[5]. Le Gouvernement italien conservant la même ligne de défense soulignait notamment « *qu'il faut tenir compte du fait qu'un même symbole peut être interprété différemment d'une personne à l'autre. Il en irait ainsi en particulier de la croix, qui pourrait être perçue non seulement comme un symbole religieux, mais aussi comme un symbole culturel et identitaire, celui des principes et valeurs qui fondent la démocratie et la*

[1] Voir par exemple, Cour EDH, 4 décembre 2008, Dogru c/ France, req. n°27058/05 point 72 ; voir aussi Cour EDH, 4 décembre 2008, Kervanci c/ France, req. n°31645/04, point 72. Pour une analyse complète du prosélytisme dans les rapports de système, voir également ROLLAND P., « La régulation de la liberté religieuse : le cas du prosélytisme », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 577-589.
[2] Cour EDH, 3 novembre 2009, Lautsi c/ Italie, req. n°30814/06.
[3] *Ibid.*, point 48.
[4] *Ibid.*, point 51.
[5] Cour EDH, 18 mars 2011, Lautsi c/ Italie, req. n°30814/06.

civilisation occidentale » ajoutant que cette présence de la croix est « *l'expression d'une "particularité nationale", caractérisée notamment par des rapports étroits entre l'État, le peuple et le catholicisme, qui s'expliquent par l'évolution historique, culturelle et territoriale de l'Italie ainsi que par un enracinement profond et ancien des valeurs du catholicisme* » [1]. Ces arguments trouvaient d'ailleurs écho dans ceux des nombreux États tiers intervenants selon lesquels « la présence de symboles religieux dans l'espace public est largement tolérée par les adeptes de la laïcité, comme faisant partie de l'identité nationale »[2]. Ces derniers insistaient de plus sur l'idée qu'il « ne faudrait pas que des États aient à renoncer à un élément de leur identité culturelle simplement parce qu'il a une origine religieuse »[3]. La Cour EDH reconnaîtra cette fois-ci la marge d'appréciation étatique en la matière, se référant même à la nécessaire prise en compte du fait que « l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les États qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique »[4], diversité qui se retrouve dans l'absence de consensus européen sur la question de la présence des symboles religieux en classe. Elle insistera toutefois sur l'idée que cette marge d'appréciation doit être conciliée avec les obligations qu'impose la Convention aux États contractants et qu'elle ne doit ainsi pas avoir pour effet de conduire à l'endoctrinement. Le crucifix peut donc continuer à orner les murs des écoles publiques italiennes.

La Cour en opérant une telle cassation semble donc bien avoir pris en compte au moyen de la marge d'appréciation étatique, l'identité religieuse italienne incluse dans la dimension culturelle de son identité nationale. Cette dernière décision permet donc de balayer les doutes qui pesaient sur la faculté des États parties à la CEDH de faire respecter leur identité religieuse et par conséquent les risques supplémentaires qui auraient pu découler de l'adhésion de l'Union à la Convention. Il faut désormais vérifier si l'Union présente une même approche en tenant compte de la diversité des approches nationales relatives à la religion et si elle le fait au titre du respect de l'identité nationale.

549. L'inclusion de la religion dans la dimension culturelle du champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale des États membres n'est pas chose aussi évidente que pour la langue, ne serait-ce qu'en considération du plus faible nombre d'éléments juridiques à disposition dans le droit de l'Union pour y procéder. Il convient

[1] *Ibid.*, point 36.
[2] *Ibid.*, point 47.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibid.*, point 67.

néanmoins de le déterminer, tant par l'analyse du droit primaire et de la législation de l'Union (1) que dans sa jurisprudence (2).

1. La prise en compte du rapport à la religion dans le droit primaire et la législation de l'Union

550. Jusqu'au traité de Nice inclus, la seule référence du droit primaire à la religion se situait à l'article 13 TCE. Cette référence très succincte était reliée au principe de non-discrimination dans le cadre des mesures adoptables par le Conseil pour justement combattre toute distinction notamment fondée sur la religion. À cela venait s'ajouter une déclaration annexée au traité d'Amsterdam relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles précisant que : « [l]*'Union européenne respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres. L'Union européenne respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles* »[1].

Ce protocole a été intégré dans le TECE puis repris par le traité de Lisbonne[2]. Sont donc à la fois affirmés la compétence des États membres en la matière, mais aussi et surtout le respect par l'Union de la mise en œuvre de cette compétence par les États. Cela caractérise le respect des identités religieuses nationales, dès lors qu'elles n'entrent pas en contradiction avec le principe de non-discrimination. En effet, le traité de Lisbonne reprend ces dernières considérations[3] et ajoute que l'Union dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques cherche à combattre toute discrimination fondée notamment sur la religion[4]. En outre, les rédacteurs du TECE proclamaient dans son préambule que : « [s]'inspirant des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, dont les valeurs, toujours présentes dans son patrimoine, ont ancré dans la vie de la société le rôle central de la personne humaine et de ses droits inviolables et inaliénables, ainsi que le respect du droit ». Ce considérant a également été repris dans le préambule du traité de Lisbonne, il permet de créer une passerelle entre la culture et la religion, tout en consacrant la prise en considération par l'Union de l'imprégnation de la religion dans l'identité de ses États[5]. Cela démontre donc, que les États

[1] Déclaration n°11 annexée au traité d'Amsterdam.
[2] Article 51 TECE ; article 17 TFUE.
[3] Article 19 TUE, reprenant la formulation de l'ancien article 13 TCE.
[4] Article 10 TFUE.
[5] Préambule TUE, 2ème considérant.

membres se sont assurés de la non-remise en cause, par le droit de l'Union, de leur rapport avec la religion, telle que consacrée par leur constitution ou par leur droit en général.

551. Par ailleurs, et contrairement à ce qui fut parfois avancé pour justifier de la non-adhésion de la Turquie à l'Union, cette dernière n'est pas un club d'États chrétiens. En effet comme l'avance Beligh Nabli, « rien dans les traités institutifs n'abonde dans le sens d'une obligation d'appartenance religieuse qui serait attachée à la qualité de l'État de l'Union. Son identité constitutionnelle européenne ne le contraint pas à être un État chrétien »[1]. D'autres auteurs tels que Thierry Daups s'interrogeaient toutefois, et cela avant même la tentative de ratification du TECE, au sujet des références que ce dernier pouvait faire au fait religieux et de leurs influences sur l'identité nationale des États membres en la matière. Il faisait notamment référence au risque d'une combinaison entre les dispositions précédemment étudiées et « la Charte des droits fondamentaux (droit à la vie, dignité humaine) sous l'inspiration des Églises », car « plus que la laïcité qui semble une question de subsidiarité, c'est le droit des États membres qui serait le plus visé »[2]. L'auteur en vint d'ailleurs à se poser la question suivante : « la neutralité voire la laïcité de l'Union ne s'imposaient-elles pas pour respecter les identités nationales »[3].

À ce titre, l'inscription des racines chrétiennes dans les traités et la CDF a fait l'objet de nombreux débats entre les États membres. Si certains, telle la France, étaient même opposés à toute référence au religieux, d'autres tels que la Pologne ou l'Italie ont à plusieurs reprises sollicité cette inscription. Messieurs Priollaud et Siritzky notent à ce propos que « la mention des "héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe" est le résultat d'une négociation ancienne et difficile ; la CIG 2007 a confirmé un consensus politique obtenu de haute lutte. En effet, tant lors de la Convention européenne (2002-2003) qu'au cours de la CIG 2004, la question de l'inscription ou non d'une référence à Dieu ou aux valeurs chrétiennes avait divisé les pays membres. Aurait-il été justifié, tout en réaffirmant le caractère laïc des institutions européennes, de mentionner que le christianisme est historiquement fondateur de la culture et de l'identité européennes ? »[4]. Finalement, le simple

[1] NABLI B., « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 163.

[2] DAUPS T., « Limites et virtualités du respect de l'identité nationale des États membres par l'Union européenne », *LPA*, avril 2005, p. 3. L'auteur fait notamment référence à l'avortement qui sera envisagé dans le présent paragraphe lors de l'analyse de la jurisprudence de l'Union.

[3] *Ibidem*.

[4] PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, Paris, La documentation Française, 2008, p. 26.

constat qu'une telle inscription ait été envisagée tend à démontrer l'existence de ces racines qui sont par ailleurs facilement démontrées par l'histoire, ne parlait-on pas par exemple d'Europe des Églises.

552. Ainsi, la CDF fait également référence à plusieurs reprises à la religion. Elle intègre la religion à la liberté de pensée, de conscience et de religion[1], mais aussi à l'enseignement et plus spécialement au « […] droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses »[2]. De même elle l'intègre au principe de non-discrimination en raison donc de la religion[3]. Comme dans le cadre de la langue, c'est toutefois l'article 22 qui semble le plus éloquent, puisqu'il consacre le respect par l'Union de la diversité parmi laquelle figure explicitement la diversité religieuse. Ne s'agirait-il pas là d'une manifestation possible du principe du respect de l'identité nationale, en considération de la connexion précédemment établie au sujet notamment de la langue entre diversité culturelle et identité nationale des États membres.

553. Il existe enfin une directive de 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail[4]. Celle-ci concerne donc essentiellement le principe de non-discrimination dans le cadre du travail, dont le critère religieux fait encore une fois partie, comme le souligne d'ailleurs son premier article. Toutefois, l'article 15 consacre indirectement une prise en compte par l'Union du rapport entretenu par l'Irlande du nord avec la religion. En effet il présente dans ce but, une exception aux principes de la directive, en ce qui concerne le recrutement des enseignants, mais aussi le recrutement dans les services de police[5].

Le droit de l'Union ne semble pas non plus permettre comme le précise Jean-Christophe Barbato « [...] d'avancer une preuve irréfutable de l'inclusion du religieux dans le culturel au sein de l'ordre juridique communautaire »[6]. Toutefois, il affirme également qu'il paraît difficilement imaginable de séparer le fait religieux du fait culturel. L'identité religieuse, élément incontestable de l'identité nationale, tisse nécessairement des liens avec l'identité culturelle. L'article 22 de la CDF tend d'ailleurs à le confirmer. En plus de

[1] Article 10 CDF.
[2] Article 14 CDF.
[3] Article 21 CDF.
[4] Directive n° 2000/78/CE du Conseil, 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO n° L 303 du 2.12.2000, pp. 16-22, article 1.
[5] Directive n° 2000/78/CE, précitée, article 15.
[6] BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, *op.cit.*, p. 33.

reconnaître la diversité religieuse et par là même la coexistence de diverses acception de l'élément religieux au sein des États membres, il juxtapose cette identité à l'identité linguistique et culturelle, ce qui reflète si ce n'est l'assimilation de la religion à la dimension culturelle de l'identité nationale, au moins les rapports étroits entre les deux. Quoi qu'il en soit, au regard de sa législation, l'Union paraît accorder au rapport entretenu avec la religion par les nations la composant, une protection similaire à celle accordée à la langue, qu'en est-il de sa jurisprudence ?

2. La prise en compte juridictionnelle du rapport à la religion par des techniques multiples

554. La jurisprudence de l'Union est peu étoffée à ce sujet, d'autant plus que la majeure partie des arrêts traitant d'un élément religieux ou y faisant seulement référence ne concerne à titre principal que le principe de non-discrimination, notamment en raison de la religion. Ainsi, une série importante d'arrêts concerne l'application et la portée de la directive relative à la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail[1]. Mais ces jurisprudences ne sont pas pertinentes dans l'analyse de la religion en tant qu'élément identitaire d'une nation. Seront seulement ici étudiés trois arrêts qui, bien que n'opérant pas un lien direct entre rapport national à la religion et identité nationale, expriment néanmoins le témoignage d'un certain respect de la juridiction de l'Union à son égard. Elle usa de plusieurs techniques différentes afin de respecter ce rapport. D'abord elle le prit en compte lors du contrôle de la formation des actes des institutions de l'Union, ensuite elle le reconnut dans l'interprétation des mesures d'ordre public et enfin elle put utilement le préserver par une technique « d'évitement »[2]. En témoignent respectivement les arrêts Vivien Prais[3], Van Duyn[4] et Grogan[5].

555. En premier lieu, l'arrêt Vivien Prais, portait sur un recours en annulation formé par une ressortissante communautaire de confession juive, à l'encontre d'une décision du Conseil rejetant sa réclamation de prendre part aux épreuves d'un concours organisé par le Conseil à une autre date que celle fixée, ainsi que d'annuler les résultats du concours au motif que l'épreuve était fixée le premier jour de la fête juive de chavouoth (pentecôte) pendant laquelle

[1] Directive 2000/78 précitée.
[2] MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 289 et s.
[3] CJCE, 27 octobre 1976, Vivien Prais c/Conseil, Aff. C-130/75.
[4] CJCE, 4 décembre 1974, van Duyn, Aff. C-41/74.
[5] CJCE, 4 octobre 1991, Grogan, Aff. C-159/90.

il est interdit de voyager et d'écrire. Le juge déclara dans cette affaire « *que s'il est souhaitable que l'autorité investie du pouvoir de nomination s'informe, de façon générale, des dates qui pourraient ne pas convenir pour des motifs d'ordre religieux, et tache d'éviter de fixer les épreuves à de telles dates, on ne saurait* […] *considérer que le statut des fonctionnaires ou les droits fondamentaux déjà mentionnés font obligation à l'autorité investie du pouvoir de nomination d'éviter de méconnaître une obligation religieuse de l'existence de laquelle elle n'a pas été informée* »[1].

La Cour ne fait pas mention d'une obligation absolue de déférence aux impératifs religieux des ressortissants européens, mais affirme la nécessité de prendre en considération les motifs religieux susceptibles de porter atteinte au principe d'égalité entre les candidats. Cet arrêt consacre d'une part, la liberté religieuse au sein de l'Union notamment à l'appui de l'article 9 paragraphe 2 de la CEDH[2], et d'autre part la nécessité pour celle-ci de tenir compte de la diversité religieuse des ressortissants européens, ce qui, par extension, peut conduire au respect de la diversité religieuse des États membres.

556. En second lieu dans l'arrêt Van Duyn, une question préjudicielle fut adressée à la Cour afin de déterminer si un État membre pouvait, au titre des raisons d'ordre public, interdire l'accès de son territoire à un ressortissant européen au seul motif que celui-ci est affilié à l'Église de scientologie, considérée par ce même État comme une organisation dangereuse. La Cour ici ne qualifia pas la mesure nationale d'incompatible. Il n'est pas explicitement fait mention de l'identité culturelle, religieuse ou même nationale dans cet arrêt, mais comme le relève Jean-Christophe Barbato, « [la] volonté du Royaume-Uni de ne pas accueillir une personne membre d'une secte et, en un sens de réguler sa propre diversité religieuse sur le fondement de l'ordre public, est donc légale au regard du droit communautaire »[3].

La Cour soulignait en effet, qu'il fallait reconnaître une marge d'appréciation aux États dans le recours à la notion d'ordre public, au constat que les circonstances le justifiant pouvaient varier selon les États et les époques. Toutefois, une telle solution fut tout de même critiquée, dans la mesure où le Royaume-Uni, tolérait que ses nationaux puissent être adeptes

[1] Arrêt Vivien Prais c/Conseil, précité, point18.
[2] *Ibid.*, point 8 : « la requérante se fonde également sur l'article 9, paragraphe 2, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales , aux termes duquel la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la sante ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui, et relève que dès lors que la convention européenne a été ratifiée par tous les États membres, les droits contenus dans ce texte peuvent être considérés comme faisant partie des droits fondamentaux devant être protégés par le droit communautaire » .
[3] BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, *op.cit.*, p. 166.

des mêmes croyances, ce qui ressemblait fortement à une violation de l'égalité de traitement[1]. En ce sens, seules les raisons d'ordre public pouvait permettre de justifier la mesure nationale, puisqu'un motif d'intérêt général ne peut quant à lui justifier une restriction envers une liberté de circulation si elle présente un caractère discriminatoire. Quoi qu'il en soit, la Cour a ici interprété les mesures d'ordre public d'une façon favorable à la prise en compte du rapport entretenu par un État membre avec la religion.

557. Enfin, l'arrêt Grogan apportait réponse à une question préjudicielle relative à l'interdiction de l'avortement en Irlande et à la possible restriction opérée par celle-ci sur la libre circulation des services. Le Gouvernement irlandais venait d'interdire à une association étudiante de diffuser des informations au sujet de la désignation et du lieu d'implantation de cliniques d'un autre État membre où sont légalement pratiquées les interruptions volontaires de grossesse. À cet égard, la religion n'est pas sans imprégner les débats relatifs à l'avortement, à l'euthanasie, ainsi qu'au rapport à la mort et à la vie dans une vision plus globale. Il ainsi est assez raisonnable de considérer que le rapport irlandais avec la religion ait eu un impact non négligeable sur la disposition constitutionnelle relative à l'avortement et plus généralement sur la conception irlandaise particulière du droit à la vie de l'embryon. D'ailleurs un arrêt de la Cour EDH semble confirmer cette vision des choses[2]. Une telle conception est de plus partagée par la Pologne qui après avoir initialement légalisé l'IVG en 1956 a opéré un net retour en arrière après la chute du régime communiste et sous l'influence renforcée de l'Église catholique. Jean Marie Pontier remarque également à ce sujet que « [l]*'identité culturelle, lorsqu'il s'agit de l'identité nationale, peut encore se nourrir de l'identité religieuse. Certaines nations comme l'Eire ou la Pologne conjuguent de manière indissociable ces trois identités dont l'alliance au cours des siècles a produit une identité très forte* »[3]. La Constitution irlandaise dès le premier considérant de son préambule, démontre à elle seule à quel point la religion est enracinée dans l'identité nationale de cet État[4]. De même

[1] Voir en ce sens LYON-CAEN, G., *RTDE*, 1976 p.142.
[2] Cour EDH, 29 octobre 1992, Open door et Dublin well woman c/ Irlande, req. n°14234/88, point 63. Cet arrêt portait sur une affaire similaire à l'affaire Grogan, mais cette fois-ci, devant la Cour de Strasbourg, la Cour européenne des Droits de l'homme y a admis un des arguments du Gouvernement irlandais selon lequel : « la restriction [résultant d'une ordonnance de la Cour suprême] poursuivait le but légitime de protéger la morale dont la protection en Irlande du droit de vie de l'enfant non encore né est un aspect ». Or la morale dans un État, dont l'identité religieuse est particulièrement forte, est par conséquent intimement liée à la religion.
[3] PONTIER J.-M., «Les données juridiques de l'identité culturelle», *op.cit.*, p.1277.
[4] Constitution irlandaise, précitée, préambule : « [au] nom de la Très Sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et des États doivent se conformer, comme notre but suprême, Nous, peuple de l'Irlande, Reconnaissant humblement toutes nos obligations envers notre seigneur, Jésus Christ, qui a soutenu nos pères pendant des siècles d'épreuves ». Voir également, article 44 alinéa 1, *ibidem* : « [l]'État

la Constitution polonaise, associe de la façon la plus explicite la religion à son identité culturelle. Ainsi, elle fait entre autres, mention dans son préambule de la reconnaissance du peuple polonais envers ses ancêtres « de la culture ayant ses racines dans l'héritage chrétien de la Nation et dans les valeurs humaines universelles »[1].

Ainsi la CJUE était amenée plus largement dans l'affaire Grogan, à envisager la compatibilité avec les libertés de circulation d'une mesure adoptée par un État membre, notamment dans l'objet de préserver une conception nationale largement conditionnée par son « identité religieuse ». La Cour, au lieu de se placer sur le terrain d'un tel conflit identitaire, bottera en touche en rejetant sa compétence. Celle-ci considérait en effet que le litige se situait hors du cadre des libertés de circulation. Pour parvenir à cette solution le juge s'appuyait sur l'absence de lien entre les cliniques étrangères et les étudiants irlandais. Cette indépendance empêchait, pour lui, de considérer l'interdiction de diffuser les informations en cause comme une restriction à la libre prestation de service, alors même, qu'il avait retenu l'avortement dans une clinique comme un service. Dominique Ritleng note à ce propos que « *face à un État membre qui oppose sa norme fondamentale aux individus se prévalant du droit communautaire, la Cour, mesurant la sensibilité de la question, choisit parfois d'éviter la confrontation en donnant de la norme communautaire une interprétation telle qu'elle ne s'applique pas à la situation soumise à la disposition constitutionnelle nationale* »[2]. Ce déni de compétence aux moyens d'une conception très restrictive de la notion de service semble donc douteux et fut à nouveau vivement critiqué par la doctrine[3]. Il est pourtant, en effet, envisageable que le silence gardé par la Cour traduise ici sa volonté de ne pas porter atteinte à l'identité nationale de l'Irlande ici constitutionnellement garantie. Il apparaît ainsi qu'une nouvelle méthode permettant à la Cour de parvenir au respect de l'identité nationale puisse

---

reconnaît que l'hommage de l'adoration publique est dû au Dieu Tout Puissant. Son nom est révéré et on doit respecter et honorer la religion ».

[1] Constitution polonaise, précitée, préambule.

[2] RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 36.

[3] Voir en ce sens : GAUDEMET-TALLON H., « Interdiction de diffuser des informations au sujet de cliniques pratiquant des interruptions volontaires de grossesse dans d'autres États membres », *RTDE*, 1992 p. 174 : « [il] nous semble préférable d'éviter une telle dualité d'approche pour une question qui est substantiellement toujours la même ; quelle que soit l'origine des informations, il s'agit de savoir si l'interdiction de diffuser ces informations est une entrave licite ou non à la libre prestation de services. Le seul fait que l'information soit diffusée par des étudiants sans lien avec les cliniques ne nous paraît pas un argument suffisant pour dire que l'article 59 ne s'applique pas : en effet, en l'espèce, le « service » est assuré par les cliniques d'un État membre ; les destinataires du service, situées dans un autre État membre, ont donc, en principe, le droit d'être informées et toute restriction à cette information est une restriction à la libre prestation de services. Pas plus que M. Van Gerven (concl. point 19), nous ne voyons en quoi l'identité des auteurs de l'information et le fait qu'ils agissent à titre gratuit ou à titre onéreux puissent changer quoi que ce soit à l'essence du problème ».

être tirée de cet arrêt, celle du silence, voire du « contournement »[1], ou encore de « l'évitement »[2]. Il s'agit ainsi, plutôt que de trancher un conflit normatif opposant identité nationale et liberté de circulation, de nier l'existence même de ce conflit.

558. Il faut bien admettre que la Cour n'eut que très peu, voire pas l'occasion de se prononcer de façon directe sur la religion en tant qu'élément identitaire national. Mais la carence jurisprudentielle n'empêche pas de conclure que la religion, au regard des diverses considérations précédentes, fait réellement partie de la vision que se fait l'Union de l'identité nationale. Un autre élément substantiel de l'identité culturelle doit d'attirer l'attention : le patrimoine historique et artistique d'une nation, vitrine culturelle de son identité. Quelles considérations tient l'Union à son égard ?

B) Le patrimoine historique et artistique

559. La notion de patrimoine d'une nation, entendu en tant que trésor national, fait appel à l'héritage des générations précédentes, que les générations actuelles se doivent de respecter, de protéger, et de développer dans l'objet de le transmettre aux générations futures. Ce patrimoine est le reflet de l'histoire d'une société retranscrivant notamment les modes de vies de ses ancêtres, mais aussi les courants artistiques, architecturaux et politiques qui ont pu contribuer à l'évolution d'une nation. Il peut être défini comme « *le symbole d'une généalogie essentielle à la légitimité politique ou sociale, réinterprétant le passé au bénéfice des temps présents, permettant de revendiquer une place dans l'histoire et l'actualité. L'État entend un écho de ses paroles dans le langage des monuments de l'art et se construit à l'aide du reflet dans le miroir de ce passé à demeure, choisi, ou du moins recomposé pour les besoins politiques de sa propre existence* »[3]. Il serait ainsi à penser que ni l'identité ni la société, ne sauraient subsister sans l'existence et la reconnaissance de « biens patrimoniaux échappant aux échanges marchands ou gratuits en devenant des points d'attaches, traversant le temps »[4]. Jean-Marie Pontier fait le même constat lorsqu'il affirme que « [...] *la politique même de protection du patrimoine est de nature à favoriser la prise de conscience ou de conforter le*

[1] SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 42.
[2] MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 289 et s.
[3] HÉRITIER A., « Le respect du patrimoine culturel des États membres dans le droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 98.
[4] *Ibid.*, pp. 98-99, l'auteur conclut enfin cette réflexion sur la double transmission aux générations futures dont fait l'objet le patrimoine ou l'identité, celle du bien d'une part et celle du droit de propriété de ce bien d'autre part, c'est à dire du droit de garde qui lui est attaché.

sentiment d'identité culturelle. Conserver le patrimoine, c'est permettre aux générations présentes et à venir de lire l'histoire de leur pays dans la pierre ou les œuvres de toutes sortes léguées par les hommes du temps passé. C'est permettre une meilleure compréhension de ce passé, c'est faciliter l'identification à la communauté nationale à laquelle, en France, l'identité culturelle est souvent associée »[1].

Pourtant aucun État, mis à part peut-être la Pologne[2], n'a explicitement intégré au sein de son identité constitutionnelle la protection du patrimoine. Certains indices laissent toutefois penser que tel puisse être le cas, puisque dans une logique plus contemporaine, les Constitutions de plusieurs États membres consacrent ainsi, et à l'instar d'autres éléments identitaires culturels précédemment étudiés, la portée symbolique que revêt le patrimoine historique et artistique à leur égard. Y sont alors sanctuarisées différentes obligations assignées aux pouvoirs publics allant de la protection, à la préservation en passant par l'enrichissement et la promotion de ce patrimoine[3].

560. Plus généralement et plus récemment encore, la protection du patrimoine a fait partiellement l'objet d'une internationalisation, essentiellement par la naissance de l'Unesco. Ont ainsi été adoptées plusieurs conventions internationales telles que la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel[4], ou encore la Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe[5]. Ces deux Conventions permettent de délimiter avec une plus grande précision ce que recouvre en droit la notion de patrimoine culturel. De plus, la Convention adoptée par le Conseil de l'Europe stipule que chaque partie à la convention s'engage « à valoriser la conservation du patrimoine architectural dans l'opinion publique aussi bien en tant qu'élément d'identité culturelle que comme source d'inspiration et de créativité pour les générations présentes et futures »[6]. Le patrimoine artistique et historique d'un État, à l'aune de sa fonction sociale et politique est donc

[1] PONTIER J.-M., « Les données juridiques de l'identité culturelle », *op.cit.*, p.1282.
[2] Voir *supra*, (§190 et s.)
[3] Constitution espagnole, précitée, art. 46 et voir à ce propos : NÉGRIER E., « La politique du patrimoine de l'Espagne », *Culture et musées*, 2007, pp. 23-38, voir http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript /article/pumus_1766-2923_2007_num_9_1_1426 ; Constitution Italienne, précitée, art. 9 et voir à ce propos ALCAUD D., « Patrimoine, construction nationale et invention d'une politique culturelle : les leçons à tirer de l'histoire italienne », *Culture et Musées*, 2007, pp. 39-68, voir http://www.persee.fr/web/revues /home/prescript/ article/pumus_1766-2923_2007_num_9_1_1427 ; Constitution portugaise, précitée, art. 9 ; Constitution hellénique, 1975, art. article 24 al.1.
[4] Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, 17e conférence de l'Unesco, 16 novembre 1972.
[5] Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe dite « Convention de Grenade », Conseil de l'Europe, 1er décembre 1987.
[6] *ibidem*, article 15§1.

indubitablement l'un des éléments identitaires d'une nation en ce sens qu'« il est mis au service du bien commun, de l'intérêt général, et participe donc de ce fait, à la volonté politique de promouvoir les intérêts fondamentaux de la société »[1].

561. Le droit de l'Union présente un danger potentiel vis-à-vis du patrimoine artistique, notamment au regard de la libéralisation des échanges dans le domaine culturel. Afin de déterminer si ce patrimoine peut être inclus dans le champ matériel du principe du respect de l'identité nationale et si les politiques nationales tenant à sa protection peuvent être à ce titre prises en compte par l'Union, il convient désormais d'analyser comment cette dernière appréhende un tel élément dans le cadre de son droit primaire et de sa législation (1), puis d'observer comment la jurisprudence de la Cour de justice a étendu sa portée en tant que motif justificatif de restriction (2).

1. La prise en compte du patrimoine culturel dans le droit primaire et la législation de l'Union

562. Dans le cadre du droit primaire, le patrimoine historique et artistique a fait l'objet d'une des premières dispositions prenant en compte un impératif culturel. Cet article prévoit une justification possible de restrictions opérées par un État membre sur la liberté de circulation des marchandises en raison notamment « de la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique » [2]. Il est intéressant de noter tout d'abord que le patrimoine est le seul élément identitaire directement rattachable à la culture, permettant de justifier une telle restriction dans le cadre des exceptions dont dispose le traité. Cela traduit, une prise de conscience très précoce de l'Union relative à la nécessité de protéger le patrimoine des États membres, mais également, une consécration de l'importance du patrimoine pour un État, même si le lien avec son identité n'est ici pas consacré.

De plus, cette considération est confirmée par la Commission qui dans une communication relative à la protection des trésors nationaux releva un double objectif : « *D'une part, il est clair que le marché intérieur devra être réalisé pleinement ; c'est un objectif que les États membres ont fixé d'un commun accord pour la Communauté. D'autre part, il y a la légitime attente des États membres de pouvoir poursuivre activement*

[1] HÉRITIER A., « Le respect du patrimoine culturel des États membres dans le droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 92.
[2] Article 36 TFUE, article 30 TCE.

leur politique culturelle – comme elle est de leur compétence – notamment dans le domaine de la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique »[1]. Reconnaissant la compétence de l'État membre dans le domaine, la formule laisse ainsi place au respect des disparités nationales relatives à leur patrimoine et à sa protection. Ce faisant, il est également intéressant de relever que la protection des trésors nationaux est une justification ne valant que pour les restrictions portées à la liberté de circulation des marchandises et n'est ainsi pas applicable à l'ensemble des libertés fondamentales, du moins dans le cadre du droit primaire.

563. Sur la base de cet article, deux règlements et une directive ont été élaborés afin de compléter la protection conférée par le traité au patrimoine.

Tout d'abord, un règlement concernant l'exportation des biens culturels conditionnée par l'octroi de licence d'exportation par les États membres a été adopté par le Conseil[2]. Ce règlement prévoit notamment que « [l]'autorisation d'exportation peut être refusée, aux fins du présent règlement, lorsque les biens culturels en question sont couverts par une législation protégeant des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique dans l'État membre concerné »[3]. Ce règlement permet une prise en compte du patrimoine culturel de l'État membre, tout en définissant ce qu'est un bien culturel classé comme trésor national au sens de l'article 36.

De même, une directive portant sur la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, a également été adoptée par le Conseil[4]. Elle vient aussi compléter les deux derniers règlements, notamment lorsqu'un bien culturel considéré comme trésor national aurait quitté le territoire national d'un État membre en méconnaissant les dispositions de ces deux règlements. Cette directive réaffirme en outre dans son préambule qu'en « vertu et dans les limites de l'article 36 du traité, les États membres garderont, après 1992, le droit de définir leurs trésors nationaux et la possibilité de prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection de ces trésors nationaux dans cet espace sans frontières ». Cette directive fait actuellement l'objet d'une tentative de refonte afin de

[1] Communication de la Commission, 22 novembre 1989, relative à « la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique dans la perspective de la suppression des frontières intérieures en 1992 », COM (89) 594 final, p.1.
[2] Règlement n° 3911/92 du Conseil, 9 décembre 1992, concernant l'exportation de biens culturels, JO n° L 395 du 31.12.1992 pp. 1–5 ; ce premier règlement a été complété par un autre règlement portant sur son application, Règlement n° 752/93 de la Commission, 30 mars 1993, portant dispositions d'application du règlement n° 3911/92 du Conseil concernant l'exportation des biens culturels, JO n° L 77 du 31.3.1993 pp. 24-32.
[3] *ibidem*, article 2§2.
[4] Directive n° 93/7/CEE du Conseil, 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, JO n° L 74 du 27/03/1993 pp. 74-79.

« renforcer l'efficacité de la prévention de la criminalité visant les biens culturels et de la lutte contre ce phénomène »[1]. La proposition ne change rien aux droits des États membres de définir et protéger leurs trésors nationaux. Elle tend seulement à donner à la Commission les moyens d'appuyer les États dans cette tâche, notamment en lui permettant si nécessaire d'adopter des mesures complémentaires. En ce sens la proposition de refonte confirme la prise en compte par l'Union de l'attachement des États à leur patrimoine culturel. À ces premiers éléments du droit primaire et dérivé viennent s'ajouter d'autres dispositions plus tardivement adoptées.

564. Ainsi, dans le cadre de l'interdiction des aides d'État, l'Union reconnaît une dérogation pour « les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun »[2]. Aussi bien dans l'interdiction des restrictions portées à la liberté fondamentale de circulation des marchandises que dans l'interdiction des aides d'État, la protection du patrimoine par l'État membre entre parmi les dérogations admises par l'Union, ce qui renouvelle la prise en compte de cet élément. De plus, en considération des techniques empruntées, motif justificatif de restriction et interprétation favorable de la notion d'aide d'État, il semble possible d'établir un rapprochement avec les méthodes déployées afin de mettre en œuvre le respect d'autres éléments culturels explicitement identifiés comme relevant du champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale. En ce sens, le droit positif paraît implicitement consacrer le patrimoine culturel des États comme une composante possible de leur identité nationale.

Dans son titre relatif à la culture, le traité de Lisbonne dispose que « [l]'action de l'Union vise à encourager la coopération entre États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action dans les domaines suivants : [...] la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne »[3]. Ici dans le cadre non plus du simple respect qui pourrait s'assimiler à un comportement passif de l'Union, mais dans le cadre d'actions réalisées par celle-ci, on retrouve encore une référence au patrimoine culturel qui même de dimension européenne reste disséminé sur les différents territoires nationaux des États membres. Cette compétence apparaît dès lors comme complémentaire ou de soutien à celle

[1] Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre (Refonte) /* COM/2013/0311 final - 2013/0162, point 1.
[2] Article 107§3 d) TFUE, article 87 TCE.
[3] Article 167§2 TFUE, article 151§2 TCE.

des États et semble ainsi en toute logique être conditionnée par la mise en œuvre du principe de subsidiarité. Ainsi, de même que l'Union contribue à la promotion de sa diversité culturelle, elle participe à la protection du patrimoine culturel des États membres. En outre, cet article vient, encore une fois, directement consacrer le patrimoine historique et artistique d'un État membre, comme composante de la culture et indirectement de la dimension culturelle de son identité nationale.

565. Après avoir fait le tour des dispositions relatives au patrimoine, il est désormais nécessaire de présenter les considérations jurisprudentielles de l'Union en la matière.

2. La reconnaissance étendue du patrimoine culturel dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions

566. Il n'existe comme dans le cadre de la religion que très peu d'arrêts relatifs au patrimoine historique et artistique. De plus, aucun ne permet véritablement d'affirmer que l'Union respecte les trésors nationaux, c'est-à-dire le patrimoine culturel des États membres, en tant qu'élément de l'identité nationale. Deux séries d'arrêts seront analysées. Une première série permet de préciser plus amplement les types de biens culturels que recouvre la notion de trésor national dans le cadre de la libre circulation des marchandises. Une seconde série vient en outre autoriser l'extension jurisprudentielle, à la libre circulation des services, du motif de justification inhérent à la protection du patrimoine tel qu'il est inscrit dans le traité à propos de la libre circulation des marchandises.

567. Pour ce qui concerne la liberté de circulation des marchandises, la Cour a été saisie, dans son arrêt Centres Leclerc, d'une question préjudicielle portant sur une éventuelle restriction à la libre circulation des marchandises opérée par une mesure française sur le prix fixe du livre[1]. Si l'apport essentiel de cet arrêt ne concerne pas véritablement la protection du patrimoine national, mais plus concrètement la protection d'un support culturel à savoir le livre, il semble qu'une considération de la Cour vienne tout de même éclairer sur la portée matérielle de l'article 36 TFUE.

En effet, le juge précise que : « [en] *tant que dérogation à une règle fondamentale du traité, l'article 36 est d'interprétation stricte et ne peut pas être étendu à des objectifs qui n'y*

[1]Arrêt précité.

sont pas expressément énumérés. Ni la défense des intérêts des consommateurs, ni la protection de la création et de la diversité culturelle dans le domaine du livre ne figurent parmi les raisons citées dans cet article »[1]. D'ailleurs, tout en reprenant cette jurisprudence, le juge dans un arrêt[2] rendu en 2009 et portant sur une situation analogue confirmera cette position. Il viendra également préciser que « [...] la protection de la diversité culturelle en général ne peut être considérée comme entrant dans la « protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique » au sens de l'article 30 TCE »[3]. Par conséquent, l'étendue matérielle de la notion de trésor national ne recouvre pas l'ensemble de la notion de culture et ne présente pas comme la langue ou la religion de lien direct avec la diversité culturelle.

De plus, elle est très étroitement encadrée par la CJUE, comme d'ailleurs toutes les dérogations prévues par les traités à l'application du droit de l'Union et *a fortiori* lorsqu'il s'agit des libertés fondamentales. Certes, comme précédemment évoqué lors de l'étude du droit dérivé sur le sujet, il appartient aux États membres de définir leurs trésors nationaux, mais cela n'exclut pas un contrôle strict de la Cour *a posteriori*, ce qui permet de conclure sur ce point que l'étendue matérielle de la notion de trésor national reste somme toute très limitée. Au constat de cette interprétation restrictive par l'Union de la notion, une partie de la doctrine est favorable à une large marge d'appréciation étatique, précisant que « [ce] concept, doit être défini suivant une échelle nationale des valeurs, d'autant plus que la valeur artistique ou historique des trésors nationaux dépend souvent de leur rattachement idéologique à l'État membre concerné »[4].

568. Concernant l'utilisation de l'élément identitaire patrimonial pour justifier de la restriction portée à une autre liberté fondamentale que celle de circulation des marchandises, une série d'affaires très proches a permis à la Cour de se saisir de la question. En effet, comme précédemment observé, la protection des trésors nationaux ne figure que dans la liste des justifications de l'article 36 TFUE exclusivement relatif aux restrictions portées à la libre circulation des marchandises.

Dans trois affaires similaires, la Cour a du se prononcer sur la compatibilité avec la libre circulation des services, de mesures nationales visant à imposer aux guides touristiques, voyageant avec un groupe de touristes en provenance d'un autre État membre, la possession

[1] *Ibid.*, point 30.
[2] Arrêt Fachverband der Buch, précité.
[3] *Ibid.*, point 32.
[4] KARYDIS G., « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *op.cit.*, p. 154.

d'une carte professionnelle qui suppose l'acquisition d'une qualification déterminée octroyée en règle générale par la réussite d'un examen[1]. C'est ainsi qu'elle aura à envisager une fois la restriction constatée, si la justification de la mesure litigieuse invoquée par les États membres, peut être tirée d'un objectif de protection des intérêts généraux liés à la valorisation des richesses historiques et à la meilleure diffusion possible des connaissances relatives au patrimoine artistique et culturel d'une nation, alors même qu'il ne s'agit pas d'une restriction portée à la libre circulation des marchandises, mais à celle des services.

La Cour répondra ici « [...] *que l'intérêt général lié à la valorisation des richesses historiques et à la meilleure diffusion possible des connaissances relatives au patrimoine artistique et culturel d'un pays peut constituer une raison impérative justifiant une restriction à la libre prestation de services* »[2]. Bien que sanctionnant les États membres en cause pour défaut de proportionnalités des mesures litigieuses, la Cour accepte d'exporter ce motif de justification aux restrictions opérées à l'encontre de la libre circulation des services, par le recours à la notion d'intérêt général qui lui laisse pour ce faire une plus grande marge de manœuvre. Dès lors, la reconnaissance uniquement dans l'article 36 du traité de la protection des trésors nationaux n'implique pas pour autant une limitation du respect de l'identité patrimoniale nationale au seul cadre de la libre circulation des marchandises, mais peut sur d'autres bases juridiques, être étendue à l'ensemble des libertés de circulation, voire à l'ensemble du droit de l'Union lui-même. Cette dernière réflexion du juge confirme la faculté des États de protéger leur patrimoine, ainsi que la prise en compte de son importance par l'Union.

569. L'importance du patrimoine historique et artistique pour les États membres est donc reconnue et prise en compte par la Cour. Mais à aucun moment elle ne l'a explicitement inséré dans le champ matériel du principe du respect de l'identité nationale. Pourtant, au regard des techniques employées et de la déférence tant du droit de l'Union que de la jurisprudence à son égard, il est possible qu'il y soit implicitement versé.

570. Le contenu même de l'identité nationale dans sa dimension culturelle paraît être respecté par l'Union. Aussi bien le rapport à la religion que le patrimoine culturel, rattachés explicitement ou implicitement au principe du respect de l'identité nationale, peuvent faire

[1] CJCE, 26 février 1991, Commission c/ France, Aff. C-154/89 ; CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-180/89 ; CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Grèce, Aff. C-198/89.
[2] Arrêt Commission c/ France, précité point 17. Les considérants 21 de l'arrêt Commission c/ Grèce et 20 de l'arrêt Commission c/ Italie sont, en substance, identiques.

l'objet d'une utilisation par l'État membre, dans l'idée de limiter la portée du droit de l'Union ou encore afin de contester sa validité. Cette reconnaissance ne se limite pas nécessairement à ces deux seuls éléments, mais comme précédemment évoqué, seuls ceux-ci sont sans contestation possible inclus dans le contenu strictement culturel de l'identité nationale. Or, ce contenu recouvre également un volet social qu'il convient désormais d'analyser.

Paragraphe 2 : Le contenu social de l'identité nationale

571. La nature sociale de l'État a été identifiée par certains États membres comme relevant de leur identité constitutionnelle[1]. En effet, les choix qu'ils opèrent en matière sociale ne sont pas anodins et répondent à une aspiration profonde de leur peuple à la paix sociale ou du moins au bien-être social. C'est notamment dans le cadre de ces revendications qu'a progressivement émergé la notion d'État-providence[2]. Il existerait plusieurs conceptions de l'État-providence selon Gosta Esping-Andersen[3], une conception « libérale » limitant au maximum l'intervention de l'État[4], une conception « conservatrice-corporatiste » où l'importance et la qualité de la protection sociale dépend de la profession et des revenus[5] et enfin une vision « sociale-démocrate » où la protection et les diverses prestations sociales sont universelles[6]. Une telle conception de l'État a permis dans la plupart des nations européennes de développer de manière plus ou moins récente, généralement à partir de la première moitié du XXème siècle, des systèmes de protection sociale des individus et de protection du travailleur. Cette nouvelle conception de l'État vient tout particulièrement s'opposer à celle d'État-gendarme, ne désignant alors plus l'État par ses seules fonctions régaliennes que sont la police, l'armée ou la justice, mais lui attribuant également un rôle de protection sociale.

---

[1] Voir *supra,* (§169 et s. ; §295 et s.).

[2] Les premières mentions de l'État providence datent du second empire et notamment du député républicain Emile Olivier en 1864 dans son Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif aux coalitions. Ce terme sera également repris en 1870 en Allemagne « *Wohlfahrtsstaat* » pour décrire les politiques bismarckiennes en matière sociale. En 1940 ce terme sera également repris et affiné en Grande Bretagne « *Welfare state* » par les idées de Keynes en opposition au « *warfare state* » que représente alors l'Allemagne nazie. Pour une étude détaillée de la notion d'État providence, se référer à : ROSANVALLON P., *La Crise de l'État-providence*, Paris, le Seuil, 1981 ; du même auteur, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence*, Paris, le Seuil, 1995.

[3] Voir en ce sens, ESPING-ANDERSEN G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Princeton, Polity Press & Princeton University Press, 1990.

[4] L'auteur y classe notamment en tant qu'archétype de ce modèle le Canada, les États-Unis, l'Australie et de façon plus nuancée le Royaume-Uni.

[5] Il s'agit ici entre autres des modèles autrichien, allemand, italien, belge ou français. Le modèle français pour certains auteurs tels que Pierre Rosanvallon est au confluant du modèle libéral et du modèle conservateur-corporatiste.

[6] Modèle caractéristique des pays scandinaves.

Cette aspiration sociale a donc contribué à façonner l'État moderne et par là même, les nations européennes.

Or si un tel élément est versé par les États au sein de leur identité constitutionnelle, il présente néanmoins de profondes disparités d'un État à l'autre lors de sa mise en œuvre interne. Il est alors question ici d'observer la prise en compte par l'Union de la protection sociale du point de vue des spécificités et de la dimension socioculturelle de l'identité nationale et non pas de celui des droits sociaux fondamentaux pour lesquelles une protection commune, qui sera ultérieurement analysée, est désormais réalisée[1]. À ce titre, la nature sociale des États membres ne peut être exclusivement protégée par l'Union au titre des valeurs communes. Il est en conséquence justifié de déterminer si le rapport au social peut être versé au champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale et si l'Union respecte à ce titre les politiques sociales des États membres. Cette question est d'autant plus importante que les libertés de circulation présentent un certain danger, tant vis-à-vis de la pérennité financière des systèmes de sécurité sociale, qu'en ce qui concerne la pratique du dumping social par certains États risquant alors de tirer vers le bas par un effet de concurrence la protection accordée par les États à leurs ressortissants.

572. Il apparaît nécessaire, pour répondre à cette question, d'envisager les références générales au social dans le droit primaire. Dès leurs premiers considérants, les préambules des traités de Nice et de Lisbonne réaffirment la prise en considération, à la fois de l'attachement des États membres aux droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis par la Charte sociale européenne et par la Charte communautaire des droits sociaux des travailleurs[2]. Cet égard vaut également pour la détermination des États à promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, objectif que l'Union se donne aussi[3]. Ce dernier élément a été repris dans sa formulation par le traité de Lisbonne, qui rajoute en outre trois alinéas[4]. Les deux premiers alinéas viennent préciser plus amplement la vision que l'Union se fait du social tout en renforçant le témoignage de son attachement à celui-ci. Par ailleurs, le troisième alinéa, du simple fait de son insertion dans le même article, crée un lien implicite entre la diversité

[1] Voir *infra* (§668), au sujet des droits de grève et d'action collective.
[2] Cette charte adoptée en 1989 reconnaît un socle minimum de droits sociaux garantis aux travailleurs européens, elle n'a pas de force contraignante pour les États membres, mais constitue un signal politique donné par les plus hauts responsables de la Communauté : le marché unique doit aller de pair avec la constitution d'un espace social européen excluant la notion de dumping social.
[3] Article 3§3 TUE, ancien article 2 TUE ; de pareilles considérations se retrouvent dans le préambule du TCE ainsi qu'à ses articles 2, 3k), 136, 144, 146 158 pour ne citer que ceux-ci.
[4] Article 3§3 TUE ; de pareilles considérations se retrouvent aux articles 21d) TUE ainsi que dans le préambule du TCE et à ses articles 136, 151 152, 160, 162 pour ne citer que ceux-ci.

culturelle et l'objectif social. Il permet ainsi de reconnaître une éventuelle diversité sociale, et en conséquence une possible insertion du social dans l'identité nationale des États membres, au même titre que pour les autres éléments associés à la diversité. De plus, l'article 151 du TFUE précise directement que « l'Union et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales [...] dans le domaine social »[1]. L'Union rappelle de surcroît et à plusieurs reprises dans ses traités qu'elle prend en considération dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques, les exigences liées à la garantie d'une protection sociale adéquate et à la lutte contre l'exclusion sociale. Ainsi l'Union possède une compétence partagée en la matière même si « l'État demeure le cadre privilégié de la solidarité sociale »[2]. En outre, un objectif social semble également justifier sous certaines conditions une dérogation à l'interdiction des aides d'État[3]. Enfin, la CDF fait de même référence aux droits sociaux fondamentaux dans son titre relatif à la solidarité par le biais de ses articles 27 à 39. Le domaine social aurait d'ailleurs dû selon les recommandations du groupe de travail V lors de la rédaction du TECE être intégré parmi la liste des fonctions essentielles de l'État membre, ce qui ne fut pas retenu lors de la rédaction finale[4].

Le social fait depuis l'acte unique et au fil des traités l'objet d'une attention toute particulière de l'Union qui s'est vue progressivement dotée d'une compétence partagée dans le domaine. Ces compétences de l'Europe sociale ont permis l'élaboration de politique de rapprochement des législations nationales en matière de droit du travail, en matière d'emploi, et de sécurité sociale dans le cadre essentiellement de la libre circulation des travailleurs[5]. Cette compétence ne remet pas en cause celle des États membres, comme le rappelle d'ailleurs la déclaration interprétative de l'article 156 TFUE sur la coopération des États membres dans les domaines de la politique sociale annexée au traité[6]. Enfin, l'Union a mis en place le Conseil économique et social[7], ainsi que le comité de la protection sociale[1], ou encore

[1] Article 151 alinéa 2 TFUE, article 136 TCE.
[2] NABLI B., « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », *op.cit.*, p. 168.
[3] Article 106 TFUE, article 87 TCE.
[4] Voir en ce sens LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 187.
[5] La mention de cette compétence partagée se situe notamment aux articles 4§2 b) et c), 5, 21, 153 et 156 du TFUE.
[6] Déclaration n° 31 annexée au traité de Lisbonne, « *Déclaration ad article 156 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* : La Conférence confirme que les politiques décrites à l'article 156 relèvent essentiellement de la compétence des États membres. Les mesures d'encouragement et de coordination à prendre au niveau de l'Union conformément aux dispositions de cet article revêtent un caractère complémentaire. Elles servent à renforcer la coopération entre États membres et non pas à harmoniser des systèmes nationaux. Les garanties et usages existant dans chaque État membre eu égard à la responsabilité des partenaires sociaux n'en sont pas affectés. La présente déclaration est sans préjudice des dispositions des traités attribuant des compétences à l'Union, y compris dans le domaine social ».
[7] Article 308 TFUE.

le fond social européen[2]. Ces entités ont respectivement un rôle de consultation en matière économique et sociale, de consultation en matière de coopération entre les États membres sur les politiques de protection sociale et un rôle d'amélioration des possibilités d'emploi pour les travailleurs dans le marché intérieur. Ces créations viennent consacrer encore une fois le caractère social de l'Union et de ses États membres[3].

573. Le cadre général ainsi posé, il est désormais possible de se consacrer à l'analyse de trois éléments spécifiques du domaine social dont la jurisprudence de l'Union a pu être saisie. Il s'agit donc, de déterminer si l'Union prend en compte la définition étatique de ces éléments, et si elle le fait au titre du principe du respect de l'identité nationale. Seront ainsi examinés, les mécanismes mis en place dans les États membres relatifs à l'organisation de la sécurité sociale (A), puis la protection de l'ordre social (B) et enfin la définition des horaires de travail (C).

A. Le système de sécurité sociale

574. Élément majeur de solidarité et de cohésion sociale au sein des États, le thème des systèmes de sécurité sociale fut saisi aussi bien par le droit primaire et dérivé (1) que par la jurisprudence de la Cour de justice (2).

[1] Institué par le droit dérivé : Décision n° 2000/436/CE du Conseil, 29 juin 2000, instituant un comité de la protection sociale, JO n° L 172 du 12/07/2000 pp. 26-27 ; Décision n° 2004/689 du Conseil, 4 octobre 2004 instituant un comité de la protection sociale et abrogeant la décision n° 2000/436/CE, JO n° L 314 du 13/10/2004 pp. 8-10.

[2] Article 263 TFUE.

[3] Le caractère social de l'Europe a souvent été contesté. Sans rentrer plus amplement dans ce débat, voir sur ce point : DEGRÉMONT A., « Dialogue social et démocratie sociale dans la construction européenne », *in* VINCENT G., *L'avenir de l'Europe sociale, Solidarités, droit et protections sociales*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 179 et s. L'auteur débute ainsi : « : Il est de bon ton de dire que l'Europe sociale n'existe pas et qu'il s'agit même de la plus flagrante des faillites de la construction européenne, vouée sans elle au marché et condamnée, par ses inclinations libérales, à n'être qu'une vulgaire zone de libre-échange. C'est à tort, et souvent de façon injuste, que l'on déplore l'absence d'Europe sociale, car si - c'est une évidence – l'Europe a davantage été construite à partir de l'économique puis du monétaire, la dimension sociale n'en a cependant jamais été totalement absente ». Voir également en ce sens, ROSAS A., « Finis europae socialis ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 605 ; ou encore LENAERTS K., « Le développement de l'Union sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ERA forum - scripta iuris europaei*, 2008, pp. 61-97.

1. La prise en compte de la compétence étatique dans le droit primaire et dérivé

575. Comme observé précédemment, l'Union dispose d'une compétence partagée en matière sociale, mais seulement d'une compétence d'appui en matière de sécurité sociale. Ces compétences sont alors seulement relatives à la coordination et au rapprochement des législations nationales portant sur la sécurité sociale dans le cadre de la libre circulation des travailleurs et des non-travailleurs. Il s'agissait essentiellement de permettre aux ressortissants européens, profitant de cette liberté de circulation, de jouir sous certaines conditions des droits sociaux et ainsi des mécanismes de sécurité sociale de l'État membre dans lequel ils s'installent et dont ils ne sont pas ressortissants, au même titre que les nationaux.

À cet effet le Conseil a par exemple adopté en 1971 un règlement portant explicitement sur ce point[1]. La compétence partagée en matière sociale ne remet pas en cause pour autant la compétence des État membres en matière de sécurité sociale. D'ailleurs, un article du traité vient spécifiquement consacrer ce principe pour l'organisation des systèmes de sécurité sociale. L'article 153§4 TFUE portant sur cette compétence partagée de l'Union dans la matière sociale précise que « [les] *dispositions arrêtées en vertu du présent article : ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier ; ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec les traités* ».

Les États semblent ainsi à même de définir et protéger la dimension sociale de leur identité en matière de sécurité sociale, puisque l'Union « *n'impose pas un modèle uniforme de sécurité sociale, même si un modèle social européen existe, au-delà des différences importantes qui subsistent entre modèles de protection sociale, caractérisé par la nature universelle de la protection et de l'étendue du soutien apporté aux populations, ainsi que l'importance de redistribution qui en résulte* »[2]. D'ailleurs, selon Florence Benoît-Rohmer, « *ce n'est pas sans raison que les États ont toujours voulu maintenir l'unanimité en matière fiscale et qu'ils n'ont accepté la majorité qualifiée en matière de sécurité sociale que sous la réserve d'un appel au Conseil européen au sein duquel peut jouer le veto. En effet, ce qui est en jeu dans ces domaines, c'est la question de l'équilibre social fondé sur un mode de*

[1] Règlement n°1408/71/CEE du Conseil, 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, version consolidée, JO n° L 28 du 30/1/1997 p. 1 et JO n° L 149 du 5/7/1971 pp. 2-50.
[2] GUILLOT P., « Le modèle européen de société », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 388.

répartition qui varie selon les États membres. Dans certains, la solidarité sociale est fondamentale au prix d'une fiscalité élevée, dans d'autres une fiscalité faible laisse plus de place au marché qu'à la solidarité. Ces éléments sont aujourd'hui le fondement d'un contrat social qui paraît aux citoyens aussi important que le contrat politique qui les unit »[1]. La Cour aura d'ailleurs l'occasion de le préciser dans sa jurisprudence.

576. La CDF dans son titre sur la solidarité traite également directement de la sécurité sociale. Outre la reconnaissance et la définition dans l'article 34 du droit aux prestations de la sécurité sociale[2], la charte rappelle notamment que l'Union respecte ce droit selon les modalités établies certes par son propre dispositif législatif, mais également et surtout par les législations et pratiques nationales. Les mêmes considérations valent d'ailleurs pour l'article 35 relatif à la protection de la santé[3].

577. Si le droit primaire et dérivé prend en compte la compétence des États en matière de sécurité sociale, la CJUE fut également saisie dans différentes affaires relatives aux systèmes de sécurité sociale des États membres.

2. La reconnaissance inhabituelle d'un critère économique dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions

578. Dans l'arrêt Decker, portant un renvoi en question préjudicielle devant la CJUE, la Cour a pu déterminer si le refus par le système de sécurité sociale d'un État membre de rembourser une paire de lunettes, achetée par un national dans un autre État membre, est compatible avec la libre circulation des marchandises[4]. Elle rappela ainsi que « selon une jurisprudence constante, le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale »[5]. Elle s'appuie à cet effet, sur de vieux arrêts ayant permis de dégager un tel principe et les confirme par la même occasion[6]. Elle réaffirme également qu'en « l'absence d'une harmonisation au niveau

[1] BENOÎT-RHOMER F., « Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 76
[2] Article 34 CDF.
[3] Article 35 CDF.
[4] CJCE, 28 avril 1998, Decker, Aff. C-120/95.
[5] *Ibid.*, point 21.
[6] CJCE, 7 février 1984, Duphar, Aff. C-238/82, point 16 ; CJCE, 17 juin 1997, Sodemare, Aff. C-70/95, point 27 ; auquel il est possible d'ajouter les arrêts du 17 février 1993, Poucet et Pistre, Aff. C-159/91 et Aff. C-160/91, point 6.

communautaire, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer, d'une part, les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale »[1] et d'autre part, « les conditions qui donnent droit à des prestations »[2]. Cela vient confirmer l'application du droit primaire précédemment évoqué à savoir que les compétences partagées de l'Union en matière sociale ne portent pas atteintes aux compétences nationales notamment dans le cadre de la sécurité sociale, ce qui permet à l'État de garantir lui-même la protection de la dimension sociale de son identité.

Pourtant, cela n'empêche pas que d'autres politiques de l'Union puissent entrer en contradiction avec cette dimension de l'identité. C'est le cas ici, puisque après avoir reconnu ces principes, la Cour considéra que même si la réglementation nationale en cause relève du domaine de la sécurité sociale, cette considération n'est pas de nature à exclure l'application de l'article 30 du traité. Elle releva par conséquent, une incompatibilité avec la liberté de circulation des marchandises. C'est à ce titre que la Cour dut alors envisager une éventuelle justification de la mesure. Elle précisa donc « […] *que des objectifs de nature purement économiques ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre circulation des marchandises. Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave* »[3].

La Cour invalida néanmoins la mesure nationale, l'incidence sur cet équilibre financier ayant été jugé négligeable. Pour autant, cette dernière analyse de la Cour est particulièrement intéressante dans la mesure où les considérations économiques liées à la survie d'un système de sécurité sociale national ne sont pas soumises au même régime que les objectifs économiques dans des domaines différents. La Cour emploie en outre la même formule et la même procédure que pour l'analyse d'autres éléments identitaires ayant permis de justifier des restrictions portées à l'application du droit de l'Union. Il est ainsi permis de considérer qu'elle porte un intérêt tout particulier à la pérennité des systèmes de sécurité sociale des États membres.

579. Dans l'arrêt Kohll, la Cour de justice eut à déterminer si la nécessité d'une autorisation préalable de la caisse compétente nationale, pour le remboursement de prestations médicales

[1] Arrêt Decker, précité, point 22, la Cour s'appuie pour ce point sur les arrêts du 24 avril 1980, Coonan, Aff. C-110/79, point 12 ; et du 4 octobre 1991, Paraschi, Aff. C-349/87, point 15.
[2] *Ibidem*. La Cour s'appuie cette fois sur l'arrêt CJCE, 30 janvier 1997, Stöber et Piosa Pereira, Aff. C-4/95 et Aff. C-5/95, point 36.
[3] Arrêt Decker, précité, point 27.

reçues dans un autre État membre, était cette fois-ci compatible avec la libre circulation des services[1]. La Cour tint un raisonnement et un cheminement strictement identiques à ceux qu'elle eut pu suivre dans l'arrêt Decker, aussi bien pour ce qui est de la compétence des États membres en matière sociale, que pour la recevabilité d'une justification d'entraves à la libre prestation de services tirée de la survie d'un système de sécurité sociale national. Il n'est donc pas nécessaire de présenter cet arrêt en détail, celui-ci ne faisant que confirmer les positions de la Cour, ainsi que les analyses tenues à leur égard.

580. Elle reprit de pareilles considérations dans l'arrêt Watts, toutefois elle tempéra cette position[2]. En effet, juste après avoir rappelé la faculté pour les États de déroger à la libre circulation des services en avançant des justifications liées à l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale, elle précisa au moyen d'une appréciation cumulativement extensive du règlement n°1408/71 et restrictive de l'article 152 que cela « n'exclut pas que les États membres soient tenus […] d'apporter des adaptations à leur système national de sécurité sociale, sans pour autant que l'on puisse considérer qu'il y aurait de ce fait atteinte à leur compétence souveraine en la matière »[3]. Il semblerait donc que cette dernière précision nuance le respect par la Cour de la dimension sociale de l'identité des États en matière de sécurité sociale, même si elle ne la remet pas en cause. À ce propos il est tout de même excessif de considérer que la jurisprudence de l'Union « ne se préoccupe guère, dans bien des cas, de la souveraineté juridique et financière des États en matière de protection sociale »[4].

581. Enfin, une affaire, toutefois radiée du rôle, confirmait qu'un rapprochement entre identité nationale et système de sécurité sociale puisse être établi. Certes, ce lien ne fut abordé que par le juge national de renvoi, considérant qu'un droit fondamental à une sécurité dans la vieillesse « perçu en tant qu'élément de l'identité nationale » justifiait que le système de sécurité sociale attribue un traitement préférentiel aux seuls nationaux, notamment en considération de l'équilibre financier de ce système[5]. Il n'est pas certain que le juge de l'Union eut reconnu cette justification présentant une nature discriminatoire, mais il apparaît

[1] CJCE, 28 avril 1998, Kohll, Aff. C-158/96, voir les points 18, 19, 21, 39.
[2] CJCE, Watts, 16 mai 2006, Aff. C-372/04.
[3] *Ibid.*, points 145 et 147. Voir sur le deuxième point, AZOULAI L., « En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale ! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006 pp. 843 et s.
[4] RUELLAN R., « Vers un dépassement des spécificités nationales », *in* BOURRINET J. et NAZET ALLOUCHE D., *Union européenne et protection sociale*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 38.
[5] CJUE, JS, Aff. C-253/12 (radiée du rôle par ordonnance de la Cour).

ici que les États puissent effectivement concevoir que leur nature sociale soit une composante de l'identité nationale. Toutefois, la demande de retrait de l'affaire par le juge national ne permettra pas de recueillir la position du juge de l'Union.

582. Le système de sécurité sociale qui, par extension, est un élément inclus dans la dimension sociale de l'identité des États membres peut justifier une dérogation à une liberté fondamentale. Aussi, cela tend à confirmer sa prise en compte par la Cour, même si elle ne le reconnaît pas explicitement comme inclus dans le champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale.

Il faut désormais procéder à l'analyse d'un élément plus singulier, la protection de l'ordre social. Il s'agira de déterminer si l'ordre social d'un État fait également partie de son identité sociale et si ce dernier est en mesure de l'opposer à l'application du droit de l'Union.

B. La reconnaissance des particularités nationales tenant à l'ordre social dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions

583. La notion d'ordre social est une notion particulièrement ambiguë, sa définition préalable est donc nécessaire avant toute considération d'ordre identitaire. L'ordre social selon Maurice Hauriou assure la cohésion du groupe, il est « une entreprise de stabilisation de l'état social par une structure équilibrée », il représente finalement le minimum d'existence du groupe[1]. Par définition, l'ordre social est adéquat à l'ordre naturel des choses, jusqu'au moment où la justice démontre le contraire et le fait évoluer. C'est pourquoi, l'ordre social ne peut maintenir la paix sociale que s'il contient une certaine dose de justice. De plus, selon le même auteur, « [...] le droit est une sorte de conduite qui vise à réaliser à la fois de l'ordre social et de la justice »[2]. L'ordre social serait donc constitué par l'ensemble des comportements de ceux qui vivent sur un même territoire et retranscrit par le droit. Ils finissent par trouver un équilibre entre leurs intérêts particuliers, un *modus vivendi*, c'est-à-dire une manière de vivre ensemble. Cette notion inclut ainsi l'ensemble des règles qui garantissent le fonctionnement social d'une nation. Sur la base de cette définition, il est dès lors permis de considérer qu'un ordre social donné corresponde à une société donnée. Par voie de conséquence, ce même ordre social ne sera valable que pour la nation à laquelle il se rapporte. Si l'ordre social peut-être inséré dans la dimension sociale de l'identité d'un État,

[1] HAURIOU M., « L'ordre social, la justice et le droit », *RTD civ.*, 1927, p. 801.
[2] *Ibid.*, p. 821.

puisqu'il est finalement l'objectif vers lequel tend à aspirer toute communauté nationale selon ses propres particularités socioculturelles et au moyen notamment de son droit, il ne peut dès lors être conçu que comme un élément propre à chaque État. De la nécessité de protéger cet ordre social pour une nation donnée peut alors être déduit la défense d'un élément spécifique à l'identité de cette même nation.

Ni le droit primaire, ni le droit dérivé, n'envisagent cette notion de manière explicite, si ce n'est par le biais de considérations générales relatives au social dont l'étude a précédemment pu être menée. Partant, les observations se limiteront à l'analyse de la jurisprudence de la Cour, qui a abordé la notion d'ordre social, sans par ailleurs la définir de façon précise.

584. Dans son arrêt Société générale alsacienne, la Cour opéra une première approche de la notion[1]. En effet, il s'agissait d'évaluer la compatibilité avec la libre prestation des services, d'une mesure allemande visant à exclure le recouvrement judiciaire de certaines dettes, telles que les dettes de jeu et les dettes assimilées à celles-ci. Après avoir analysé la mesure comme restrictive, la Cour considéra cependant « [que] *le refus, par un État, d'admettre, pour des raisons tenant à l'ordre social, des poursuites fondées sur une créance de ce genre, même si elle était née valablement dans un autre État membre, à l'intervention d'un institut financier établi dans celui-ci, ne saurait donc être considéré comme contraire au droit communautaire* ».

Cet arrêt est le premier témoin du lien qu'a pu établir la Cour entre une législation nationale visant la protection de la société contre les jeux d'argent et la protection de l'ordre social. Elle ne fit pas référence à un objectif d'intérêt général que constituerait la protection de l'ordre social, cette jurisprudence ayant été développée avant l'arrêt « Cassis de Dijon ». Toutefois, comme le relève Jean-Christophe Barbato, il ne fait aucun doute qu'il s'agisse bien de cela[2]. En effet, la validation d'une mesure restrictive sur ce motif semble véritablement témoigner d'une prise en considération par l'Union, de la protection de l'ordre social en tant qu'impératif de valeur équivalente à celui de l'application d'une liberté fondamentale. Cette première approche de la Cour sera précisée et confirmée dans une jurisprudence plutôt abondante permettant d'en tirer des conséquences plus établies.

[1] CJCE, 24 octobre 1978, Société générale alsacienne, Aff. C-15/78.
[2] BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, *op.cit.*, p. 200.

585. Dans l'arrêt Schindler, la Cour dut évaluer la compatibilité avec la libre prestation de service d'une mesure anglaise visant à interdire, sauf exception qu'elle détermine, le déroulement de loterie sur le territoire du Royaume-Uni[1]. Le juge après avoir relevé le caractère restrictif de la mesure, précisa au sujet des motifs ayant justifié son adoption que ceux-ci « se rattachent à la protection des destinataires du service et, plus généralement, des consommateurs ainsi qu'à la protection de l'ordre social »[2]. Il rappela par ailleurs, qu'il est de jurisprudence établi que « ces objectifs étaient au nombre de ceux qui pouvaient justifier des atteintes à la libre prestation des services »[3]. Les arguments tirés des observations des États membres permettent d'apporter un éclaircissement sur la notion d'ordre social retenue par la Cour[4]. En effet, dans l'objet de défendre la mesure nationale en cause, les États ont invoqué des motifs de prévention de la délinquance, de protection de la moralité publique et de limitation de la demande de jeux d'argent, dont les excès ont des conséquences sociales dommageables. En outre, le juge soulignait la nature particulière des loteries, considérant qu' « il n'est pas possible de faire abstraction, tout d'abord, des considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui entourent les loteries comme les autres jeux d'argent dans tous les États membres »[5].

Ces derniers points permettent d'envisager, d'une part ce que recouvre la notion d'ordre social au sein de l'Union et d'autre part le lien qu'elle entretient avec des éléments consacrés par la Cour de justice comme relevant de la dimension culturelle de l'identité nationale. La définition reste tout du moins relativement vague. Le juge conclut que ces particularités des jeux d'argent « *justifient que les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comportent la protection des joueurs et, plus généralement, compte tenu des particularités socioculturelles de chaque État membre, la protection de l'ordre social,* [...] *il leur revient d'apprécier non seulement s'il est nécessaire de restreindre les activités des loteries, mais aussi de les interdire, sous réserve que ces restrictions ne soient pas discriminatoires* »[6].

L'ordre social fut ici directement rattaché aux particularités socioculturelles des États membres, expression qui fait implicitement référence à un élément spécifique de leur identité. Donc, la Cour semble bien concevoir l'ordre social comme un élément qui puisse être inclus au sein de l'identité nationale de ses États membres. En outre, le large pouvoir d'appréciation

[1] CJCE, 24 mars 1994. Schindler, Aff. C-275/92.
[2] *Ibid.*, point 58.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibid.*, point 54.
[5] *Ibid.*, point 60.
[6] *Ibid.*, point 61.

laissé aux États membres leur permet à n'en pas douter d'assurer eux-mêmes sa protection, dans la mesure où les États sont à la fois libres de déterminer ce que recouvre la notion d'ordre social, laissée floue à cet effet par la Cour, mais également les mesures nécessaires à sa protection.

586. L'arrêt Läärä confirma parfaitement cette approche en y faisant par ailleurs expressément référence[1]. Il s'agissait, ici, d'une mesure finlandaise portant sur l'exclusivité accordée à un organisme public concernant l'exploitation de machines à sous. Outre le fait que le juge ait intégralement repris sa précédente décision, il précisa que « *la seule circonstance qu'un État membre ait choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions prises en la matière. Celles-ci doivent seulement être appréciées au regard des objectifs poursuivis par les autorités nationales de l'État membre intéressé et du niveau de protection qu'elles entendent assurer* »[2]. La Cour reconnut ici la diversité des États en la matière, et leur garantit la faculté de la préserver.

L'arrêt Gambelli portant sur une question similaire approfondit cette démarche puisque le juge y considéra que « […] *la Cour a relevé, dans ses arrêts précités Schindler, Läärä et Zenatti, que les particularités d'ordre moral, religieux ou culturel, ainsi que les conséquences moralement et financièrement préjudiciables pour l'individu et la société qui entourent les jeux et les paris, pouvaient être de nature à justifier l'existence au profit des autorités nationales d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comporte la protection* [...] *de l'ordre social* »[3]. Cela confirme le large pouvoir d'appréciation des États en matière de protection de l'ordre social à l'encontre des jeux d'argent. De plus, cela atteste également de la prise en compte de la diversité des approches nationales en la matière, puisque comme précédemment observé lors de la définition de la notion, un ordre social donné correspond à une société donnée, aussi les moyens de protection de celui-ci varient également en fonction des États. Reconnaître la possibilité de plusieurs systèmes de protection reviendrait donc à reconnaître la diversité dans leur dimension sociale des identités nationales des États membres.

[1] CJCE, 21 septembre 1999, Läärä, Aff. C-124/97.
[2] *Ibid.*, point 36.
[3] CJCE, 6 novembre 2003, Gambelli, Aff. C-243/01, point 63.

587. Ces jurisprudences furent aussi intégralement transposées à des mesures italiennes relatives à la limitation des paris sportifs[1] ou encore à des mesures portugaises portant sur l'attribution de monopole d'exploitation des jeux d'argent[2]. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a toutefois limité le recours à ce motif de justification en imposant, comme dans l'arrêt Placanica, qu'il réponde « au souci de réduire véritablement les occasions de jeu et de limiter les activités dans ce domaine d'une manière cohérente et systématique »[3]. Ce dernier élément a toutefois été analysé comme susceptible de limiter sérieusement la faculté des États de réguler les activités liées au jeu ou du moins d'être problématique pour la justification future de certaines mesures nationales sur cette base, notamment en ce qui concerne la France[4]. De nombreux autres arrêts portant sur ce sujet ont été adoptés par la Cour, et dans chacun d'eux, le juge a confirmé sa jurisprudence antérieure. Ce fut d'ailleurs encore le cas dans un arrêt rendu en 2009 à propos d'une mesure nationale visant à interdire aux prestataires, établis dans d'autres États membres, de proposer des services de jeux sur le territoire dudit État par l'Internet[5] ; en 2010 dans un autre rendu au sujet de l'institution de monopole public dans le secteur des paris sportifs[6] ; en 2011 à propos de monopole dans les paris hippiques puis dans les jeux de casino en ligne[7] ; en 2012 à propos de l'autorisation de publicité envers des établissements de casino situés à l'étranger, conditionnée à la conformité avec les dispositions nationales des règles applicables dans ces établissements en matière de protection des joueurs[8] ; ou encore en 2013 à propos d'une législation nationale conférant un droit exclusif d'administration, de gestion, d'organisation et d'exploitation des jeux de hasard à une entreprise unique[9].

Un dernier élément doit être analysé dans le cadre de la détermination d'une dimension sociale de l'identité nationale. Il s'agit de l'organisation du travail, qui bien que saisie en partie par le droit de l'Union ouvre de nouveau la voie à la prise en compte des particularités socioculturelles des États membres.

---

[1] CJCE, 21 octobre 1999, Zenatti, Aff. C-67/98.
[2] CJCE, 11 septembre 2003, Anomar, Aff. C-6/01.
[3] CJCE, 6 mars 2007, Placanica, Aff. C-338/04, Aff. C-359/04 et Aff. C-360/04, point 53 ; voir aussi les arrêts précités Zenatti, points 35 et 36, ainsi que Gambelli e.a., points 62 et 67.
[4] SIMON, D., « Faites vos jeux, rien ne va plus ... », *Europe*, mai 2007, pp.17-18.
[5] CJCE, 8 septembre 2009, Bwin, Aff. C-42/07, points 55-67.
[6] CJUE, 8 septembre 2010, Markus Stoß, Aff. jointes C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07, points 74-83.
[7] CJUE, 30 juin 2011, Zeturf, Aff. C-212/08, points 37-44 ; CJUE, 15 septembre 2011, Dickinger, Aff. C-347/09, points 44-57.
[8] CJUE, 12 juillet 2012, HIT, Aff. C-176/11, point 24.
[9] CJUE, 24 janvier 2013, Stanleybet e.a., Aff. C-186/11 et 209/11, point 22 et 44.

C. L'organisation des conditions de travail

588. Le droit de l'Union n'est pas sans influence sur l'organisation des conditions de travail par les États membres. Si le droit primaire et dérivé prend en compte les particularités socioculturelles en la matière (1), il en va de même au sein de la jurisprudence de la Cour de justice, notamment en ce qui concerne la détermination des horaires de travail (2).

1. La prise en compte des particularités socioculturelles nationales dans le droit primaire et dérivé

589. Les compétences partagées en matière sociale de l'Union s'étendent également à l'organisation du travail et plus précisément aux conditions de travail, éléments qui relèvent à n'en pas douter du droit social et éventuellement par extension de la dimension sociale de l'identité nationale des États membres. Cette compétence partagée se retrouve également aux articles 153 et 156 du TFUE[1]. Ils mentionnent explicitement, sur ce point, « l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs » et « les conditions de travail ». Il est en outre, possible de retrouver d'autres considérations relatives aux conditions de travail dans les articles 157 et 158 du TFUE relatifs, respectivement, à l'égalité de rémunération homme, femme et aux congés payés[2]. Ces articles visent à uniformiser certains principes inhérents aux conditions de travail, tirés du principe de non-discrimination ainsi que des traditions sociales des États membres.

De même, la CDF toujours dans son titre sur la « solidarité » dispose que « *Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité ; tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés* »[3]. Cet article revendique la prise en considération par l'Union des impératifs sociaux dégagés dans les États membres en matière de travail et leur permet encore une fois de s'assurer du respect des principes relevant de ce domaine.

590. Cette compétence partagée de l'Union a conduit en outre à l'adoption de directives portant sur les conditions de travail. Tout d'abord, une série de directives concernant certains

[1] Anciens articles 137 et 140 du TCE, précités.
[2] Anciens articles 141 et 142 du TCE.
[3] Article 31 CDF, portant sur les conditions de travail.

aspects de l'aménagement du temps de travail a pu ainsi être élaborée par le Conseil initialement puis en collaboration avec le Parlement européen ensuite, afin de dégager des prescriptions minimales en la matière[1]. Aussi, ces directives n'empêchent pas les États membres d'adopter des mesures plus protectrices mais permettent seulement un nivellement par le bas. Il est intéressant de noter par ailleurs, que dans la directive de base de cette série, le Conseil considère qu'en « [...] *ce qui concerne la période de repos hebdomadaire, il convient de tenir dûment compte de la diversité des facteurs culturels, ethniques, religieux et autres dans les États membres [et] que, en particulier, il appartient à chaque État membre de décider, en dernier lieu, si et dans quelle mesure le dimanche doit être compris dans le repos hebdomadaire* »[2].

D'une part, cette insertion permet de relier encore une fois le fait social, en l'espèce l'organisation du temps de travail, avec la diversité culturelle et donc avec la dimension culturelle de l'identité nationale des États membres, ce qui confirme l'approche selon laquelle le social et plus précisément les conditions de travail peuvent être considérées comme faisant elles-mêmes partie de la dimension sociale de l'identité nationale. D'autre part, elle rend compte du respect de cette composante possible de l'identité par l'Union, du moins dans le cadre des jours de repos et de congés qu'il revient donc, à l'État seul, de définir conformément à son identité.

591. Une autre directive semble représentative de l'attention que porte l'Union à l'identité sociale de ses États membres. La directive dite « Bolkenstein » adoptée en 2006 qui, lors de sa proposition initiale en 2003, avait soulevé l'opposition des partis de gauche et des syndicats de plusieurs États membres et avait notamment contribué au rejet du TECE en France[3]. Cette directive, relative à la libre circulation des services dans le marché intérieur, permettait aux prestataires de service de pouvoir suivre les réglementations de leur pays d'origine, notamment en matière de droit social, lorsque la prestation restait ponctuelle. Suite aux

[1] Il s'agit des directives : Directive n° 93/104/CE du Conseil, 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO n° L 307 du 13/12/1993 pp. 18-24 ; Directive n° 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil, 22 juin 2000 modifiant la directive n° 93/104/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive, JO n° L 195 du 01/08/2000 pp. 41-45 ; codifiées par la Directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO n° L 299 du 18/11/2003 pp. 9-19. Une tentative de modification de ces directives a été réalisée par la Commission à partir du 22 septembre 2004, mais sans succès à ce jour, et ce, pour des considérations d'ordre social notamment du Parlement européen qui s'est refusé à l'adopter en l'état.

[2] Directive n° 93/104/CE, cons. 13, *ibidem*.

[3] Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO n° L 376 du 27/12/2006 pp. 36-68.

profondes oppositions de certains États membres rencontrées à l'égard de ce projet, de nombreux amendements furent adoptés, vidant par là même la directive de sa substance.

En effet, il suffit de se référer aux articles 17§5 et 24§1 du texte final pour s'apercevoir qu'ont été entre autres exclues de l'application du principe du pays d'origine, les conditions de travail, restant dès lors subordonnées à l'application d'une directive plus ancienne. Cette directive adoptée en 1996 concernant plus spécifiquement « le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services », prescrit que les conditions d'emploi, comme par exemple, la durée du travail et des congés, ou encore le salaire minimal, sont fixées par la réglementation de l'État destinataire du service[1]. Cette modification substantielle de la « directive Bolkenstein » traduit indéniablement le respect des identités sociales nationales des États membres. D'abord elle tient compte de leurs oppositions, même si cela relève plus du respect de la procédure d'adoption des actes de l'Union, les États intervenant au moyen du Conseil. Ensuite, elle subordonne la libre circulation des services à l'application du droit social de chaque État membre, lorsque ce service vient se réaliser sur leur territoire. En tout état de cause, l'opposition initiale d'une partie des États suffit à démontrer l'attachement qu'ils portent à leur propre dispositif et niveau de protection du travailleur.

2. La reconnaissance des particularités socioculturelles relatives aux horaires de travail dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions

592. Plusieurs affaires portant sur les horaires de travail et jours de congé furent soumises à la CJUE. Elles permirent de préciser avant même l'adoption du droit dérivé précédemment évoqué, la position de l'Union face à un élément de l'identité socioculturelle des États membres.

593. Dans un premier arrêt Oebel, la Cour fut saisie d'une question préjudicielle, relative à la compatibilité avec la liberté de circulation des marchandises d'une mesure nationale, interdisant le travail de nuit dans le secteur de la boulangerie[2]. Afin de justifier l'entrave opérée par la mesure nationale, elle affirma que l'on « *ne saurait contester que l'interdiction de fabrication avant quatre heures du matin dans le secteur de la boulangerie et de la*

[1] Directive n° 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO n° L 018 du 21/01/1997 pp. 1-6, article 3.
[2] CJCE, 14 juillet 1981, Oebel, Aff. 155/80, point 12.

pâtisserie, considérée comme telle, constitue un choix de politique économique et sociale légitime, conforme aux objectifs d'intérêt général poursuivis par le traité. En effet, cette interdiction vise à améliorer les conditions de travail dans un secteur notoirement sensible qui est caractérisé ». Toutefois, la Cour ne fait pas encore ici référence à l'identité socioculturelle de l'État membre en question, mais fait tout de même preuve d'une certaine considération envers la politique économique et sociale que celui-ci peut suivre.

594. Un second arrêt Toarfen permit à la Cour de développer sa position dans le cadre cette fois de l'analyse de la compatibilité avec la libre circulation des marchandises, d'une mesure nationale interdisant l'exercice d'activité commerciale le dimanche[1]. Après s'être référée à sa jurisprudence Oebel, elle considéra que « [...] *de telles réglementations constituent en effet l'expression de certains choix politiques et économiques en ce qu' elles visent à assurer une répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socioculturelles nationales ou régionales dont l'appréciation appartient, dans l'état actuel du droit communautaire, aux États membres* ». La Cour opère explicitement le rapprochement entre la répartition des heures de travail et de repos avec les particularités socioculturelles des États membres. Ces particularités que le juge mentionne sont associables au concept de diversité socioculturelle des États membres et se rapporte en conséquence indirectement à la notion d'identité nationale. Cette considération pourrait confirmer l'application par la Cour du principe du respect de l'identité nationale dans une dimension sociale, puisque celle-ci laisse libre les États d'adopter les mesures appropriées à leur particularités. Cela reste tout de même à modérer dans la mesure où comme le relève Jean-Christophe Barbato, « *la marge de manœuvre octroyée par le droit communautaire n'est pas irréversible puisqu'elle est contingente à l'état actuel de l'ordre juridique communautaire. Si la question des horaires de vente faisait l'objet d'une réglementation commune, les États verraient disparaître leur liberté en la matière* »[2].

595. Cette position affinée de la Cour sera en outre confirmée dans trois autres arrêts portant sur des considérations identiques[3]. Elle qualifiera ainsi de nouveau, une réglementation interdisant de travailler le dimanche, d'expression de certains choix politiques

[1] CJCE, 23 novembre 1989, Torfaen, Aff. C-145/88, points 13 et 14.
[2] BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, *op.cit.*, p. 198.
[3] CJCE, 28 février 1991, Conforama, Aff. C-312/89, point 11 ; CJCE, 28 février 1991, Marchandise, Aff., C-332/89, point 12 ; CJCE, 16 décembre 1992, Stoke-on-Trent et Norwich City, Aff. C-169/91, point 11.

et économiques adaptée aux particularités socioculturelles nationales. La Cour tend ainsi « *à assurer par touches successives, une protection des politiques et droits nationaux.* [...] *Elle semble chercher à protéger les législations nationales, à travers une conciliation entre les politiques sociales des États de l'Union et le droit communautaire économique, en admettant que les premières puissent justifier des restrictions aux libertés de circulation ou de concurrence* »[1].

596. La plupart de ces arrêts et les solutions dégagées par la Cour, dans la mesure où ceux-ci sont intervenus antérieurement à l'adoption du droit dérivé précédemment analysé, ont certainement contribué à l'orientation favorable de celui-ci envers le respect des particularités socioculturelles des États membres, que ce soit en matière de conditions de travail ou en ce qui concerne plus spécifiquement l'aménagement du temps de travail. Une inclusion de ces particularités dans le champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale est donc envisageable, même si elle n'est pas établie ni par le droit primaire ou dérivé, ni par la Cour de justice.

597. La protection sociale que peut offrir un État membre à ses propres ressortissants, ne semble pas souffrir d'une absence de prise en compte par le droit de l'Union, et ce malgré sa compétence partagée en la matière. En effet comme le note Janine Goetschy, « *on assista de plus en plus à un souhait de rapprochement entre l'ordre social au plan européen et l'ordre social au plan national quant au contenu des thématiques traitées. Concernant les règles du jeu et de fonctionnement, les deux niveaux d'action (celui européen et celui national) continuent d'opérer selon des modes différents en dépit de certaines tentatives de normalisation* »[2]. N'est-ce donc pas l'absence de normalisation mais aussi et surtout, la conservation de deux niveaux d'action quasi étanches qui permettraient de garantir l'identité nationale des États membres en ce domaine ? La bienveillance de la Cour n'apparaîtrait alors à cet égard que de façon subsidiaire au gré des conflits toutefois encore possibles entre ordres juridiques.

598. Au regard des divers éléments analysés, le contenu socioculturel des identités nationales des États membres est donc bel et bien respecté par le droit de l'Union à l'aune du respect de la diversité et des particularités nationales. Par ailleurs, les diverses considérations

[1] NABLI B., « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », *op.cit.*, p. 170.
[2] GOETSCHY J., « Construction de l'Europe sociale et droits sociaux », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 193.

tenues, mènent à confirmer avec certitude l'inclusion du contenu culturel *stricto sensu* au sein de la dimension culturelle de l'identité nationale. Ainsi un État membre est en mesure, sur la base du principe du respect de l'identité nationale de faire valoir et respecter un élément correspondant à ce contenu. Par ailleurs, il fut observé que ce contenu d'ailleurs qualifié en ce sens de socioculturel ne se limite pas au seul volet culturel, mais comprend en outre un volet social dont l'inclusion au sein de l'identité nationale est moins affirmée. Pourtant, l'Union prend en compte la conception sociale des États membres sur la base des mêmes techniques juridiques que celles déployées lors de la prise en compte d'autres de leurs caractéristiques qui furent quant à elles, explicitement rattachées à l'identité nationale par la Cour de justice. Aussi l'importance de préserver sa vision sociale pour une nation au point de lui conférer parfois une valeur identitaire, cumulée au respect de cette vision par l'Union, paraît suffire à démontrer le respect par l'Union d'une dimension sociale de l'identité nationale des États membres. Ainsi, il est envisageable que cette dimension sociale puisse être tout de même comprise dans le champ d'application du principe de respect de l'identité nationale. Néanmoins, ce rapprochement s'il est concevable, n'a jamais explicitement été confirmé, ni dans le droit primaire, ni dans le droit dérivé, pas plus que dans la jurisprudence de la Cour.

Conclusion du chapitre 2 :

599. La dimension culturelle *lato sensu* de l'identité nationale des États membres est au regard des divers éléments observés et considérations retenues, respectée par l'Union et plus particulièrement par sa juridiction. Ce respect vaut aussi bien pour les vecteurs que pour le contenu de cette dimension, que ce soit dans son versant culturel ou social. Par ailleurs, il faut encore rappeler que le versant culturel a été de façon on ne peut plus explicite rattaché par la CJUE au champ matériel du principe du respect de l'identité nationale. Les raisonnements de la Cour relatifs au respect du versant social sont relativement proches de ceux tenus dans le versant strictement culturel. Il n'est donc pas interdit de penser que la Cour puisse de façon aussi explicite rattacher ultérieurement cet aspect social à l'identité nationale.

600. Le respect de la dimension culturelle *lato sensu* de l'identité nationale se réalise d'une façon relativement similaire à celle de la dimension constitutionnelle. Elle fut ainsi prise en compte dans la formation et le contrôle des actes des institutions de l'Union. De même, elle le fut dans l'interprétation des notions du droit de l'Union, essentiellement ici à propos des

motifs justificatifs de restriction aux libertés de circulation que sont les raisons d'ordre public et les objectifs d'intérêt général, pour parfois même devenir dans ce cadre un motif autonome de justification. La Cour de justice a ainsi pris en considération, de la même façon qu'elle le fit au sujet de la dimension constitutionnelle de l'identité nationale, les particularités socioculturelles des États membres lors de l'interprétation du droit de l'Union.

Néanmoins, la distinction entre la dimension culturelle et constitutionnelle n'est pas toujours évidente. Si les délimitations opérées par la Cour de justice restent relativement cohérentes, il n'en est pas de même lorsque l'analyse se porte sur le droit constitutionnel des États membres. En effet, il est loisible d'assister du point de vue national à une sorte de transition de la dimension culturelle vers la dimension constitutionnelle. Ainsi, furent opérés bon nombre de constitutionnalisations d'éléments de nature culturelle et sociale précédemment envisagés, tels que la langue, la religion ou de façon générale la nature sociale de l'État. Cela n'empêche pas la juridiction de l'Union de conserver la distinction et de la maintenir parfois même en contradiction avec les arguments étatiques, à l'exemple de la langue qu'elle continue à concevoir comme élément de l'identité culturelle et non-constitutionnelle[1]. En outre, cela confirme la réflexion de Marie-Claire Ponthoreau selon laquelle « la constitution joue sans aucun doute une fonction intégrative en plus de sa fonction normative. Il y a en quelque sorte une relation circulaire : l'identité collective structure la constitution et la constitution structure l'identité nationale »[2]. Ce glissement de l'identité culturelle vers l'identité constitutionnelle semble en partie expliqué par la nécessité, pour les États, de renforcer les moyens de préservation de leur identité culturelle, en leur attachant une certaine fondamentalité, il n'est toutefois pas garanti que la protection leur étant accordée par l'Union en soit pour autant renforcée.

[1] Voir en ce sens, Arrêt Runevič-Vardyn et Wardyn, précité, points 84-86 ; Malgré l'argument de l'État relatif à son identité constitutionnelle pour protéger ses choix linguistiques, la Cour ne s'écartera pas de sa classification habituelle et continuera ainsi à insérer la langue dans l'identité culturelle de l'État membre.
[2] Voir en ce sens PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p.4.

Conclusion du Titre 1 :

601. Les deux dimensions, constitutionnelle et culturelle, de l'identité nationale sont reconnues par l'Union européenne. Il est ainsi permis de concevoir la notion comme se référant effectivement aux caractéristiques particulières de l'État-Nation. Or, la question de leur respect se pose avec acuité lors de la réalisation potentielle de conflits normatifs entre droit de l'Union et droit national. Dans ce cadre, un tel respect se réalise par diverses techniques qui mènent par la modulation du principe de primauté, soit au dépassement du conflit de primauté, soit à son évitement.

Tout d'abord ce conflit normatif peut être dépassé. Il s'agit alors de la reconnaissance et de la prise en compte de l'identité nationale des États membres, lors de l'interprétation des motifs permettant de justifier une application restreinte du droit de l'Union, notamment dans le cadre des libertés de circulation. Sont ainsi concernées les raisons d'ordre public contenues dans le traité et le droit dérivé, de même que les motifs d'intérêt général développés par la jurisprudence en complément des premières. Plus encore, la valeur dérogatoire du principe tend même à s'autonomiser dans les derniers arrêts de la Cour, en s'affranchissant progressivement de ses liens avec les motifs habituels de dérogations à l'application effective du droit de l'Union. Les mesures nationales que l'État tente de justifier par ces motifs doivent néanmoins franchir un certain nombre de critères, parmi lesquels la proportionnalité, la nécessité et l'adéquation avec l'objectif poursuivi. Entre également en compte l'absence de discrimination qui apparaît toutefois être tolérée dans le cadre de raisons d'ordre public.

Ensuite, le conflit de primauté peut également être évité. Il ne s'agit plus alors de justifier une restriction, mais plus simplement de contourner sa réalisation, c'est-à-dire d'éviter l'existence même du conflit normatif. Pour ce faire, la Cour a fourni à plusieurs reprises des interprétations favorables de notions, parfois mêmes fondamentales, relevant du droit de l'Union[1]. Ont ainsi été concernés le principe d'égalité, la notion de juridiction, la notion d'aide d'état, et la citoyenneté européenne. De même l'évitement du conflit peut encore se réaliser en amont, par la prise en compte de certaines composantes de l'identité nationale lors de la formation et du contrôle de légalité du droit de l'Union, de sorte que celui-ci ne la heurte pas. Enfin un tel évitement peut se réaliser au moyen d'un rejet de sa compétence par la Cour de justice, pour contrôler un supposé conflit de primauté et se traduisant en conséquence par un déni de son existence. Bien que clairement modulé dans son

[1] Voir en ce sens, SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 42.

application, il faut néanmoins convenir que « *la nécessité pour le droit de l'Union de respecter l'identité nationale des États membres n'implique pas tant s'en faut, que soit remis en cause le principe selon lequel le droit de l'Union est appelé à prévaloir sur les règles internes quelles qu'elles soient, y compris constitutionnelles* »[1].

Bien que justifiée par l'hétérogénéité des situations et des intérêts en cause, l'observateur attentif ne pourra s'empêcher de constater, nonobstant une réelle efficience, que la « protéiformité » des méthodes du respect de l'identité nationale n'est pas pour garantir une réelle sécurité juridique, en ce qu'elle ne permet que rarement d'anticiper la solution juridictionnelle qui pourra être apportée à une affaire donnée[2].

602. Pour l'essentiel, le principe s'entend comme un principe d'interprétation, ayant permis à la Cour de justice de respecter l'identité nationale des États membres, même à l'encontre des principes les plus fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union, mais tout en conservant alors un certain contrôle. Il s'agit donc d'une norme de reconnaissance[3], en ce qu'elle permet d'admettre selon différents critères, si ce n'est la validité au moins la légitimité de certaines règles juridiques étatiques[4], dont l'adoption par l'État est alors validée par la poursuite d'un « objectif légitime » selon l'expression de la Cour. Le principe du respect de l'identité nationale permet de reconnaître la légitimité de la règle nationale en cause, lorsque sa confrontation avec les principes de proportionnalité, d'adéquation et de nécessité permettent d'en reconnaître la validité au regard du droit de l'Union. La juridicité du principe du respect de l'identité nationale et son opposabilité envers les principes les plus fondamentaux du droit de l'Union permettent en tous les cas de démontrer qu'il ne s'agit pas seulement d'une simple clause de style dénuée de tout effet juridique.

Le principe du respect de l'identité nationale se conçoit comme un devoir de l'Union

---

[1] SIMON D., « Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction », *in* BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., CUJO E., *Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 139-157.

[2] BRUNESSEN B., « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, janvier 2012, p 9, ce dernier, au sujet des exigences impératives, notamment dans leurs liens avec l'identité nationale, considère que : « L'empirisme est sans doute inhérent à toute construction jurisprudentielle mais la Cour a toujours manifesté un fort esprit de système pour justifier la raison d'être des exigences impératives. […] Si le juge national est bien le "juge de droit commun de l'Union européenne" comme l'affirme désormais la Cour de justice et qu'il veille avec elle au "respect du droit dans l'application du droit de l'Union", il doit à tout le moins pouvoir avoir une vision claire de ce qu'est une entrave et si elle est ou non justifiée.

[3] Voir sur l'idée de norme de reconnaissance, HART H.L.A, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 124.

[4] Voir ST-HILAIRE M., « Du pluralisme à la reconnaissance juridique », *in* Lazzeri C. et Nour S., *Reconnaissance, identité et intégration sociale*, Paris, PUF, 2009, pp. 330, selon lequel il existe une distinction entre « reconnaissance de validité ou de positivité d'une part et reconnaissance de légitimité ou de valeur de l'autre ».

de reconnaître les États membres en tant qu'État-Nation et de prendre ainsi en considération leurs caractéristiques propres, lors de l'adoption de son droit et de l'interprétation des principes fondamentaux qui en découlent, à commencer par celui de primauté. Il s'agit donc par extension d'un droit concédé aux États membres de voir leur pluralité, leur identité nationale, et en définitive leur existence en tant qu'État nation respectées par l'Union. Ce droit n'est toutefois pas absolu, puisqu'il doit se concilier avec certaines obligations tenant notamment à la coopération loyale des États et à l'effectivité du droit de l'Union évaluée par l'intermédiaire d'un contrôle juridictionnel impliquant des critères de proportionnalité, de nécessité et d'adéquation. L'inscription du principe du respect de l'identité nationale dans le traité, si elle conduit à la prise en compte de caractéristiques considérées par les États comme relevant de leur identité constitutionnelle et participe en ce sens à l'endiguement des menaces souveraines tenant à sa protection étatique et unilatérale, ne favorise pas seulement l'ouverture de l'ordre juridique de l'Union aux ordres juridiques nationaux, mais permet également et indubitablement à la Cour de justice d'encadrer et de réguler l'opposabilité de cette identité au droit de l'Union et à sa primauté en lui conférant dès lors un réel droit de regard. Le principe du respect de l'identité nationale tel qu'il est exploité par la Cour est donc apte à remplir sa fonction dialogique et confirme par la même la viabilité du pluralisme comme méthode de résolution non hiérarchique des conflits normatifs entre droit de l'Union et identité constitutionnelle.

603. L'identité constitutionnelle telle que définie par les États recouvre également un certain nombre d'éléments communs. Dans ce cadre, il ne s'agit plus de trouver des solutions visant à l'articulation du droit de l'Union avec certaines règles juridiques nationales, mais plutôt d'inclure au sein du droit de l'Union ces caractéristiques communes aux États, pour en assurer une protection intégrée. Le droit de l'Union ne s'articule dès lors plus avec celui des États, mais avec lui-même, excluant en conséquence l'idée d'un conflit normatif entre deux ordres juridiques distincts. Or, cette absorption se traduit par le renforcement de l'unité européenne au moyen de la reconnaissance d'une identité non plus nationale, mais européenne, elle-même révélatrice de la nature de l'Union.

Titre 2 : La protection de l'identité commune, un vecteur d'unité dans la pluralité

604. Lorsque les États ont employé la notion d'identité constitutionnelle ou ses corollaires dans leurs ordres juridiques respectifs, il était question d'identifier un certain nombre de valeurs à ce point fondamentales qu'elles se situaient à la base même de leur existence et devaient en ce sens échapper notamment à l'influence du droit de l'Union. Si parmi ces valeurs, certaines d'entre elles sont vraisemblablement propres à chaque ordre juridique national, comme cela fut précédemment observé, d'autres possèdent une dimension universaliste et une conception qui, au moins dans les grandes lignes, apparaît dès lors partagée par les États. Ces valeurs ont par conséquent été identifiées en tant que valeurs communes desquelles découle la reconnaissance d'une identité commune aux États membres. Elles ont donc pu, contrairement aux premières, être progressivement absorbées par l'Union et bénéficier à ce titre d'une protection intégrée. Lorsque les premières sont respectées au titre du respect de l'identité nationale par la modulation du principe de primauté et en conséquence par une atteinte circonstancielle à l'unité du droit de l'Union, les secondes quant à elles participent *a contrario* au renforcement de cette unité. En effet, il ne s'agit plus de limiter la portée du droit de l'Union en considération des droits nationaux, mais d'intégrer des éléments issus des droits nationaux dans le droit de l'Union, ce dernier servant alors pour l'essentiel de base juridique commune à leur protection.

605. Le premier révélateur de cette communauté de valeurs réside indubitablement dans l'absorption des droits fondamentaux par l'ordre juridique de l'Union qui fut en outre facilitée par une certaine uniformisation générée au moyen de la CEDH. Par l'extension de leur protection à l'échelon de l'Union, se réalise alors une protection multi-niveaux de ces droits qui suppose notamment l'articulation entre le niveau national et le niveau européen. C'est dans ce contexte, que les États membres sont de plus en plus souvent amenés à invoquer et pour ainsi dire à utiliser ces droits devant la Cour de justice, soit dans l'objet d'évaluer la validité du droit dérivé, soit dans celui de justifier certaines mesures nationales potentiellement restrictives de la portée du droit de l'Union.

L'absorption par l'Union de ces droits fondamentaux et plus généralement des valeurs communes aux États membres, la conduit à s'approprier ces valeurs. Elles en deviennent, non

seulement les valeurs sur lesquelles l'Union se fonde[1], mais également, à l'instar des États candidats, des valeurs opposables à ceux qui en étaient pourtant les instigateurs, les États membres, de sorte que l'homogénéité puisse s'affirmer et perdurer. De la reconnaissance et de l'absorption d'une identité commune aux États, il pourrait donc être perçu l'émergence d'une identité de l'Union. Porteuse des valeurs du constitutionnalisme, elle serait l'indicateur qu'un processus de constitutionnalisation est à l'œuvre au sein de l'ordre juridique de l'Union. Vecteur d'unité juridique et d'homogénéité identitaire, elle permettrait en outre de contribuer à la caractérisation de l'Union et de sa nature.

606. Il faudra donc déterminer dans quelle mesure l'absorption de ces valeurs permet à l'Union en assurant leur protection intégrée, non seulement de ne pas porter atteinte dans son fonctionnement aux traits communs des identités constitutionnelles, mais également d'en déduire l'émergence d'une identité de l'Union.

Pour ce faire, en tant que premières révélatrices d'une identité commune, les valeurs voisines tenant au respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux seront d'abord analysées, afin de démontrer l'existence d'une protection multi-niveaux, de laquelle résulte certes une protection intégrée au niveau de l'Union, mais également la prise en compte d'interprétations nationales spécifiques (**Chapitre 1**). Puis, en considération de l'absorption et de l'appropriation par l'Union des valeurs communes que sont la démocratie, le libéralisme et de manière subsidiaire les principes de l'État de droit, il s'agira dans une vision d'ensemble de déterminer la nature de l'identité de l'Union ainsi révélée, afin ensuite d'en évaluer la portée (**Chapitre 2**).

[1] Article 2 TUE.

Chapitre 1 : L'intégration de la protection des droits fondamentaux et la reconnaissance des interprétations nationales spécifiques

607. Les droits fondamentaux peuvent faire l'objet de deux types de définition. La première serait une définition en extension qui consisterait à énumérer les différents éléments constitutifs de la notion afin d'en donner une représentation concrète. Il s'agirait alors de repérer les divers droits fondamentaux consacrés comme tels par les différents instruments internationaux et nationaux, puis éventuellement de les catégoriser. C'est d'ailleurs la définition retenue en premier lieu dans la CEDH, qui se limite pour l'essentiel à renvoyer aux droits qu'elle contient[1].

Toutefois, ces différents catalogues ne sont pas nécessairement superposables, aussi une telle définition apparaît comme insuffisante et incohérente pour les besoins de la démonstration. En effet, seule une définition en compréhension est à même de faire percevoir les contours d'une notion aussi théorique. Cela revient à la préciser au regard de ses caractéristiques et de ses propriétés, afin de parvenir à sa conceptualisation abstraite et intellectuelle. C'est le deuxième effort de définition réalisé toutefois de façon lapidaire par la convention[2]. Ainsi, définir les droits fondamentaux reviendrait surtout à préciser en quoi ils sont fondamentaux.

608. La fondamentalité attachée à ces droits subjectifs peut se déceler à partir de deux réflexions différentes qui ne manquent d'ailleurs pas de se rejoindre. La première consiste à se demander en quoi la protection qui leur est accordée est de nature fondamentale. La seconde mène à s'interroger sur les raisons fondamentales qui justifient leur protection pour l'État et leurs destinataires. Ainsi ces droits sont fondamentaux car ils bénéficient d'une protection sans commune mesure, consacrés par des textes internationaux, ils le sont aussi est surtout par les normes fondamentales nationales parfois même en tant que droits intangibles et inaliénables, à tel point que leur protection ou leur préservation s'imposent aux États eux-mêmes. Toutefois ces droits sont également fondamentaux en considération des raisons qui conduisent à les protéger. Issus des réflexions de l'école du droit naturel et du libéralisme, ces droits se sont en effet imposés comme nécessaires et subséquents à la notion d'État de droit telle qu'elle put émerger notamment des théories de Kelsen. En effet, par un double

[1] CEDH, préambule : « Considérant que cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés ».
[2] *Ibidem*, « Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde ».

mouvement qui vise d'une part à soumettre l'État au droit, en le dotant d'une constitution de laquelle chaque norme inférieure tire sa validité et d'autre part en y intégrant les droits fondamentaux, la caractéristique fondamentale de ces droits était gagnée.

Fondement même du pacte social unissant l'État et sa population au sein de la nation, les droits fondamentaux s'avèrent être le ciment autour duquel les relations modernes qu'entretient l'État avec sa population se construisent. La protection de ces droits s'avère en effet fondamentale au regard de la notion de démocratie sans lesquels cette dernière ne serait qu'un succédané d'elle même. La démocratie est d'ailleurs associée aux droits fondamentaux dans l'idée de démocratie libérale[1]. Le renforcement de leur protection découle enfin de la volonté de rompre avec un passé destructeur au regard des exactions notamment perpétrées pendant la seconde guerre mondiale, ce qui conduira à l'internationalisation de la notion.

609. Ces droits se trouvent donc fondamentalement garantis par les États modernes au fondement desquels ils se trouvent. Jean-Jacques Sueur fait le même constat lorsqu'il considère que « [les] droits fondamentaux sont à proprement parler des droits constitutionnels au sens plein de ce mot c'est à dire constitutifs de l'ordre juridique étatique »[2]. Sans qu'il soit nécessaire d'étudier l'intégralité des Constitutions européennes, « *l'affirmation par [ces dernières] des droits fondamentaux et l'intensité du contrôle exercé par les juges constitutionnels européens contribuent à la prééminence des droits fondamentaux au sein du système constitutionnel. Cette primauté des droits fondamentaux, qui a été constatée par la doctrine*[3]*, constitue un noyau substantiel de l'ordre juridique* […] »[4]. Considérés en tant que noyau dur ou substantiel de l'ordre juridique étatique, Dominique Rousseau conclut même à leurs propos que « le droit constitutionnel est moins le droit des droits des gouvernants et davantage le droit des droits de l'homme »[5]. Ces raisons apparaissent ainsi être le moteur de la reconnaissance des droits fondamentaux par les États membres comme composante de leur identité constitutionnelle.

---

[1] Voir *infra* (§709).
[2] SUEUR J.-J., « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 17.
[3] Voir par exemple : GREWE C. et RUIZ FABRI H., *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, pp. 176-179 ; ROSSI L.-S., « Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne », *op.cit.*, p. 620.
[4] SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2*,* 2004*,* p. 154.
[5] ROUSSEAU D., « Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM*,* 2001*,* p. 162.

En effet, il est dès lors permis de considérer qu'en tant que fondement de l'État, les droits fondamentaux en deviennent essentiels pour ce dernier car fondus dans son essence juridique et politique. C'est en cela qu'ils furent décelés par plusieurs États membres comme une composante de leur identité constitutionnelle, puisque révélateurs de leur qualité d'État moderne, d'État démocratique libéral, bref d'État de droit. Étroitement liés aux valeurs du constitutionnalisme, entendu comme une limitation du pouvoir politique et parfois d'ailleurs qualifié de libéral justement en considération de son lien étroit avec le respect des droits fondamentaux, les États purent aisément les inclure dans leur identité constitutionnelle et les rendre opposables au droit de l'Union par le biais des premières réserves de constitutionnalité.

610. Cette inclusion mérite néanmoins d'être précisée. S'ils relèvent à n'en pas douter de l'identité constitutionnelle pour de nombreux États, cela n'empêche pas de constater en la matière et contrairement aux précédents éléments identitaires étudiés, une certaine universalité dans leur conception et leur protection. En effet, l'internationalisation de la protection des droits fondamentaux au moyen notamment de la CEDH a largement contribué à homogénéiser les garanties accordées et les catalogues protégés. Par conséquent, « [tous] *les catalogues nationaux affirment de manière irréfutable la dignité de la personne humaine, la liberté d'aller et venir, la liberté religieuse, les principales libertés économiques, ainsi que les droits collectifs qui découlent du droit d'association, du droit de manifestation et du droit de créer et d'adhérer à un syndicat. Les nuances nationales, pour importantes qu'elles soient, ne contredisent pas le jugement d'ensemble d'une véritable communauté constitutionnelle des droits fondamentaux dans les pays européens.* [...] *Tous les droits substantiels contenus dans la Convention se retrouvent, d'une manière ou d'une autre, dans les droits nationaux* »[1].

Cette congruence des droits constitutionnels nationaux, bien que réelle, n'est pourtant pas complète. Une certaine autonomie des États, les conduit à des interprétations parfois différentes sur la base d'un catalogue pourtant supposé commun. Aussi, il semble qu'en la matière les identités constitutionnelles puissent à la fois être partagées et divergentes. Cette dernière remarque est d'importance, puisque découlera de ce constat une double nécessité pour l'Union dans la préservation de ces identités, celle de protéger les traits communs et celle de respecter de nouveau les interprétations spécifiques. Il y a donc une protection multi-

[1] MAUS D., « L'Europe constitutionnelle », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 138.

niveaux des droits fondamentaux que l'Union se doit de prendre en compte afin d'assurer un juste équilibre entre le niveau étatique et le niveau de l'Union.

611. L'Union européenne fut rapidement confrontée à la nécessité d'absorber au sein de son ordre juridique les valeurs du constitutionnalisme libéral. Cette absorption marque d'ailleurs la singularité de l'Union européenne qui, d'une vocation initialement économique, puisque concernant d'abord la libéralisation des échanges entre les États membres, n'a pas manqué d'embrasser une dimension politique, justifiant alors qu'elle se dote à l'instar des États d'un système de protection des droits fondamentaux visant à encadrer l'exercice de ses compétences. Celle-ci intégra très tôt les droits fondamentaux dans son ordre juridique au moyen de sa jurisprudence parmi « les principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »[1], elle précisa d'ailleurs « tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres »[2]. Toutefois, ces premières réflexions n'empêchèrent pas l'inévitable de se produire, à savoir un conflit entre les ordres juridiques nationaux et celui de l'Union.

Ainsi, dans l'affaire Handelsgesellschaft, la Cour dans l'optique d'affirmer la primauté de son droit et de garantir son unité, et ce en dépit de cette première intégration des traditions constitutionnelles, considéra peut-être maladroitement que « *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* »[3]. L'arrêt engendra une forte opposition de certaines Cours constitutionnelles nationales, notamment allemande et italienne soucieuses « d'éviter que les transferts de compétence au profit de la Communauté ne se fassent au détriment de la protection des fondamentaux garantis par les constitutions nationales »[4] et dans « la crainte qu'un marché sans État ne vienne compromettre de manière irréversible le contenu démocratique de la Constitution »[5]. Ces dernières menaceront donc de

[1] CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, Aff. C-29/69, point 7.
[2] CJCE, 17 décembre 1970, Handelsgesellschaft, Aff. C-11/70, point 4.
[3] *Ibid.*, point 3.
[4] MARCIALI S., « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 346.
[5] SUEUR J.-J., « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 40.

contrôler la validité du droit de l'Union « aussi longtemps que » celle-ci n'assurerait pas une protection équivalente à celle retenue dans leur propre ordre juridique national[1].

612. Ces interpellations conduiront la Cour à compléter ses formules précédentes, relatives aux traditions constitutionnelles communes, dont l'inspiration devient une obligation, pour considérer qu'elle « ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États », mais également que « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »[2]. Ces dernières décisions figurant comme un remarquable revirement de jurisprudence, toutefois non avoué par la Cour, permirent de renforcer la prise en compte des traditions constitutionnelles, dans la formulation progressive d'un véritable catalogue jurisprudentiel de droits fondamentaux relevant du droit de l'Union, mais également et surtout de conduire à « une pacification des relations entre les ordres juridiques, les juges constitutionnels nationaux récompensant l'effort communautaire déployé par une renonciation à la mise en œuvre des réserves de constitutionnalité formulées »[3]. Au moyen d'une véritable déférence envers les traditions constitutionnelles communes et d'une référence à la CEDH qui sera de plus en plus explicite au fil des arrêts successifs, la Cour semble ainsi avoir doté l'Union des moyens de préserver utilement en ce domaine les traits communs aux identités constitutionnelles des États membres. Ces deux éléments seront d'ailleurs insérés dans les traités à partir de l'acte unique, ce qui d'une certaine manière validera définitivement la jurisprudence de la Cour[4].

S'agissant de la référence à la CEDH, il est intéressant de noter que de son coté la Cour EDH a parallèlement développé sa théorie de la protection équivalente fondant une présomption de validité du droit de l'Union[5]. Aussi, l'Union a progressivement construit un

---

[1] Voir *supra* (§299 ; §301 ; §338 ; §342).

[2] Voir notamment, CJCE, 14 mai 1974, Nold, Aff. C-4/73 ; confirmé par l'arrêt suivant, CJCE, 1979, Hauer, Aff. C-44/79.

[3] RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op.cit.*, pp.28-29 ; voir du même auteur, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, pp. 680-681 ; voir également MADURO P., « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », *in* FRACKOWIAK-ADAMSKA A. et GRZESZCZAK R., *L'espace judiciaire européen*, Wroclaw, Université de Wroclaw*,* 2010*,* p. 224 et s ; voir aussi *infra* (§366).

[4] Voir en ce sens, BENOÎT-RHOMER F., « Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit ? », *op.cit.*, p. 76, « [tout] l'effort des auteurs des traités a été d'éviter les conflits entre droit de l'Union et identité constitutionnelle nationale. C'est à cette fin que les éléments communs aux différents États membres, notamment en ce qui concerne les droits fondamentaux, ont été intégrés dans les traités de telle sorte que le droit communautaire lui-même garantisse le respect de ces valeurs ».

[5] Voir notamment, Cour EDH, 30 juin 2005, Bosphorus c/ Irlande, req. n°45036/98.

catalogue et une protection des droits fondamentaux comparables à ceux des États membres et de la CEDH. Ce catalogue lui permet désormais de s'appuyer, plus que sur les traditions constitutionnelles et la CEDH, sur son propre droit, lui garantissant ainsi unité et primauté tout en ne portant pas ou plus atteinte aux identités constitutionnelles nationales. Cette congruence des droits en Europe s'avérait de plus nécessaire, afin de ne pas écraser les États entre l'enclume conventionnelle et le marteau de l'Union en raison de divergences inconciliables et au prix de lourdes sanctions pécuniaires. D'ailleurs la prochaine adhésion de l'Union à la CEDH semble fermer la boucle, car si « *l'État de droit est basé sur un bloc de droits fondamentaux inscrits à la fois dans les textes constitutionnels et dans les textes européens et internationaux [et que] la Communauté de droit repose sur un socle de droits fondamentaux puisés dans les droits constitutionnels nationaux et dans les textes internationaux et européens* »[1], le tout sera finalement contrôlé en dernier lieu par la Cour EDH[2].

613. Il ne paraît pas nécessaire d'approfondir cette étude, celle-ci trouvant finalement son aboutissement dans le traité de Lisbonne. La consécration de la CDF en tant que norme de même valeur que le droit primaire venait apporter l'avant-dernière pierre à l'édifice d'un catalogue de droits fondamentaux relevant du droit de l'Union avant l'adhésion susmentionnée. D'ailleurs, en reprenant et répertoriant l'ensemble des droits reconnus par la CJUE, les traditions constitutionnelles et la CEDH, « il est indubitable que la Charte [...] pourrait alors être considérée comme interprétation authentique de ces traditions, en limitant ainsi le pouvoir discrétionnaire de la Cour de justice »[3]. Cela vaut d'autant plus, si l'on considère que « le droit communautaire comme le droit de la CEDH procèdent au premier chef, en matière de droits fondamentaux, des droits constitutionnels nationaux »[4].

Toutefois, la formulation et la mise en application de la CDF ne doivent pas avoir pour effet de figer dans le temps ce catalogue, afin de permettre la prise en compte d'éventuels

---

[1] ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La convention européenne des droits de l'Homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux et du droit communautaire », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, p. 197. Voir du même auteur, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », *Europe*, Octobre 1998.

[2] Voir sur la question : JACQUÉ J.-P., « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2011, pp. 7-8.

[3] ROSSI L.-S., « Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 619-620.

[4] SUDRE F., « Intervention », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, p. 205.

nouveaux droits fondamentaux ou autres interprétations de ceux-ci, qui n'y auraient jusqu'alors pas été insérés. Ce catalogue, pour demeurer vivant et évolutif, ne devait donc pas remettre en cause la prise en compte de ces traditions constitutionnelles par la Cour de justice[1]. Celles-ci se trouvent désormais en deux points stratégiques du droit de l'Union. Tout d'abord, leur inscription initiale fut conservée dans le traité de Lisbonne[2], garantissant toujours au moyen des principes généraux que de nouveaux droits puissent être encore pris en compte indépendamment de ceux définis dans la CDF. Ensuite, elles furent intégrées dans la Charte elle-même, en tant que principe d'interprétation des droits dont cette dernière dispose, au coté d'ailleurs d'une référence à la CEDH faite dans le même objet.

Plus qu'une simple référence, il s'agit d'un devoir, d'une obligation pour l'Union. Toutefois cette interprétation ne doit pas être conforme, autrement dit monophonique, mais bien plutôt en « harmonie » avec les traditions constitutionnelles[3]. La formule semble donc laisser une marge de manœuvre au juge de l'Union, marge qui se retrouve également à l'égard de la CEDH, par la préservation d'une possible « protection plus étendue »[4]. Ainsi, la doctrine, à l'image d'Anne Levade qui faisant notamment référence aux droits fondamentaux parmi les valeurs qu'elle évoque, s'accorde alors à penser que « *l'identification des valeurs communes à l'Union européenne et aux États membres peut légitimement sembler être un moyen de préserver l'identité constitutionnelle nationale des États membres. En effet lesdites valeurs constituent les éléments d'une identité européenne conçue comme le produit du patrimoine commun européen, c'est à n'en pas douter parce que ces valeurs sont des éléments communs à l'ensemble des identités constitutionnelles nationales des États membres* »[5].

614. Pourtant, il faut également reconnaître que la définition d'un catalogue commun ne garantit ni la faculté étatique d'interpréter spécifiquement un droit, ni celle d'en protéger

[1] Voir à ce propos, JACQUÉ J.-P., « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, p. 353, « S'agissant des traditions constitutionnelles communes, celles-ci ne sont pas figées et tant le texte des constitutions que la jurisprudence des Cours constitutionnelles nationales peuvent dégager de nouveaux droits, voir donner une extension nouvelle à des droits existants. Dans ce cas, le vecteur des principes généraux permettra d'incorporer ces invocations dans le droit de l'Union ». Voir dans le même sens ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI., 2012, p. 16.
[2] TUE, article 6-3.
[3] Article 52-4 CDF.
[4] *Ibid.*, article 52-3.
[5] LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *op.cit.*, p. 191.

d'autres non reconnus en droit de l'Union. Une autre méthode que celle de la protection intégrée doit donc être trouvée en complément, afin que l'Union puisse assurer le respect de toutes les identités constitutionnelles en matière de droits fondamentaux, non seulement dans une conception partagée, mais également dans le cadre d'interprétations nationales spécifiques.

Il faudra déterminer si cette méthode passe par une référence explicite au principe du respect de l'identité nationale ou du moins à la Constitution nationale, lorsqu'un État invoque une interprétation particulière ou un droit fondamental original non encore reconnus, ce dans l'objet de justifier une violation ou une restriction potentielles du droit de l'Union. En effet, comme le souligne Jean-Paul Jacqué, « *il est aujourd'hui peu probable dans la réalité, mais possible en théorie, qu'existe dans une Constitution nationale un droit qui ne soit pas également protégé en droit communautaire au titre de principe général du droit. Cependant, l'étendue de la protection offerte par le droit peut différer dans un État membre, de celle garantie dans les autres États membres. Dans ce cas, il n'existe pas de tradition constitutionnelle commune et le risque d'un conflit entre droit national et droit de l'Union n'est pas exclu* »[1].

615. Il convient donc, de porter un regard plus spécifique sur certains droits fondamentaux qui ont fait l'objet d'une utilisation par les États afin de réduire la portée du droit de l'Union[2]. Il sera ainsi nécessaire de confronter la conception dudit droit, présupposé commun aux deux ordres juridiques, pour relever d'éventuelles divergences. Ensuite et surtout, devront être analysées ces différentes affaires permettant, d'une part, de déterminer si la protection intégrée est effective, lorsque le droit invoqué est communément admis et, d'autre part, d'observer la méthode suivie par la Cour, lorsque l'interprétation du droit ou le droit lui-même diverge de celles et ceux retenus dans l'ordre juridique de l'Union, pour enfin déceler l'existence d'un équilibre, au demeurant fluctuant, entre les deux niveaux de protection des droits fondamentaux.

En premier lieu, sera considérée une notion ambivalente au cœur des droits fondamentaux − le respect de la dignité humaine − qui sous son acception commune et spécifique, peut alors être respectivement envisagé soit comme un principe d'interprétation,

[1] JACQUÉ J.-P., « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 359.

[2] Au sujet des conflits entre droits fondamentaux et plus spécifiquement encore les libertés de circulation, voir l'analyse de BAILLEUX A., *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Bruylant - publication F.U.S.L., 2009, pp. 253-294.

soit comme un droit fondamental autonome (**Section 1**)[1]. Puis seront ensuite abordés les droits fondamentaux invoqués par les États dont le sens et la portée furent parfois considérés comme équivalents dans les deux ordres, tels que le droit à la liberté d'expression, ou le droit de mener des actions collectives et parfois considérés comme d'interprétation divergente, tel que cela fut le cas pour le droit au procès équitable (**Section 2**).

Section 1 : L'utilisation par l'État de la dignité humaine devant la Cour de justice

616. La dignité humaine, à l'instar de la culture, est l'une de ces notions insaisissables qui fait l'objet de diverses utilisations et évocations, somme toutes assez vagues, dans de nombreux textes philosophiques, téléologiques et juridiques, sans pour autant jamais faire l'objet d'une définition. La dignité peut s'entendre comme le respect que mérite quelqu'un ou quelque chose, ou encore comme le respect que l'on se doit à soi-même. Associée à la notion de personne humaine, elle en serait la qualité essentielle, à tel point que nier la dignité d'une personne humaine reviendrait à nier sa condition même d'humain. Cette approche reprend l'affirmation kantienne selon laquelle « l'Humanité est elle-même une dignité »[2]. La doctrine envisage la dignité comme une valeur intrinsèque et indissociable de l'humanité[3], dont la relation reposerait « sur une tautologie négative »[4]. L'inhumanité est considérée comme contraire à la dignité humaine, dont la négation conduit elle-même à nier l'humanité d'autrui ou de soi-même. Une définition juridique précise de la notion s'avère alors particulièrement complexe voire impossible, ce qui rend donc justifiable l'absence de définition au sein des normes nationales ou internationales la consacrant.

617. Or, si définir la dignité humaine paraît insurmontable, cela n'empêche toutefois pas une conceptualisation juridique de celle-ci, au moyen des références positives lui étant destinées[5]. Cette notion, empruntée du monde philosophique, trouve ses premières marques

[1] Il apparaît d'autant plus justifié de commencer par le respect de la dignité humaine, que celle-ci est un concept largement admis par la doctrine comme la ou l'une des sources des droits fondamentaux, ce qui sera d'ailleurs très rapidement observé.
[2] KANT E., *Fondement de la métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1952.
[3] FIERENS J., « La dignité humaine comme concept juridique », *in* FERRAND J. et PETIT H., *Fondations et Naissances des droits de l'Homme, Odyssées des droits de l'Homme*, Paris, l'Harmattan, vol. 1, 2003, pp. 171-184.
[4] AKSOY E.-E., « La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus », *in Actes du Colloque de la FIPP à Stavern du 25-28 juin 2008 portant sur les Politiques pénitentiaires et droits des détenus,* Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 46.
[5] Voir en ce sens, BORELLA F., « Le concept de dignité de la personne humaine », *in* PEDROT P., *Ethique, droit et dignité de la Personne - Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, pp. 29-38 ; voir également

juridiques dans les déclarations des droits fondamentaux de l'ère moderne, ainsi que dans certaines constitutions nationales, ou encore dans les interprétations jurisprudentielles dont elles ont fait l'objet. La dignité humaine y est alors envisagée comme fondement, source, ou à tout le moins comme principe général d'interprétation des droits et libertés fondamentales qu'elles proclament.

Toutefois, la notion a plus récemment encore embrassé une nouvelle acception, au moyen de laquelle elle deviendrait également, pour certains ordres juridiques, un principe autonome à valeur constitutionnelle, voire un véritable droit fondamental pouvant même justifier la limitation d'autres droits fondamentaux. Cette double conception de la dignité est assez généralement admise par la doctrine, à titre d'exemple, Jean-Marc Sauvé considère que « [d'un] *coté, la notion de dignité peut en effet être regardée comme une composante de l'individu, un attribut de la personne. Elle est alors opposable par la personne à des tiers et elle protège ainsi la liberté individuelle. Mais d'un autre coté, la dignité humaine peut également être définie à partir d'une "certaine représentation de ce qu'est l'humanité digne". Elle peut alors devenir une limite à la liberté de chacun* »[1]. L'auteur s'interroge d'ailleurs sur une éventuelle autonomisation de la notion dans le second cas.

618. Il s'agira donc de préciser et présenter ces deux utilisations possibles de la dignité humaine par les États membres, afin d'observer si l'ordre juridique de l'Union témoigne d'un certain respect à son égard, d'une part en déterminant s'il intègre les deux facettes de cette dernière, et d'autre part, dans la négative, s'il permet de reconnaître une interprétation nationale spécifique de la notion, de sorte que l'identité constitutionnelle des États membres ne soit pas menacée en la matière. Il faut d'abord envisager l'utilisation par les États devant le Cour de justice, de la dignité humaine en tant que fondement ou outil d'interprétation d'autres droits fondamentaux (§1), puis son utilisation en tant que principe ou droit fondamental autonome (§2).

DE MONTALIVET P., « La dignité de la personne humaine », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz*,* 2010*,* pp. 501-515.

[1] SAUVÉ J.-M., « Dignité humaine et juge administratif », *in Rencontres européennes de Strasbourg,* Strasbourg, 2009, p. 8, disponible à l'adresse suivante : http://strasbourg.tribunal-administratif.fr/ta-caa/media/document/TA_STRASBOURG/sauve.pdf. L'auteur s'appuie par ailleurs sur le rapport *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, rapport au président de la République, Paris, La documentation Française, 2009 qui se fonde lui même sur les conclusions de l'étude dirigée par GIRARD, C. et HENETTE-VAUCHEZ, S., *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, pp. 17 et s.

Paragraphe 1 : La protection intégrée de la dignité humaine en tant qu'outil d'interprétation

619. S'agissant de la dignité humaine en tant que fondement ou outil d'interprétation des droits fondamentaux, il conviendra dans un premier temps de confronter sa conception, telle que définie dans les ordres juridiques nationaux, avec celle retenue dans l'ordre juridique de l'Union, afin de déterminer si ces conceptions apparaissent correspondre entre elles (A). Ensuite, il faudra observer si l'utilisation par les États, devant la Cour de justice, de la dignité humaine ainsi conçue, tend à confirmer ou infirmer cette correspondance (B).

A) Une acception commune de la dignité humaine

620. L'une des premières conceptualisations de la dignité humaine au fondement des droits individuels trouve son origine dans la théorie des droits naturels dont Saint Thomas d'Aquin fut l'un des précurseurs. Si sa pensée a théorisé l'existence d'une dignité humaine au moyen du recours à l'être suprême et du postulat de la création de l'homme à son image, il faudra toutefois attendre Grotius et son « traité de la guerre et de la paix » en 1624 pour observer une laïcisation de la notion[1]. Premier théoricien du droit individuel, il appuiera alors l'existence et la garantie d'un droit immuable sur le fondement d'une dignité humaine, dont la justification dépourvue de référence divine, découle de la nature, mais également de la raison que seul l'homme détient.

L'école du contrat social prolongeant celle du droit naturel reprendra également cette conception. Rousseau, par exemple, écrira que « [renoncer] *à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme ; et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute moralité à sa volonté* »[2]. La dignité humaine sans être pourtant clairement mentionnée, se retrouve en tout point de cette citation, en effet, s'il est possible d'admettre que la « qualité d'homme » se reflète dans la dignité humaine, alors, considérer que « [renoncer] à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme » revient par extension à admettre que renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa dignité. Cette dernière semble donc, ici aussi, être tenue comme base de la

[1] GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, P.U.F, 2005, 867 p.
[2] ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, p. Livre I, § IV.

liberté ou du moins comme une notion intrinsèquement liée à celle-ci.

Sans s'étendre sur les développements philosophiques générés par la notion, il convient toutefois de considérer ici, que la dignité humaine était au centre des réflexions de l'école du droit naturel, qui jettera les bases de l'école du contrat social apparaissant au fondement même du libéralisme moderne. Aussi, il paraît logique que celle-ci se retrouve parmi les droits proclamés au sein des constitutions et des grandes chartes de droits.

621. La référence à la dignité humaine reste implicite dans la *Magna Carta* de 1225, dans le *Bill of Right* et l'*Habeas Corpus* de 1689 ou même encore dans la DDHC de 1789, mentionnant toutefois dans son préambule « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme », formule qui semble faire renvoi à la théorie développée par l'école du droit naturel. Il faudra en effet attendre l'ère du libéralisme moderne, au sortir de la seconde guerre mondiale, pour voir apparaître une réelle formulation juridique de celle-ci.

La DUDH emprunte cette voie en 1948, lorsque dès le premier considérant de son préambule est mentionné « que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Si la référence est cette fois explicite, la fonction de « fondement » attribuée à la dignité humaine est ici également sans équivoque, ce que relève Mireille Delmas-Marty lorsqu'elle note en commentant l'article 1 de la déclaration[1] « que le mot "dignité" précède le mot "droits". C'est la dignité, en quelque sorte, qui fonde les droits, et le principe d'égale dignité de tous les êtres humains constitue la base de l'édifice des droits de l'homme »[2].

De pareilles considérations se retrouvent dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Pourtant la CEDH n'en fait pas mention, sa jurisprudence palliera cette carence lorsque s'attachant à la détermination des objectifs de la convention, la Cour EDH relèvera que le respect de la dignité humaine au côté des libertés humaines en constitue « l'essence »[3]. À ce propos, certains envisagent ici que « [le] juge européen en fait une notion prétorienne, un

[1] DUDH, 1948, article 1 : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ». La dignité est également mentionnée aux articles 22 et 23.
[2] DELMAS-MARTY M., *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Paris, M.S.H., 1997, p.133.
[3] Cour EDH, 22 novembre 1995, S.W c/ Royaume-Uni, req. n°20166/92, point 44.

principe matériel de l'interprétation »[1]. L'ensemble des États membres ayant adhéré à ces conventions internationales, une telle conception de la dignité humaine, en tant que fondement ou à tout le moins en tant que principe d'interprétation des droits fondamentaux, doit dès lors également avoir imprégné leur ordre juridique interne.

622. L'Allemagne fut la première à constitutionnaliser la dignité humaine. En effet le constituant allemand lui a entièrement consacré rien de moins que le premier article de la Loi fondamentale. La formule y est particulièrement intéressante, créant d'abord l'obligation pour l'État de la respecter et de la protéger en tant que notion intangible, en est ensuite clairement tirée la conséquence directe, c'est à dire la reconnaissance de droits inviolables et inaliénables[2]. Outre la consécration d'une obligation autonome de respect de la dignité humaine qui sera étudiée par la suite, il apparaît certain que l'identité constitutionnelle allemande intègre également cette notion comme raison de l'existence des droits fondamentaux dont elle dispose.

En termes similaires, la Constitution espagnole lui consacre le chapeau de son titre premier portant sur les droits et devoirs fondamentaux[3]. « Les droits inviolables » y sont alors considérés comme « inhérents » à la dignité de la personne ce qui tend également à la placer au fondement de ces dits droits. Par ailleurs, une obligation constitutionnelle espagnole d'interprétation conforme des droits fondamentaux à la DUDH abonde en ce sens. De même la Constitution polonaise, l'envisageant dans le cadre des principes généraux relatifs aux droits fondamentaux, la qualifie de « source des libertés et des droits de l'homme et du citoyen »[4]. La dignité y figure d'ailleurs comme un véritable principe constitutionnel d'interprétation, lorsque dès le préambule est affirmée la volonté d'appliquer la Constitution « dans le respect de la dignité propre à la nature de l'homme, de son droit à la liberté et de son devoir de solidarité envers autrui ». D'autres Constitutions telles qu'en Italie ou au Portugal se limitent à envisager l'existence d'une « égale dignité humaine »[5], là où la Constitution grecque ne la formule que par une référence au « respect et à la protection de la valeur de la

[1] AKSOY E.-E., « La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus », *op.cit.*, p. 50. L'auteur s'appuie par ailleurs sur les travaux de JEANNIN L., « Fonctions interprétatives et enjeux de l'usage de la notion de dignité appliqué à l'article 3 CEDH », *in* CHASSIN C.-A., *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 101-120.
[2] Loi fondamentale allemande, précitée, Article 1.
[3] Constitution espagnole, précitée, article 10.
[4] Constitution polonaise, précitée, article 30.
[5] Constitution italienne, précitée, article 3, dont la formulation est reprise à la lettre près par la Constitution portugaise, précitée, article 13-1.

personne humaine »[1], qui reste tout de même envisagée comme une obligation fondamentale de la République hellénique[2].

La dignité ne figure pas dans la lettre de la Constitution française , le Conseil constitutionnel comblera toutefois cette lacune en 1994 lorsqu'il relèvera que « *le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »[3]. La notion est donc également retenue en tant que principe à valeur constitutionnelle duquel semble encore une fois découler la reconnaissance de droits de l'individu. Une partie de la doctrine telle que Bertrand Mathieu a d'ailleurs déduit de cette décision que certains principes « deviennent des principes majeurs », des « principes matriciels » en ce qu'ils engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes. Le droit à la dignité est la matrice d'un certain nombre de garanties qui formellement sont légales, mais dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même »[4]. L'auteur poursuit d'ailleurs en note de bas de page au sujet de ces garanties en précisant qu'il « en est ainsi notamment du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie et de l'inviolabilité, de l'intégrité et de l'absence de caractère patrimonial du corps humain »[5].

623. Tant les différentes conventions internationales auxquelles ont nécessairement adhéré les États membres, que les ordres juridiques constitutionnels envisagés ici, ont consacré l'importance de la notion en tant que fondement ou principe d'interprétation des droits naturels. Toute ces considérations ont sans aucun doute motivé la reconnaissance explicite au moins par certains États de la dignité humaine en tant que composante de leur identité

[1] Constitution hellénique, précitée, article 2.
[2] D'autres constitutions européennes mentionne la notion de respect de la dignité humaine, voir, par exemple, en ce sens : Constitution finlandaise, 1919, article 1 ; Constitution roumaine, 1991 , article 1.3 ; Constitution slovène, 1991, article 21 ; Constitution Tchèque, 1992, préambule.
[3] C.C., 27 juillet 1994, respect du corps humain, don, utilisation des éléments et produits du corps humain, assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatal, n°94-343/344 DC, cons. 2.
[4] MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 211-213. Voir également à propos de la dignité humaine conçue en tant que sources de tous les droits fondamentaux, PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux », *AJDA*, juillet 1998, p. 37.
[5] *Ibidem.*

constitutionnelle. Il s'agit donc, afin d'évaluer le respect de cette composante identitaire par l'Union, de déterminer en premier lieu quelle place lui est accordée au sein du droit primaire.

624. Hormis dans la CDF qui n'avait alors pas de valeur juridique, si ce n'est celle de l'interprétation, aucune mention de la dignité humaine ne figurait dans le droit primaire jusqu'à l'élaboration du TECE et l'adoption du traité de Lisbonne. L'article I-2 du TECE, s'attachant à la définition des valeurs de l'Union, au sein desquelles figure la dignité humaine, fut quasiment retranscrit mot pour mot dans l'article 2 du traité de Lisbonne, dont l'objet est identique. Est ainsi affirmé que « *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* »[1]. L'Union reconnaît la dignité humaine comme le premier des fondements de son ordre juridique, du moins dans l'ordre d'énonciation opéré, mais l'y place, dans ce cadre, aussi bien aux cotés des concepts de liberté et d'égalité que des droits fondamentaux, sans pour autant créer un lien de cause à effet entre ceux-ci. En admettant corrélativement la nature fondamentale de ces valeurs et leur commun respect par les États membres, est indirectement confirmée et affirmée au sein du droit primaire, l'absorption par l'Union de cette composante de l'identité constitutionnelle des États membres. En outre, les traités ont depuis la révision d'Amsterdam explicitement imposé ces principes devenus valeurs, à tout nouvel État européen désirant adhérer à l'Union selon la procédure fixée par les traités[2]. L'élargissement des valeurs de l'Union opéré par le traité de Lisbonne renforce par là même les critères d'adhésions, parmi lesquels figure depuis lors la dignité humaine. Ainsi, l'ensemble de ce dispositif vient fortement limiter les atteintes susceptibles d'être portées à cette composante de l'identité constitutionnelle des États membres.

S'agissant de la CDF, il semble intéressant d'observer que trois des valeurs précédemment envisagées sont chacune consacrées au sein de trois chapitres distincts. Le chapitre premier de la Charte est ainsi dédié à la dignité humaine et la présente, dès l'article premier, en tant que notion inviolable devant par conséquent être respectée et protégée. Le second et le troisième chapitre concernent respectivement la liberté et l'égalité. Dans chacun

[1] Art 2 TUE, ancien article 6§1 TUE. Le traité de Nice qualifiait encore ces notions, non pas de valeurs mais de principes et ne se limitait « qu'au 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 ».
[2] Art. 49 TUE, voir également *infra* pour les critères d'adhésion (§707 ; §776 ; §785).

de ces chapitres, découlent de la valeur concernée des droits fondamentaux spécifiques à celle-ci. Il apparaît donc que c'est au moyen de la charte, qu'il soit possible de démontrer que l'Union, en plus de respecter implicitement la dignité humaine en tant qu'élément identitaire constitutionnel des État membres, le fait dans une conception similaire à celle de l'axe de réflexion retenu, à savoir en tant que fondement des droits. Toutefois, il ne s'agit pas ici du fondement de l'ensemble des droits fondamentaux mais uniquement du droit à la vie, du droit à l'intégrité de la personne, des interdictions de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, de l'esclavage et du travail forcé.

625. Pour aller plus loin, Jean Jacques Sueur observe à ce propos, lorsque ce dernier s'emploie à sonder l'évolution du catalogue des droits fondamentaux au sein de l'Union, que ce principe pourrait même « être considéré comme le vecteur et le moteur de tous les autres droits qu'il irrigue, auxquels il confère leur pleine dimension humaine et sociale »[1]. Il ne fait aucun doute que la dignité humaine, entendue en tant que fondement de plusieurs droits fondamentaux, soit désormais réceptionnée et respectée par le droit primaire de l'Union, d'une manière analogue à celle retenue par les ordres juridiques nationaux. Il est toutefois nécessaire pour le confirmer d'envisager désormais la jurisprudence et la législation de l'Union.

B) Une acception commune invocable devant la Cour de justice

626. Admettre une conception partagée de la dignité humaine en tant que fondement ou outil d'interprétation des droits fondamentaux semble pertinent au regard d'une vision croisée entre d'une part l'ordre juridique des États et d'autre part le droit primaire de l'Union. Afin de confirmer cette réflexion, il convient d'analyser désormais simultanément la jurisprudence et la législation de l'Union, notamment en observant l'utilisation par les États membres de la dignité humaine, ainsi conçue, devant la juridiction de l'Union. Les invocations ici étudiées de la dignité humaine au soutien d'autres droits fondamentaux (1), voire parfois au soutien d'autres principes et éléments juridiques parfois de nature identitaire (2), ne seront toutefois pas toujours réalisées par un État membre. Elles permettront néanmoins de vérifier qu'une approche similaire de la notion est suivie par les différents ordres juridiques en question et

[1] SUEUR J.-J., « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 29.

ainsi de témoigner du respect par l'Union de cette première conception identitaire nationale de la dignité humaine, au moyen d'une interprétation partagée.

1. La dignité humaine au soutien des droits fondamentaux

627. La dignité humaine fut utilisée par les États au fondement de quelques différents droits fondamentaux, dans l'objet de justifier ou renforcer leur protection[1]. Ce fut, en toute logique avec la précédente analyse de la CDF, le cas des droits à la vie et à l'intégrité physique, mais aussi de la notion de santé publique qui, d'une certaine manière, gravite autour de ces deux droits. S'agissant du droit à l'intégrité physique, une première directive garantissant la non-brevetabilité du corps humain, s'attache notamment à préciser que « le droit des brevets doit s'exercer dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme »[2]. Le lien entre les deux notions est ici indiscutable, toutefois dans un arrêt à propos de ce considérant, la CJUE retiendra une interprétation extensive de la dignité humaine qui, en plus d'être envisagée comme un principe général du droit de l'Union, se vit reconnaître une certaine autonomie en tant que droit fondamental[3]. Un règlement portant sur l'attribution des visas présente également un tel lien, lorsqu'il dispose que « les autorités compétentes devraient veiller au respect de la dignité humaine et de l'intégrité des personnes dont les données sont demandées »[4]. Ce lien est tout aussi observable dans une autre directive portant sur le don d'organe qui précise que « [les] *pratiques inacceptables en matière de don d'organes et de transplantation sont notamment le trafic d'organes, parfois lié à la traite d'êtres humains dans le but de prélever des organes, qui constitue une violation grave des droits fondamentaux, et en particulier de la dignité humaine et de l'intégrité de la personne* »[5].

Dans le cadre d'un lien avec le droit à la vie, l'avocat général Maduro considère au

[1] Voir sur ce point, DUBOUT E., « La dignité dans la jurisprudence de la CJCE », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, 2011, p.88 et s.
[2] Directive n° 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JO n° L 213 du 30/07/1998 pp. 13-21, cons. 16.
[3] CJCE, 9 octobre 2001, Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, Aff. C-377/98, point 70 : « Il appartient à la Cour, dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne » ; voir en ce sens les conclusions STIX-HACKL C., CJCE, 18 mars 2004, Omega, Aff. C-36/02, points 89-91. Voir *infra* pour une analyse plus détaillée de cet arrêt et des ces conclusions.
[4] Règlement n° 767/2008/CE du Parlement Européen et du Conseil, 9 juillet 2008, concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), considérant 12.
[5] Directive n° 2010/45/UE du Parlement Européen et du Conseil, 7 juillet 2010, relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, JO n° L 207 du 6/8/2010 pp. 14-29, considérant 7.

sujet de la dignité humaine qu'elle « suppose la reconnaissance de la valeur égale de tous les individus. La vie d'une personne est précieuse par le seul fait que celle-ci est un être humain, et aucune existence n'a plus, ou moins, de valeur qu'une autre »[1]. S'appuyant sur le constat de l'importance du principe, il en déduit d'ailleurs que « les particuliers et les institutions politiques ne doivent pas se comporter de façon à nier l'importance intrinsèque de toute vie humaine »[2]. Les diverses utilisations de la dignité humaine au soutien du droit à la vie et du droit à l'intégrité physique sont dans ces différents éléments d'analyse relativement apparentes. Cela serait également le cas pour la protection de la santé publique qui selon l'avocat général Jääskinen « [...] est nécessaire pour garantir les droits fondamentaux, la dignité humaine, le droit à la vie ainsi que le droit à l'intégrité physique et mentale visés aux articles 1[er] à 3 de la charte »[3].

628. En dehors de la reconnaissance du rôle de support ou fondement de la dignité humaine envers ces deux droits qui sont les plus directement liés à cette première, cela fut également le cas pour le principe de non-discrimination qui se rattache pourtant plus facilement au principe d'égalité. La CJUE dans une affaire portant sur le licenciement d'un transsexuel pour des raisons liées à sa conversion sexuelle précise que « [tolérer] une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger »[4]. La dignité est bel et bien utilisée ici, afin de renforcer la protection envers une telle discrimination, elle intervient donc au soutien ou au fondement du droit à l'égalité.

Une pareille considération se retrouve dans des conclusions de l'avocat général Cosmas à propos de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, lorsqu'il affirme que « [dans] *une communauté de droit, qui respecte et sauvegarde les droits de l'homme, l'exigence d'une égalité des rémunérations entre hommes et femmes repose principalement sur les principes de la dignité de la personne humaine et de l'égalité des hommes et des femmes* »[5]. Cette vision est également partagée par l'avocat général Maduro lorsqu'il envisage les discriminations subies au travail par les personnes handicapées ou par les personnes possédant des liens étroits avec un handicapé. Selon lui « *la dignité d'une personne présentant [un handicap] souffre tout autant du fait d'une discrimination directe que de celui*

[1] Conclusions MADURO P., CJCE, 31 janvier 2008, Coleman, Aff. C-303/06, point 9.
[2] *Ibidem*.
[3] Conclusions JÄÄSKINEN N., CJCE, 19 octobre 2010, Novo Nordisk, Aff. C-249/09, point 49.
[4] CJCE, 30 avril 1996, P contre S, Aff. C-13/94, point 22.
[5] Conclusions COSMAS G., CJCE, 10 février 2000, Schröder ea., Aff. jointes C-50/96, C-234/96, C-235/96, C-234/96, C-235/96, C-270/97, C-271/97, C-270/97 et C-271/97, point. 80.

de voir autrui victime d'une discrimination pour le seul motif du lien qui les unit. Dans ce second cas, non seulement la victime immédiate de la discrimination subit personnellement un tort, mais elle devient également le biais par lequel la dignité de la personne [handicapée] *est lésée* »[1].

D'ailleurs dans le cadre d'une directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, « [le] harcèlement est considéré comme une forme de discrimination [...] lorsqu'un comportement indésirable [...] qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »[2]. Cette même approche fut encore employée lors d'une décision de la Commission relative à l'égalité des chances entre homme et femme, lorsque celle-ci précise que « [l'égalité] *entre les femmes et les hommes est une exigence au regard de la dignité humaine et de la démocratie, et [qu'elle] constitue un principe fondamental du droit communautaire, des constitutions et lois des États membres, et des conventions internationales et européennes* »[3].

629. Le principe de discrimination fut également associé, du moins par des avocats généraux, au respect de la dignité humaine dans le cadre de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou sur la couleur de peau.

Dans la première hypothèse, l'avocat général Jääskinen considère que : « *un cas de figure dans lequel un État membre n'admettrait aucune forme d'union légalement reconnue qui soit ouverte aux personnes de même sexe pourrait être considéré comme constituant une discrimination liée à l'orientation sexuelle, parce qu'il est possible de faire dériver du principe d'égalité, combiné avec le devoir de respecter la dignité humaine des personnes homosexuelles, une obligation de reconnaître à celles-ci la faculté de vivre une relation affective durable dans le cadre d'un engagement juridiquement consacré* »[4]. Dans la seconde hypothèse, l'avocat général Kokott relève que « [dans] *une union de droit qui a déclaré que le respect de la dignité humaine, des droits de l'homme, de l'égalité, et de l'interdiction de toute discrimination fait partie de ses principes suprêmes, il serait incontestablement incongru au plus haut point de tenir compte, par exemple, dans le cadre de l'assurance maladie, d'un risque de cancer de la peau distinct en fonction de la couleur de la peau de l'assuré et de lui*

[1] Conclusions MADURO P., CJCE, Coleman, précitées.
[2] Directive 2000/78/CE du Conseil, 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO n° L 303 du 02/12/2000 pp. 16-22, article 2-3.
[3] Décision n° 2008/590/CE de la Commission, 16 juin 2008, relative à la création d'un comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, JO n° L 190 du 18/07/2008 pp. 17-21, cons. 2.
[4] Conclusions JÄÄSKINEN N., CJCE, 15 juillet 2010, Römer, Aff. C-147/08, point 76.

imposer une prime plus élevée ou plus faible à ce titre »[1].

Le principe de non-discrimination entre homme et femme dans le cadre du travail, en fonction de l'orientation sexuelle ou encore de la race, qui renvoie plus largement au droit à l'égalité, a donc bien fait l'objet, dans l'ordre juridique de l'Union, d'une mise en relation avec la dignité humaine, afin de renforcer sa protection. Cette relation entretenue entre les deux notions trouve d'ailleurs écho dans l'expression d'une « égale-dignité » précédemment empruntée aux réflexions de Mireille Delmas-Marty.

2. La dignité humaine au soutien d'autres principes et éléments juridiques

630. La dignité humaine fut également utilisée au renfort de principes pour la plupart sociaux visant à la protection de personnes qu'il est possible de qualifier de fragiles ou faibles. Ces principes sont d'ailleurs rattachables à la dimension sociale de l'identité nationale des États membres[2], et/ou à d'autres droits fondamentaux. En ont ainsi fait l'objet l'assistance sociale, l'aide juridictionnelle elle-même parfois conçue comme aide sociale mais toutefois rattachable au droit au procès équitable, et la protection de la jeunesse et des travailleurs.

631. S'agissant de l'assistance sociale, un centre payeur d'aide sociale Belge utilisait devant la Cour de justice un argument selon lequel, la dignité humaine était le fondement d'une aide sociale, en l'occurrence « le minimex » correspondant à un revenu minimal d'insertion. Le centre payeur considérait ainsi que « [...] *le minimex n'aurait été introduit que pour la mise en œuvre d'une politique spécifique à l'égard des plus démunis afin de mieux les intégrer dans la société, de sorte qu'il s'agirait d'une mesure de sauvegarde de la dignité humaine, prise en application de l'article 2 de la convention européenne des droits de l'homme* »[3].

La Cour ne reprit pas, dans sa réponse, le lien établi par cet argument entre dignité et aide sociale, mais ne le rejeta pas pour autant. L'avocat général Kokott sur cette question établit le même lien, lorsqu'elle observe à propos d'une autre affaire que « l'octroi du minimum vital n'est plus conçu comme un acte de charité de la part de l'État. Dans les États modernes, pourvus d'une sécurité sociale, c'est au contraire un droit dont l'individu peut se

[1] Conclusions KOKOTT J., CJCE, 30 septembre 2010, ASBL e.a, Aff. C-236/09, point 49.
[2] Voir *supra* (§571 et s.).
[3] CJCE, 27 mars 1985, Scrivner, Aff. C-122/84, point 11.

prévaloir sur le fondement de sa dignité humaine »[1]. La législation de l'Union validera cette théorie par la suite, en effet, une directive portant sur les services dans le marché intérieur, exclut de son application certains services sociaux essentiels au motif qu'ils sont nécessaires « pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines »[2]. La dignité malgré les apparences n'est pas autonomisée ici, la Cour ne mentionnant qu'un seul droit fondamental, il serait plus juste d'évoquer une utilisation de la dignité au soutien du droit à l'intégrité physique. L'objectif de ces services sociaux est de garantir l'intégrité physique des personnes humaines qui en bénéficient. La protection de cette intégrité résulte de la dignité reconnue à la personne humaine. Il est donc, par ricochet, permis de penser que la volonté de protéger cette dignité fonde également l'existence de ces services ; l'interprétation serait encore une fois partagée.

Si l'on admet que la dignité humaine, retenue en tant que fondement de divers principes et droits fondamentaux, fait bien partie de l'identité constitutionnelle des États membres, l'exclusion de ces services de l'application d'une directive, visant à faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires, interprétée à l'aune du motif qui sous-tend cette exclusion, porte à laisser croire qu'il s'agit là, d'une marque de respect envers cette identité. Également envisagée comme une mesure sociale, du moins par certains États membres telle que l'Allemagne, l'aide juridictionnelle fut rapprochée de la dignité humaine afin d'exclure les personnes morales de son bénéfice. Toutefois, la Cour nia cette qualification d'aide sociale et par là même le lien avec la dignité, préférant concevoir l'aide juridictionnelle comme une composante du procès équitable et du droit au recours effectif[3]. Ce raisonnement la conduisit d'ailleurs à ne pas valider l'exclusion automatique des personnes morales des bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, préférant s'appuyer notamment sur des considérations relatives au but lucratif ou non de la personne morale, à ses moyens ou encore sur l'objet, l'enjeu et la complexité du litige[4]. Ainsi la dignité humaine ne semble pas en droit de l'Union pouvoir servir de fondement à l'ensemble des droits fondamentaux et principes qui en découlent.

632. La protection de la jeunesse fit également l'objet de cette relation avec la dignité humaine. Une recommandation de 2006 visant à la protection des mineurs et de la dignité

[1] Conclusions KOKOTT J., CJCE, 25 novembre 2003, Skalka, Aff. C-160/02, point 54.
[2] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO n° L 76 du 27/12/2006, pp. 36-68, cons. 27.
[3] CJUE, 22 décembre 2010, DEB, Aff. C-279/09, points 24 et 37 à 41.
[4] *Ibidem*, voir la solution de l'arrêt.

humaine dans le cadre des services audiovisuels semble établir ce lien, ne serait-ce que par son objet et les très nombreuses juxtapositions des deux notions auxquelles elle procède[1]. Cette recommandation inspirera d'ailleurs fortement la directive dite « Services de médias audiovisuels » de 2010[2]. Un argument allemand soutenu en outre par le Gouvernement irlandais dans une affaire portée devant la CJUE, présentait la protection des mineurs comme « un objectif en étroite relation avec la garantie du respect de la dignité humaine »[3]. La vocation de l'utilisation de cet élément identitaire au soutien de la protection de la jeunesse, était celle de justifier une restriction portée à la libre circulation des marchandises, en l'espèce des vidéogrammes provenant du Royaume-Uni[4]. La Cour ne reprit ni ne nia la conception allemande, sans doute par économie de moyens, préférant dès lors s'appuyer exclusivement sur la protection de l'enfant qu'elle assimile, en référence à la protection des droits fondamentaux, à un principe général du droit de l'Union. Elle aborda toutefois au sujet de cette protection de l'enfant « son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale » ce qui semble correspondre au moins partiellement à la notion de dignité et aux droits fondamentaux qui gravitent autour »[5]. Elle reconnut ainsi la faculté pour les États membres sous certaines conditions et sous son contrôle « d'apprécier le niveau auquel ils entendent assurer la protection de l'intérêt en cause »[6].

633. Enfin dans une autre directive, mais cette fois-ci dans le cadre de la protection des travailleurs clandestins et plus précisément dans celui des sanctions et mesures minimales prises à l'encontre de leurs employeurs, la dignité humaine fut utilisée à son renfort. S'attachant à la définition des conditions de travail particulièrement abusive, le législateur de l'Union retient des conditions « dans lesquelles il existe une disproportion frappante par rapport aux conditions de travail des travailleurs légalement employés qui a, par exemple, une

[1] Recommandation du Parlement européen et du Conseil, 20 décembre 2006, portant sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et sur le droit de réponse en liaison avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information en ligne, JO n° L 378 du 27/12/2006 pp. 72-77.
[2] Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil, 10 mars 2010, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels) JO n° L 95 du 15/4/2010, pp. 1-24.
[3] CJCE, 14 février 2008, Dynamic Medien, Aff. C-244/06, point 37.
[4] Ces vidéogrammes avait fait l'objet d'une interdiction de vente par une juridiction nationale, ceux-ci n'ayant pas été contrôlés en Allemagne et ne comportant pas d'indication d'âge minimum d'accès en fonction d'une décision de classement émanant d'une autorité régionale supérieure ou d'un organisme national d'autorégulation.
[5] *Ibid. point* 40.
[6] *Ibid. point* 45.

incidence sur la santé et la sécurité des travailleurs, et qui porte atteinte à la dignité humaine »[1].

634. La dignité humaine, entendue comme support et fondement de certains droits fondamentaux ou encore de certains principes, inscrits pour certain dans l'identité constitutionnelle des États membres, trouve dans l'ordre juridique de l'Union une conception et une protection similaire. Cette congruence conceptuelle de la notion laisse à penser, malgré l'absence d'affirmation explicite de la part de la Cour en ce sens, que l'identité constitutionnelle des États membres est respectée voire même protégée directement par l'Union. Semblent ainsi écartés tous risques potentiels d'atteintes à la conception nationale.

Toutefois, il a été précédemment évoqué le fait que si cette conception de la dignité humaine est la plus courante, elle n'est pas la seule. La dignité recouvre en effet dans plusieurs ordres juridiques nationaux une certaine autonomie, pouvant alors même être conçue en tant que droit fondamental autonome. Il s'agit donc de déterminer si cette interprétation nationale spécifique, qui répond à une conception non partagée par l'ensemble des États membres est également respectée par l'Union.

Paragraphe 2 : Le respect d'une interprétation nationale de la dignité humaine en tant que droit fondamental autonome

635. La dignité humaine conçue tel un outil d'interprétation des droits fondamentaux, bénéficie d'une conception partagée entre les ordres juridiques nationaux et celui de l'Union. Comme précédemment observé, cette similarité vient conforter l'idée d'un respect implicite, au moyen d'une protection intégrée, des identités constitutionnelles qui présentent une telle conception de la dignité. Toutefois, cette conception de la dignité n'est pas la seule et semble, dans certains ordres juridiques nationaux, être cumulée avec une vision autonome de celle-ci. En plus d'être le fondement ou du moins un principe d'interprétation des droits fondamentaux, la dignité humaine deviendrait alors un principe, voire un droit fondamental à part entière, qui serait dès lors invocable indépendamment de toute autre disposition, et même opposable aux autres droits et libertés de l'individu. Cette vision de la notion, alors conçue comme une valeur de la société, traduisant une certaine conception de la moralité publique,

[1] Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil, 18 juin 2009, prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO n° L 168 du 30/06/2009 pp. 24-32, Article 2-i.

vient donc paradoxalement se confronter aux droits et libertés, dont l'attribution pourtant résulte elle-même de la reconnaissance d'une dignité humaine à leurs détenteurs.

636. Une telle conception se trouve de prime abord dans au moins deux des constitutions précédemment étudiées, les Constitutions allemande et polonaise, la seconde paraissant s'être fortement inspirée de la première. Dans ces deux normes fondamentales nationales, est évoquée une obligation pour les pouvoirs publics de respecter et protéger la dignité humaine, envisagée alors en dehors de toute autre référence normative. D'une part, le respect de la dignité humaine est donc placé en haut de la pyramide normative nationale, cela traduit sa fondamentalité, d'autre part, il lui est consacré une obligation autonome de respect et de protection par les pouvoirs publics. Cette construction lui confère une protection effective et indépendante de toute autre norme à l'instar des droits fondamentaux. De plus, le respect de la dignité bénéficie en Allemagne d'une garantie juridictionnelle effective au titre de l'article 19, disposant corrélativement de l'interdiction de « [porter] atteinte à la substance d'un droit fondamental » et de l'existence d'un recours juridictionnel pour « quiconque [serait] lésé dans ses droits par la puissance publique »[1]. Une même considération se retrouve d'ailleurs à l'article 77 de la Constitution polonaise. Pour confirmer cette analyse, il est nécessaire de se référer aux interprétations juridictionnelles nationales abordant cette éventuelle autonomisation de la dignité humaine. Ne seront toutefois étudiées que les analyses de la Cour constitutionnelle allemande, la Pologne ne permettant pas une accessibilité linguistique suffisante à sa jurisprudence.

637. La Cour de Karlsruhe put ainsi, notamment dans le cadre de deux arrêts différents, préciser l'autonomie juridique du respect de la dignité humaine. Dans la première décision, le juge constitutionnel allemand devait, lors d'un recours en cassation, envisager la compatibilité d'une décision de la Cour fédérale de justice relative à l'interdiction de publication d'une publicité Benetton qu'elle avait analysée comme contraire à la dignité humaine[2]. En l'espèce, il s'agissait d'une représentation d'un homme, sur la fesse nue duquel était écrit « HIV positif ». Le juge cassa la décision au motif d'une atteinte injustifiée portée à la liberté d'expression et de communication, toutefois il précisa la nature de la protection conférée à la dignité humaine en droit constitutionnel allemand. Ainsi, il considère comme

[1] Voir au sujet de la protection juridictionnelle de la dignité humaine en Allemagne, HEUSCHLING L., « La dignité de l'être humain dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, 2011, pp. 115-162.
[2] C.C.F.A., 12 décembre 2000, Publicité choc I (Benetton), n°1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95.

constitutionnellement inattaquable, l'interprétation selon laquelle une publicité qui violerait la dignité humaine de personnes représentées dans celle-ci, soit reconnue comme contraire à l'ordre public. Il précisa en outre que ce principe peut ainsi justifier une restriction à la liberté d'expression, même dans ce qu'elle a de plus fondamental, c'est à dire l'expression d'une critique sociale ou politique. Enfin, il consacre une obligation constitutionnelle et autonome de protection de tous les êtres humains contre les atteintes envers leur dignité humaine, comme l'humiliation, la stigmatisation, la persécution et l'ostracisme[1]. Ce premier arrêt confirme l'analyse retenue de l'article 1 de la loi fondamentale allemande. Le principe de respect et de protection de la dignité humaine peut être autonome et juridictionnellement garanti. En outre, il peut permettre de limiter la portée des autres droits fondamentaux, ce qui tend à le placer au moins au même niveau de protection que ceux-ci. La dignité y apparaît par conséquent comme un principe fondamental voire presque comme un droit fondamental autonome. Toutefois, celui-ci ne semble pas être subjectif mais objectif, c'est à dire attaché non pas à un individu mais à une société donnée.

Dans la seconde décision, la juridiction allemande devait déterminer la compatibilité avec la Constitution d'une loi relative à la sécurité aérienne et visant à l'abattage systématique d'avions détournés dans l'objet d'attenter à des vies humaines, quand bien même ces avions embarqueraient à leur bord des personnes civiles innocentes[2]. Le juge constitutionnel allemand devait alors confronter cette disposition avec le principe du respect de la dignité humaine et le droit à la vie, examen qui le conduira d'ailleurs à la sanctionner. Si dans un premier temps il envisage la dignité humaine comme fondement du droit à la vie, il reconnaît en outre que l'article 1 de la loi fondamentale allemande oblige explicitement l'État à respecter et protéger la dignité humaine. Il conclut d'ailleurs que la vie humaine et la dignité de l'homme jouissent de la même protection constitutionnelle indépendamment de la durée de l'existence physique de l'être humain[3]. Il semble qu'ici encore, le juge allemand reconnaisse

[1] *Ibid.*, cons. 45, « These conclusions can basically be affirmed. If § 1 of the UWG is interpreted in such a way that pictorial advertising that violates the human dignity of the persons depicted is contrary to public policy, this interpretation is constitutionally unobjectionable. It takes a protected interest into consideration that justifies restrictions of the freedom of expression, even in the particularly sensitive area of social and political criticism. Article 1.1 of the Basic Law obliges the state to protect all human beings from attacks on human dignity, like humiliation, branding, persecution, ostracism, etc. (cf. BVerfGE 1, p. 97 [at p. 104]). Advertisements that, in a manner that violates human dignity, exclude individuals or groups of persons from human society or that disparage, deride or ridicule them in any other way, can, in principle be banned under competition law even if they enjoy the protection of the fundamental rights regarding communication provided by article 5 of the Basic Law or any other protection provided by fundamental rights ».

[2] C.C.F.A., 15 février 2006, loi sur la sûreté de l'aviation, n°1 BvR 357/05.

[3] *Ibid.*, cons. 118 : « In view of this relation between the right to life and human dignity, the state is prohibited, on the one hand, from encroaching upon the fundamental right to life by measures of its own, thereby violating the ban on the disregard of human dignity. On the other hand, the state is also obliged to protect every human

une obligation de respect et de protection spécifique de la dignité humaine qu'il conçoit comme indépendante et du même niveau que celle accordée aux autres droits fondamentaux. L'ordre juridique constitutionnel allemand présente donc effectivement une telle autonomisation de la dignité humaine. Cette conception au même titre que la première envisagée au fondement des droits fondamentaux, appartient à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne. Cette dernière remarque vaut d'autant plus lorsque l'on constate l'importance que lui accordent la loi fondamentale et le juge constitutionnel allemand.

638. Cette conception de la dignité humaine fut également observée dans la jurisprudence française. Le fameux arrêt du Conseil d'État dit « du lancer de nain » en est un exemple criant[1]. Un arrêté communal, venant interdire ce type de projectile pour raison d'ordre public, fut avalisé par la haute juridiction administrative, le juge considérant que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public »[2]. Cette considération le porta à opposer et faire primer le principe de respect de la dignité humaine sur la liberté du commerce et de l'industrie, cette exhibition étant en effet le seul moyen de subsistance dudit nain. L'ensemble de ces considérations sont fortement similaires à celles retenues par la juge allemand, la dignité analysée comme composante de l'ordre public, prime sur un autre droit fondamental et bénéficie d'une protection spécifique.

Toutefois, à l'instar de Bertrand Mathieu, « [on] regrettera que le juge administratif n'ait pas jugé utile de faire référence au fondement constitutionnel du principe, on souscrira néanmoins à son raisonnement »[3]. Pourtant, les conclusions du commissaire du Gouvernement y faisaient expressément référence. Rappelant ainsi la valeur constitutionnelle du principe selon la formule du Conseil constitutionnel, le commissaire rappelait en outre que « l'impératif de respect de la dignité de la personne humaine compte au nombre de ceux placés au sommet des exigences de notre système juridique »[4]. Cet arrêt permet ainsi d'observer une approche similaire à celle empruntée par l'Allemagne.

---

life. This duty of protection demands of the state and its bodies to shield and to promote the life of every individual, which means above all to also protect it from unlawful attacks, and interference, by third parties (see BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 56, 54 (73)). Also this duty of protection has its foundations in article 1.1 sentence 2 of the Basic Law, which explicitly obliges the state to respect and protect human dignity (see BVerfGE 46, 160 (164); 49, 89 (142); 88, 203 (251)) » ; et 130 : « Human life and human dignity enjoy the same constitutional protection regardless of the duration of the physical existence of the individual human being ».

[1] C.E., 27 octobre 1995, Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, n°136727.

[2] *Ibid.*, cons. 2.

[3] MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Recueil Dalloz*, 1996, pp. 282.

[4] Conclusions FRYDMAN P., CE, 27 oct. 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, *RFDA*, 1995, p.1204, III.

En outre, comme précédemment évoqué dans le cadre de la jurisprudence allemande, une partie de la doctrine française considéra à propos de cette affaire que « la défense de la dignité n'a plus affaire à l'individu "libre" mais à l'individu qui appartient à l'humanité »[1]. Si la dignité peut, dans cette conception être envisagée comme un principe, voire un droit fondamental autonome, encore une fois ce droit ne peut que difficilement être conçu subjectivement. Il s'agirait alors d'une « conscience collective nationale » et d'un droit, pour les membres de la société de laquelle elle émerge, à la voir respectée. De telle sorte qu'en associant la dignité à l'ordre public, « le Conseil d'État a "nové" la moralité publique - quatrième composante de l'ordre public, à côté du bon ordre, de la sûreté et de la salubrité - en "dignité de la personne humaine" »[2]. Cette vision de la dignité ne peut donc absolument pas être confondue avec la première envisagée. Si dans le premier cas la dignité est envisagée au renfort des droits fondamentaux dans le cadre d'une garantie subjective de ceux-ci, dans le second cas elle est autonome, en opposition à ces même droits et fait l'objet d'une garantie essentiellement collective, ce qui justifie le recours à l'ordre public.

639. Cette conception spécifique de la dignité humaine ne trouve pas écho dans l'ensemble des ordres juridiques nationaux des États membres, pas plus qu'elle ne semble le trouver dans le droit de l'Union qui toutefois précise, dans une déclaration polonaise annexée à la CDF, que cette dernière « ne porte pas 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 »[3]. Ce dernier éclaircissement fut toutefois considéré par certains comme « superflu » dans la mesure où « rien dans la Charte ne [justifiait] raisonnablement la crainte qu'elle puisse faire le contraire »[4].

Il faudra donc déterminer si la juridiction de l'Union respecte cette vision purement nationale de la dignité et par voie de conséquence, si elle respecte ce pan de l'identité constitutionnelle notamment Allemande. Pour ce faire, seront successivement envisagées deux affaires portées devant la juridiction de l'Union, la première permettra de soulever l'éventualité d'une conception équivalente de la dignité au sein de l'Union (A). La similarité

[1] EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Recueil Dalloz* 1997, pp. 185-192, point 18 ; Voir également MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », précité : « En l'espèce, le lancer de nain est contraire à la dignité car c'est le caractère de personne humaine du nain qui est nié et à travers lui celle des personnes qui souffrent du même handicap ».
[2] *Ibid.*, point 21.
[3] Déclaration de la Pologne n° 61 annexée à la CDF.
[4] ROSSI L.-S., « Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne », *op.cit.*, p. 619.

conceptuelle rejetée par la Cour dans la seconde affaire, permettra ensuite d'observer une conciliation opérée par le juge entre l'autonomisation allemande de la dignité humaine et les libertés fondamentales de circulation de l'Union (B).

A) La quête infructueuse d'une interprétation équivalente en droit de l'Union

640. Dans le cadre du premier arrêt[1], la Cour de justice eut à envisager le recours en annulation adressé par les Pays-Bas à l'encontre d'une directive ayant pour objet un rapprochement des législations en matière de protection des inventions biotechnologiques[2]. L'un des arguments du requérant visait à considérer que la brevetabilité qui découlerait d'un article de la directive équivaudrait « à une instrumentalisation de la matière vivante humaine, attentatoire à la dignité de l'être humain »[3]. La réponse formulée par le juge présente plusieurs réflexions particulièrement intéressantes.

641. Tout d'abord, le juge rappelant sa compétence pour contrôler la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit de l'Union, dont fait partie le respect de la dignité humaine, envisage cette dignité au côté du droit à l'intégrité physique, en tant qu'un seul et même droit fondamental. Cette vision de la dignité recoupe *prima facie* celle envisagée au fondement des droits fondamentaux. Elle semble par ailleurs faire référence à un considérant précédemment envisagé de la directive concernée[4]. Toutefois le juge sépare immédiatement les deux notions pour envisager leur respect de façon distincte, ce qui semble permettre une autonomisation de la protection accordée à la dignité humaine au sein de l'ordre juridique de l'Union[5].

Cette autonomisation est du reste sans équivoque lorsque l'avocat général Jacobs constate dans ses conclusions relatives à l'affaire qu' « [il] *ne saurait faire aucun doute, selon nous, que les droits invoqués par le royaume des Pays-Bas sont effectivement des droits fondamentaux, dont l'ordre juridique communautaire doit assurer le respect. Le droit à la dignité humaine est peut-être le droit le plus fondamental de tous, et il se trouve à présent consacré à l'article 1er de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui*

[1] CJCE, 9 octobre 2001, Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, Aff. C-377/98.
[2] Directive n° 98/44/CE, précitée.
[3] Arrêt Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, précité, *point* 69.
[4] Directive n° 98/44/CE, précitée, cons. 38 ; voir supra (§627).
[5] Arrêt Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, précité, points 70 et 71 ; voir dans le même sens, DUBOUT E., « La dignité dans la jurisprudence de la CJCE », *op.cit*, pp. 91-92.

énonce que la dignité humaine est inviolable et doit être respectée et protégée »[1]. La dignité humaine semble donc ici recouvrir une dimension autonome en tant que principe général du droit voire en tant que droit fondamental.

642. Toutefois le juge ne s'arrêta pas à cette première constatation et, poursuivant son analyse, celui-ci fut conduit à envisager l'éventuelle atteinte portée à ce droit fondamental fraîchement consacré. Il décèle alors, au sein de la directive, plusieurs mécanismes permettant de garantir le respect de la dignité humaine. Le premier de ces mécanismes vise à garantir l'indisponibilité du corps humain dans son ensemble, le second exclut la brevetabilité d'éléments du corps dans leur environnement naturel qui ne seraient dès lors pas associés à un procédé technique permettant de les isoler ou de les produire en vue d'une application industrielle. Par ailleurs, le juge voit dans l'article 6 de la directive une sécurité additionnelle, dans la mesure où celui-ci dispose d'une liste indicative de procédés exclus de toute brevetabilité en raison de leur contradiction avec l'ordre public ou les bonnes mœurs. Il procède de plus à une lecture croisée de cet article avec le considérant 38 de la directive, pour arguer que « cette liste n'est pas exhaustive et que tous les procédés dont l'application porte atteinte à la dignité humaine doivent être également exclus de la brevetabilité »[2]. Il semble donc, du moins dans le domaine des biotechnologies, que la protection d'une dignité humaine, autonomisée par le juge, passe comme dans le cadre des États membres par les mesures d'ordre public et plus spécifiquement par les bonnes mœurs qui se rattachent aisément à la notion de moralité publique. La Cour conclura ainsi que « la directive encadre le droit des brevets de façon suffisamment rigoureuse pour que le corps humain demeure effectivement indisponible et inaliénable et qu'ainsi la dignité humaine soit sauvegardée »[3].

643. Cet arrêt fut pour plusieurs raisons vivement critiqué par la doctrine[4]. Un premier élément de cette critique repose sur l'ambiguïté relative à la définition de la dignité humaine. L'absence de définition de la dignité humaine, préalablement abordée, n'était pas un frein à son utilisation en tant que principe d'interprétation des droits fondamentaux et de leur respect communément admis par l'ensemble des ordres juridiques. Le juge ne s'appuyait alors que sur la seule base juridique de ces-dits droits, clairement définis en tant que norme, pour

[1] Conclusions JACOBS F., CJCE, 14 juin 2001, Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, Aff. C-377/98, point 197.
[2] Arrêt Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, précité, point 76.
[3] *Ibid.*, point 77.
[4] Voir notamment, MAUBERNARD C., « Le "droit fondamental à la dignité humaine" en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDH*, 2003, pp. 483-513.

formuler sa réponse. La dignité n'intervenait que de manière subsidiaire et se colorait au contact de ces droits. Son utilisation autonome sans définition préalable est en effet conceptuellement problématique[1].

Ainsi, elle conduit premièrement le juge à consacrer un droit fondamental sans définition matérielle, ni interprétation autonome de celui-ci, ce qui ne peut garantir ni cohérence ni sécurité juridique, d'autant plus si le respect de la dignité est entendu comme une « notion droit »[2] et non comme norme. Cette carence aurait pu à tout le moins être comblée par un renvoi aux traditions constitutionnelles des États membres, ce qui étonnamment ne figure pas dans la décision de la juridiction de l'Union. Ensuite, elle conduit à une difficulté supplémentaire, celle du risque de divergence de sa conceptualisation selon l'ordre juridique qui l'emploie et ce, au gré des interprétations juridictionnelles. Ce constat figure parmi les réflexions de Christophe Maubernard qui, sur les formulations de la Cour retient deux natures possibles d'une dignité autonomisée, natures pour lesquelles le juge n'a procédé à aucune précision. Celle-ci pourrait être un droit fondamental subjectif qui suivrait ainsi le même régime juridique que les autres droits fondamentaux ou un méta-principe au travers duquel la dignité acquerrait « une dimension nouvelle qui [n'épargnerait] aucun domaine et [devrait] être respectée dans tous les cas, c'est-à-dire prévaloir en toutes circonstances »[3]. Ainsi, si le juge dévoile l'existence d'un principe général du droit ou d'un droit autonome venant garantir le respect de la dignité humaine, il n'en précise aucunement la nature ou la portée.

Enfin, la connexion entre le respect de la dignité humaine et les mesures d'ordre public ou de moralité publique établie par le juge serait également équivoque. En effet, le seul moyen de protection au sein de l'Union, de ce qui était qualifié par l'avocat général Jacobs de « droit le plus fondamental de tous » au sein des droits respectés par l'Union, relève de mécanismes largement maîtrisés par les États membres : les exceptions pour raisons d'ordre public. Eux seuls, sous le contrôle restreint de la Cour sont en effet à même de définir les raisons qui justifient de recourir à ce genre de mesures. Aussi, il semblerait qu'une protection

[1] *Ibid.*, note 34. L'auteur qualifie la dignité de « notion droit » qu'il définit comme « une notion qui n'est pas issue dans tous les cas du domaine juridique *stricto sensu* (comme ici la dignité humaine ou un autre principe éthique) mais dont les implications juridiques sont néanmoins essentielles et font l'objet d'une appréhension aussi bien par le législateur que par le juge, sans toutefois que leur degré de contrainte à l'égard des différents sujets de droit soit pleinement établi ; en d'autres termes, la "notion" ne remplit pas les critères essentiels d'une "norme" ».

[2] *Ibidem*.

[3] *Ibid.*, pp. 490-491. L'auteur, pour établir les deux natures possibles de la dignité autonomisée s'appuie successivement sur les travaux de MATHIEU B. « La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales », Recueil Dalloz, 2001 et sur les recherches de EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *op.cit.*

autonome de la dignité humaine par ce type de moyen ne puisse garantir une vision véritablement commune ou du moins harmonisée de la dignité. C'est ainsi que Christophe Maubernard considère que « [fonder] la validité du respect du droit à la dignité humaine sur les dispositions relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs suppose d'admettre l'existence de critères ou de standards éthiques distincts d'un État membre à l'autre [...] »[1]. Cette démarche ne serait-elle pas un moyen de contourner les difficultés de conceptualisation commune d'une dignité humaine autonomisée, en renvoyant la balle aux juridictions nationales ?

Dans un cadre aussi hétérogène, le recours à la clause d'ordre public ou de moralité publique paraît être le seul moyen de ne pas porter atteinte à l'identité constitutionnelle des États membres, ces derniers restant à même de garantir, à la notion autonomisée de la dignité, le niveau de protection qu'ils entendent ou non lui donner. Mais alors pourquoi le juge a t'il initialement consacré la dignité humaine comme un droit fondamental, dont la Cour assure le respect, si c'est pour ensuite confier aux États le soin de sa protection ?

644. Cette décision, par le flou orchestré autour de la portée et de la définition d'une protection ainsi conçue de la dignité humaine, ne permet finalement pas véritablement de conclure qu'il existe dans l'ordre juridique de l'Union, un principe ou un droit fondamental autonome et effectif, garantissant de façon intégrée et systématique le respect de la dignité par l'Union. Cet arrêt a finalement ouvert plus de portes à l'interrogation qu'il n'en a fermées par sa solution. L'affaire Omega confronta également la Cour à une telle conceptualisation de la dignité, le juge apportera alors une réponse sensiblement différente, mais toutefois plus cohérente et tout aussi satisfaisante pour le respect de l'identité constitutionnelle des États membres en la matière.

B) La reconnaissance d'une acception nationale de la dignité humaine dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions

645. Omega, société allemande se fournissant auprès d'une société britannique pour son équipement, proposait en Allemagne un jeu au cours duquel les participants munis d'armes factices à visée laser devaient affronter d'autres participants en se tirant mutuellement dessus. L'autorité publique nationale compétente avait alors pris un arrêt d'interdiction d'une telle

[1] *Ibid.*, p. 500.

pratique, considérant qu'une activité même ludique visant à la simulation d'acte d'homicide était contraire à l'ordre public, puisque portant atteinte aux valeurs fondamentales prévalant dans l'opinion publique.

Par un recours en interprétation préjudicielle, le juge allemand demandait alors en substance à la Cour de justice si « *l'interdiction d'une activité économique pour des raisons tirées de la protection de valeurs fondamentales consacrées par la constitution nationale, telles que, en l'occurrence, la dignité humaine,* [était] *compatible avec le droit communautaire et, d'autre part, si la faculté dont disposent les États membres de restreindre, pour de telles raisons, des libertés fondamentales garanties par le traité, à savoir les libertés de prestation de services et de circulation des marchandises, est subordonnée, comme pourrait l'indiquer l'arrêt Schindler, à la condition que cette restriction repose sur une conception du droit commune à tous les États membres* »[1].

Si le juge reconnaît l'existence d'une restriction, ce qu'il ne tarde d'ailleurs pas à faire à propos de la libre prestation de services[2], alors une telle question est à double titre particulièrement intéressante pour le cadre présent d'analyse. D'abord, elle conduit inévitablement le juge à s'interroger de nouveau sur la portée et la nature du principe autonomisé de respect de la dignité humaine en droit de l'Union, afin de déterminer si une éventuelle similarité conceptuelle avec l'ordre juridique allemand peut être décelée. Puis, en cas d'échec dans cette entreprise, le juge sera contraint de déterminer si une interprétation nationale spécifique, portant sur un élément si fondamental, peut justifier cette restriction. En filigrane, un élément tiré de l'identité constitutionnelle d'un État membre, fût-il spécifique, peut-il lui permettre de déroger aux obligations les plus fondamentales qui découlent du traité ? L'importance de cette décision est donc également de taille afin de déterminer si la Cour de justice prend en compte l'interprétation proprement nationale d'une disposition qui relève également du droit de l'Union et si elle garantit à ce titre un certain équilibre entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux ou si au contraire elle fait prévaloir en toute occasion celui de l'Union.

646. Caractérisant donc l'existence d'une restriction portée à l'encontre de la libre prestation de services par la mesure nationale litigieuse, le juge de l'Union se lance sur le terrain des raisons d'ordre public dont dispose le traité et pouvant, à titre d'exception, justifier

[1] CJCE, 14 octobre 2004, Omega, Aff. C-36/02, point 23.
[2] *Ibid.*, point 25, pour de plus amples précisions sur la détermination de la restriction opérée par la mesure à l'encontre de la libre circulation des services.

ce type de restrictions. Ce choix est logique, car il correspond au motif invoqué dans son propre ordre juridique par l'autorité de Bonn, pour justifier l'interdiction de l'activité concernée, à savoir un danger menaçant l'ordre public. Ce choix est d'autant plus cohérent, qu'il est par ailleurs conforme aux analyses précédemment retenues et antérieurement observées par le juge du Luxembourg dans l'arrêt portant sur les biotechnologies, selon lesquelles, la protection d'une dignité humaine autonomisée par l'État, au sein de l'ordre juridique de l'Union, passerait par l'invocation des raisons d'ordre public ou relatives aux bonnes mœurs.

Toutefois dans le premier arrêt, le juge semblait bien reconnaître à la dignité humaine une dimension autonome au sein même de l'ordre juridique de l'Union, en tant que principe, voire en tant que droit fondamental[1]. Tel n'est pas le cas ici, puisque dans l'arrêt Omega, la Cour a redéfini la portée du respect de la dignité humaine dans le droit de l'Union. Est d'abord rappelé, assez classiquement, la jurisprudence constante relative à l'insertion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union en tant que principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, en s'inspirant notamment des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Bien que lapidaire, notamment eu égard aux conclusions très développées de l'avocat général sur ce point[2], le juge considère donc toujours que « [...] l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit »[3]. Aucun élément nouveau à ce stade, puisque comme le constate l'avocat général à propos de la décision sur les biotechnologies, la qualification du principe de respect de la dignité humaine comme principe général du droit de l'Union ne permet pas de déterminer, si elle en fait l'objet en tant que « principe d'évaluation », ou en tant que « droit fondamental autonome ou comme le fondement autonome d'un droit susceptible d'être invoqué en justice »[4]. Cette inspiration tirée des traditions constitutionnelles communes aux État membres conduit le juge à immédiatement préciser « [...] 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 autonome »[5].

[1] Voir *supra*.
[2] Conclusions STIX-HACKL C., CJCE, 18 mars 2004, Omega, Aff. C-36/02, points 88 à 93.
[3] Arrêt Omega, précité, point 34.
[4] Conclusions STIX-HACKL C., CJCE, Omega, précitées, point 90.
[5] *Ibidem*.

647. Ainsi bien que compatible avec le droit de l'Union, cette vision allemande autonome de la dignité ne trouve pas sa pareille, ni dans le droit de l'Union, ni dans les traditions constitutionnelles communes. Le juge a ici adopté une position identique à celle de son avocat général. En effet, ce dernier, bien que s'interrogeant également sur la portée extensive conférée à la dignité humaine par la jurisprudence antérieure sur les biotechnologies, mettait en garde le juge sur l'absence de définition matérielle de ce principe en droit de l'Union. Il précisait ainsi que « [comme] *la notion de dignité humaine ne peut être appliquée en l'état, sans être explicitée, la Cour de justice ne sera sans doute guère en mesure [...] de mettre sur le même rang la portée attributive de droits de la garantie de la dignité humaine inscrite dans la loi fondamentale allemande à celle de la garantie de la dignité humaine découlant du droit communautaire* »[1]. Si dans l'arrêt précédent, il était étonnamment difficile de saisir la portée exacte en droit de l'Union du respect de la dignité humaine, il apparaît désormais avec exactitude que le droit de l'Union n'intègre pas de vision autonome de celle-ci. La dignité n'y est donc seulement envisagée qu'à l'aune de sa conception la plus répandue, la plus commune, à savoir en tant que principe d'interprétation des autres droits fondamentaux.

Cette solution est la seule véritable qui s'offrait au juge, puisque reconnaître la conception allemande du respect de la dignité humaine comme équivalente à la conception de l'Union aurait conduit le juge à l'imposer également aux autres États, même contre leur propre conception de ce principe et en dehors de tout réel fondement normatif. Il n'est toutefois pas évident que le juge, après l'entrée en vigueur de la CDF et l'insertion de la dignité dans le droit primaire, eut retenu la même solution, en effet la formulation de la dignité au sein de la Charte est très proche de la formule constitutionnelle allemande. Toutefois aucun élément jurisprudentiel ultérieur n'est venu permettre de le déterminer, même si la doctrine s'accorde parfois à le penser[2].

648. C'est au constat d'une divergence entre la conception allemande et européenne de la dignité que le juge fut conduit à confronter directement une disposition constitutionnelle nationale aux libertés de circulation par le biais des raisons d'ordre public. Assurément, l'inexistence d'une conception partagée de la dignité entre les deux ordres juridiques ne

[1] *Ibid.*, point 92.

[2] Voir par exemple ALEMANNO A., « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur, quelques réflexions à propos des arrêts Schmidberger et Omega », *RDUE*, 2004, p. 741, Selon l'auteur, à propos du TECE qui n'avait alors pas encore été soumis aux États membres, il est raisonnable de « prévoir que se posera bientôt la question de savoir si le respect et la protection de la dignité humaine, telle que visée par ces articles [article 2 TUE et article II-61 TECE], est non seulement un principe constitutionnel de portée générale dans la nouvelle Constitution, mais également un droit fondamental autonome ». Cette interprétation vaut tout autant pour le traité de Lisbonne.

pouvait lui permettre de concilier la liberté de circulation concernée avec une disposition équivalente tirée du droit de l'Union, comme cela sera observé par la suite dans le cadre de l'arrêt Schmidberger[1].

Le choix, opéré par le juge, des raisons d'ordre public apparaît donc plus cohérent ici que dans l'arrêt sur les biotechnologies, car il s'agit pour l'Union, non plus d'évaluer la conformité de sa législation aux droits fondamentaux qu'elle protège, mais de permettre à un État membre de faire respecter sa propre vision constitutionnelle d'un droit fondamental. C'est d'ailleurs ce que relève indirectement le juge lorsqu'il rappelle que « *les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité* »[2]. Seule la menace d'un intérêt fondamental peut justifier le recours aux exceptions dont dispose le traité, toutefois la marge d'appréciation accordée aux États leur permet par ce moyen de faire garantir le respect de leur identité dans la mesure où sa préservation est pour leur part un intérêt fondamental. C'est pourquoi le juge conclut d'ailleurs, que la conception spécifique allemande de la dignité ne rend pas incompatible cet objectif avec le droit de l'Union, lorsqu'il est invoqué dans l'objet de justifier une restriction portée à l'encontre des libertés de circulation, alors même que l'Union ne lui retiendrait pas une conception similaire.

C'est enfin parce que le juge a recours aux raisons d'ordre public qu'il lui est ensuite permis d'envisager la situation au regard du droit national. Précisant alors au cours de son examen de proportionnalité que la mesure « [...] correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la Constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne », le juge conclut donc que la mesure ne portait pas une atteinte injustifiée à la libre prestation de service. La reconnaissance de cette large marge d'appréciation étatique relative à la définition du niveau de protection de la dignité humaine fut ainsi envisagée par certains comme une conséquence de la circonspection de la Cour, lorsqu'elle doit s'engager sur le terrain des traditions constitutionnelles des États membres[3]. En reconnaissant une interprétation constitutionnelle nationale spécifique d'un droit fondamental, comme pouvant justifier une restriction aux libertés de circulation par le biais

[1] Voir *infra* (§662).
[2] Arrêt Omega, précité, point 31.
[3] CURZON S., « Fundamental rights and the internal market. The state of affairs following Schmidberger and Omega », *in* RIDEAU J*., Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 123 : « In doing so, however, the Court leaves a wide margin of discretion to member States as regards the determination of the level of protection to be applied. Such an approach, particularly apparent in Omega, is certainly a consequence of the Court's cautiousness when dealing with the constitutional traditions of member states ».

des raisons d'ordre public, ainsi qu'en validant la proportionnalité de la mesure au regard du niveau national constitutionnel de protection dudit droit fondamental, la Cour fait ainsi preuve d'un réelle déférence à l'égard de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne sans toutefois explicitement le mentionner[1].

649. L'arrêt Omega permet donc de considérer que les droits fondamentaux, même lorsqu'ils font l'objet d'une interprétation nationale divergente, autorisent la limitation de ce que le droit de l'Union a de plus fondamental, ses libertés de circulation. Sur cette évolution remarquable de la jurisprudence, Dominique Ritleng considère que « ce n'est sans doute pas un hasard [si] cette première manifestation directe quoique implicite, de respect dû à l'identité constitutionnelle nationale soit intervenue au moment de la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe »[2]. Il est vrai que le juge limite l'engouement que peut susciter cette décision, en ne mentionnant pas de façon expresse le respect dû à l'identité nationale des États membres, alors que tous les éléments de son raisonnement le présupposait à le faire. À ce propos, Jean-Denis Mouton observe que « [même] *si dans cet arrêt, la clause du respect de l'identité nationale n'apparaît pas expressément dans l'argumentation développée devant la haute juridiction communautaire, celle-ci admet [...] que les particularités constitutionnelles liées à l'identité nationale soient prises en compte, ici pour limiter une liberté fondamentale, là pour élargir un droit* »[3]. Cela peut sans doute s'expliquer par le fait que le traité constitutionnel n'avait pas encore été rejeté et que le traité de Lisbonne n'existait bien évidemment pas. Ainsi les références à l'identité nationale, dont le principe du respect est dorénavant bien plus affirmé, n'étaient alors que balbutiantes dans les traités, de telle sorte que ce principe échappait d'ailleurs aux compétences de la Cour.

En effet, comme le constate Jean-Paul Jacqué, « *l'article I-5 impose à l'Union de respecter l'identité nationale des États "inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles". Or les droits fondamentaux constituent un élément constitutionnel de cette identité. En outre, la Constitution contient une obligation d'interpréter la Charte des droits fondamentaux en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes. Ces dispositions devraient fournir un ancrage plus solide pour*

[1] Voir en ce sens, LEVADE A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable », *op.cit.*, p. 124.
[2] RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op.cit.*, p. 29.
[3] MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *op.cit.*, pp. 412-413.

une jurisprudence qui tiendrait largement compte des droits fondamentaux nationaux »[1]. À tout le moins, elles auraient peut-être permis au juge d'explicitement fonder sa décision sur le principe du respect de l'identité nationale des États membres, au moyen de ce qu'est dorénavant la formulation de l'article 4§2 TUE. Quoi qu'il en soit et quelle que soit la formulation employée, il ne fait aucun doute que le juge ici respecte l'identité constitutionnelle allemande dans laquelle est incluse le respect de la dignité humaine en tant que droit fondamental autonome. Cette solution de la Cour fut ainsi qualifiée de « manifestation de sagesse » par Jean-Paul Jacqué, celle-ci évitant tout conflit entre les deux ordres juridiques[2]. Ce dernier ne manque pas de noter toutefois que « *cette prudence n'implique pas une absence de contrôle puisqu'est vérifiée non seulement la reconnaissance du droit revendiqué par l'ordre communautaire* [le degré de protection fut-il différent], *mais également la proportionnalité ainsi que l'absence de toute discrimination* »[3]. La faculté des États membres d'invoquer une spécificité constitutionnelle relative à la protection des droits fondamentaux est donc ouverte, mais cette ouverture n'est pour autant pas gage d'un blanc-seing à leur profit. Cette décision peut toutefois et à juste titre être considérée comme « le fer de lance d'un pluralisme constitutionnel européen »[4].

650. Le respect de la dignité humaine, aussi bien dans sa conception commune en tant que principe d'interprétation des autres droits fondamentaux, qu'en tant que droit fondamental autonome, semble être admis par la Cour de justice, certes comme un élément relevant de l'identité constitutionnelle de l'État membre, mais également pour partie comme valeur à la base de son propre ordre juridique. Si dans le premier cas, elle respecte cette valeur au moyen d'une conception partagée et d'une protection intégrée, force est de constater que dans le second cas elle en vient à la même solution par la prise en compte cette fois d'une interprétation nationale spécifique.

---

[1] JACQUÉ J.-P., « Protection nationale des droits fondamentaux et libertés fondamentales communautaires : conflit ou conciliation (Arrêt du 14 octobre 2004, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-Gmbh, affaire C-36/02) », *L'Europe des libertés*, juin 2005.

[2] JACQUÉ J.-P., « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 360. Voir également ALEMANNO A., « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur, quelques réflexions à propos des arrêts Schmidberger et Omega », *op.cit.*, p. 740, « Une telle approche, indéniablement marquée par un certain degré de prudence vis-à-vis de l'autonomie constitutionnelle de chaque État membre, semblerait avoir le mérite de trouver un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamentaux. Une telle attention aux diversités existant entre les catalogues des droits fondamentaux des États membres dans l'appréciation de la proportionnalité, vise à garantir que le degré de protection de chaque droit constitutionnel, reflétant souvent l'histoire et la politique culturelle de l'État, soit dûment pris en compte et respecté dans l'application des règles régissant les échanges ».

[3] *Ibidem*.

[4] DUBOUT E., « La dignité dans la jurisprudence de la CJCE », *op.cit*, p. 101.

Au premier abord, le respect de la dignité est ainsi l'un des exemples les plus patents de la possibilité pour les États de se prévaloir des droits fondamentaux tels qu'ils les garantissent au sein de leur ordre juridique constitutionnel, pour justifier la restriction d'une liberté de circulation et pourrait ainsi être perçu comme un affaiblissement de l'unité du droit de l'Union. Néanmoins, il met également en lumière l'existence d'une conception en partie partagée, propre à nourrir l'idée d'une convergence des systèmes de protection des droits fondamentaux et des valeurs qui les sous-tendent. D'ailleurs, si la Cour accepte aussi facilement l'interprétation allemande de la dignité humaine, c'est aussi parce qu'elle a pu identifier cette valeur comme étant au fondement de son propre ordre juridique. Ainsi, loin de rompre totalement avec l'unité du droit de l'Union, la prise en compte de cette interprétation spécifique met en exergue le partage de valeurs qui, propres au constitutionnalisme libéral, irriguent désormais le droit de l'Union. En somme, si l'Union reconnaît que les pouvoirs politiques nationaux sont soumis au respect de la dignité humaine, même dans le cadre de l'application du droit de l'Union, c'est parce que son propre pouvoir politique l'est également, de sorte qu'elle ne puisse empêcher un État de faire prévaloir une valeur qu'elle-même est contrainte de respecter et ce même s'il s'agit là d'une appréciation nationale spécifique.

Une analyse des autres droits fondamentaux invoqués par les États membres devant la Cour sera toutefois nécessaire, d'une part pour compléter cette première réflexion relative à l'émergence d'un constitutionnalisme libéral dans l'ordre juridique de l'Union, construit sur les valeurs communes aux États membres et, d'autre part pour confirmer le maintien d'un certain équilibre entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux.

Section 2 : L'utilisation par l'État de droits fondamentaux devant la Cour de justice

651. Il s'agit ici d'observer les droits fondamentaux, qui identifiés par les États comme relevant de leur identité constitutionnelle, furent utilisés par ces derniers devant la Cour de justice, dans l'objet de se soustraire à l'application du droit de l'Union ou dans celui de contester la légalité de sa législation. Dans ce cadre, l'attention sera portée d'une part sur les droits à la liberté d'expression et de mener des actions collectives, qui furent employés dans une acception partagée avec l'ordre juridique de l'Union (§1) et d'autre part le droit au procès équitable qui parfois d'acception partagée, parfois d'acception nationale spécifique fut notamment utilisé dans le cadre d'instruments juridiques portant sur la coopération judiciaire entre les États (§2).

Paragraphe 1 : L'utilisation de droits fondamentaux bénéficiant d'une acception commune

652. Deux premiers droits fondamentaux, bénéficiant d'une acception commune, ont été utilisés par les États membres devant la Cour de justice et doivent dès lors être envisagés. Cet examen permettra de déterminer si les États membres sont en mesure de justifier des restrictions, portées à l'encontre des libertés de circulation, par l'invocabilité de droits fondamentaux, qu'ils ont certes reconnus comme relevant de leur identité constitutionnelle, mais qui surtout ont été absorbés par l'ordre juridique de l'Union. Il permettra alors d'évaluer la réception par la Cour de ces justifications tenant au respect des droits fondamentaux, mais également d'en mesurer la force juridique au regard de l'importance des principes du droit de l'Union menacés. Ainsi cet examen est susceptible de mettre en exergue le devoir de l'Union d'articuler liberté de circulation et droits fondamentaux en tant qu'ensemble de principes et de valeurs relevant désormais de son propre ordre juridique, de telle sorte que même si la balance penche en faveur de la protection des droits fondamentaux, ce soit en définitive le droit de l'Union qui prime, sans que soit dès lors atteinte son unité.

En premier lieu, le droit à la liberté d'expression fut invoqué au côté du pluralisme, dans l'objet de justifier des restrictions portées à l'encontre de la libre prestation de service, mais également de façon autonome dans le cadre de la libre circulation des marchandises (A). Ensuite le droit de grève et de recourir à des actions collectives, fut utilisé pour sa part, afin de justifier des entraves portées à l'encontre du droit d'établissement, ainsi qu'envers la libre prestation de services (B).

A) L'utilisation du droit à la liberté d'expression devant la Cour de justice

653. Les origines de la liberté d'expression remontent au XVIIIème siècle. D'abord balbutiante en Angleterre, elle fut indirectement mise en place par un net recul de la censure, pour ensuite trouver une base juridique plus solide. Les États-Unis en 1791[1], à l'instar de la France en 1789, l'inclurent dans leur déclaration respective de droits, afin de lui conférer la valeur fondamentale qui lui est désormais reconnue. La DDHC la formula ainsi : « [la] libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette

[1] Constitution américaine, 1791, 1er Amendement.

liberté dans les cas déterminés par la loi »[1]. Ce dernier fondement, en plus de donner une définition fiable de la liberté d'expression, renseigne sur sa portée. Si sa valeur est fondamentale, sa portée n'est pas absolue, pouvant souffrir de restrictions en raison du respect de l'ordre public ou d'autres libertés et droits fondamentaux, celle-ci n'a cessé de fluctuer au gré des mœurs et des époques. De plus sa constitutionnalisation en France ne fut véritablement effective qu'en 1946, date à laquelle la Constitution de la quatrième République l'intégra dans son préambule. D'ailleurs le pluralisme, notion étroitement liée à la liberté d'expression, fut également consacré, mais cette fois par le Conseil constitutionnel, en tant que principe à valeur constitutionnelle[2]. De nombreux autres États membres ont également procédé en des termes similaires, quoique parfois plus modernes, à la constitutionnalisation du droit à la liberté d'expression tels que par exemple l'Allemagne, l'Espagne, le Luxembourg, la Slovaquie ou encore les Pays-Bas[3]. En outre l'ensemble des États membres sont parties à la CEDH qui leur impose clairement le respect de cette liberté[4].

654. I convient désormais d'analyser comment l'Union appréhende cet élément dans le cadre de son droit primaire. L'outil adéquat est donc celui de la CDF car les traités se limitent à l'affirmation du respect des droits fondamentaux de manière générale. L'article 11 de la charte stipule ainsi que « [toute] personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ». Un second alinéa vient de plus préciser que « [la] liberté des médias et leur pluralisme sont respectés »[5]. Aussi, ce premier apport corrobore une consécration de cette liberté par l'Union, de même nature que celle opérée par les États membres, elle permet donc de supposer que leur identité constitutionnelle est à ce même titre respectée par une protection intégrée. Par ailleurs la future adhésion de l'Union à la CEDH et la référence à celle-ci dans la CDF impliquent une vision de la liberté d'expression conforme à celle dégagée par la Cour EDH, l'obligation de son respect s'imposant désormais tant à l'Union qu'aux États parties. Pour confirmer ces suppositions, il convient donc de procéder à une analyse de la jurisprudence de

[1] DDHC, 1789, article 11.
[2] Voir C.C., 11 octobre 1984, limitation de la concentration, transparence financière et pluralisme des entreprises de presse, n°86-181 DC.
[3] Loi fondamentale allemande, précitée, article 5 al. 1 et 2 ; Constitution luxembourgeoise, précitée, article 24 ; Constitution espagnole, précitée, article 16 al. 1 ; Constitution slovaque, 1992, article 26 al. 1-4 ; Constitution néerlandaise, précitée, article 7.
[4] Article 11 CEDH.
[5] Pour une analyse des apports de la CDF notamment dans le cadre de la liberté d'expression, voir GAMET L., « Les libertés d'expression, de réunion et d'association », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 349-355.

l'Union. Pour ce faire, seront envisagées les utilisations du droit fondamental à la liberté d'expression par les États devant la Cour de justice, afin de déterminer si celle-ci garantit sur ce point, une protection intégrée de cette composante de leur identité constitutionnelle. Une distinction doit être faite à ce stade. Seront dissociées, les utilisations de ce droit fondamental en tant qu'outil d'interprétation du pluralisme dans les médias et la presse (1), car « le pluralisme est inhérent à la liberté d'expression »[1], des utilisations autonomes de celui-ci (2). Cette distinction permettra en plus d'être conforme à la charte, de représenter de manière plus fidèle des situations juridiques et des raisonnements de la Cour relativement différents.

1. La protection intégrée de la liberté d'expression en tant qu'outil d'interprétation du pluralisme

655. L'utilisation combinée de la défense du pluralisme dans les médias avec la liberté d'expression par les États membres trouve sa première manifestation dans l'arrêt van Adverteerders de 1988[2]. La Cour devait déterminer, si une réglementation nationale interdisant pour tous les opérateurs publics néerlandais et pour tous les opérateurs des autres États membres la diffusion télévisuelle de messages publicitaires spécifiquement destinés au public néerlandais, était compatible avec la libre prestation de services. Cette interdiction était en outre complétée, pour les opérateurs des autres États membres, par une interdiction de sous-titrage des programmes publicitaires, afin que ceux-ci ne puissent spécifiquement viser le public national. Le juge après avoir reconnu à juste titre une restriction portée à la libre circulation des marchandises dut dès lors envisager son éventuelle justification.

Le Gouvernement néerlandais avançait notamment comme motif, celui de la protection de l'intérêt général qui résidait dans le maintien du caractère non commercial et par là pluraliste du système de diffusion. Or, la Cour de justice ne valida pas expressément le maintien du pluralisme comme constitutif d'un motif d'intérêt général. De plus, elle souleva la non-proportionnalité de la mesure, mais souligna toutefois qu'en l'état du droit de l'Union, les États restaient libres d'interdire ou non la publicité, sous réserve du respect du principe de non-discrimination[3]. Elle conclut alors que la mesure en cause ne traitait pas de manière identique les opérateurs nationaux et européens, puisqu'elle imposait seulement aux seconds

[1] GAMET L., « Les libertés d'expression, de réunion et d'association », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 351.
[2] CJCE, 26 avril 1988, van Adverteerders, Aff. C-352/85.
[3] *Ibid.*, point 36 et 37.

le régime retenu pour les organismes publics de radiodiffusion. Ces premiers éléments de réflexion traduisent une prise en compte difficile du pluralisme en tant que motif d'intérêt général.

Le juge national demandait également, dans une ultime question préjudicielle, si les droits fondamentaux inscrits dans le droit de l'Union parmi lesquels figure la liberté d'expression, impliquaient des obligations incombant directement aux États membres, au regard desquelles la réglementation nationale concernée devait être examinée. La combinaison entre pluralisme et liberté d'expression n'est toutefois pas évidente, en effet il est difficile de déterminer si le juge national envisageait les obligations de l'État relatives à la liberté d'expression, envers les publicitaires, ou envers les différentes composantes du pluralisme que l'État néerlandais semblait vouloir protéger. Le juge rejeta *in fine* la question, considérant inutile d'y répondre, tout en ayant préalablement pris soin de rappeler que la liberté d'expression était garantie par la CEDH et qu'à ce titre elle s'impose aux États membres. Ce premier épisode semble anecdotique, toutefois au regard des jurisprudences suivantes, il apparaît que cet arrêt marque les débuts d'un rapprochement, certes hésitant, mais qui deviendra systématique entre pluralisme et liberté d'expression, que ce soit dans les arguments des États ou dans les réflexions de la Cour. Pour s'en assurer, il y a lieu de considérer deux arrêts similaires rendus trois ans plus tard.

656. Ainsi, les arrêts Commission contre Pays-Bas et Gouda portent également sur la compatibilité avec une liberté de circulation, d'une réglementation nationale encadrant la diffusion de messages publicitaires et notamment la structure des organismes habilités à le faire, qu'ils soient ou non-nationaux[1]. La mesure fut ici aussi rapidement qualifiée par le juge de restrictive. L'argument du Gouvernement néerlandais développé pour la justifier a toutefois sensiblement été modifié. En effet, s'il suggérait toujours que la mesure était motivée par un souci de maintien du caractère non commercial de la radiodiffusion, il fit surtout valoir que la mesure avait pour finalité la sauvegarde de la liberté d'expression des différentes composantes culturelles, sociales, religieuses et autres présentent au sein de la population nationale.

657. Cette formulation de la liberté d'expression semble toute désignée pour définir le pluralisme. Le juge ne s'y trompa d'ailleurs pas. En effet tout en considérant qu'une politique culturelle établie en vue de garantir le pluralisme puisse être constitutive d'un motif d'intérêt

[1] CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays-Bas, Aff. C-353/89 ; CJCE, 25 juillet 1991, Gouda, Aff. C-288/89.

général, il établit clairement la relation entre pluralisme et liberté d'expression. C'est ainsi qu'il affirma que « [le] *maintien du pluralisme qu'entend garantir cette politique néerlandaise est lié à la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire* »[1]. Si le lien entre les deux était plus subtil dans l'arrêt précédent, il est clairement mis en exergue dans ceux-ci. De plus, l'obligation de sauvegarde de la liberté d'expression, pour laquelle le juge envisageait auparavant comme seule base la CEDH, devient désormais un élément intégré à l'ordre juridique de l'Union. L'utilisation par les Pays-Bas du droit à la liberté d'expression, comme renfort ou, à tout le moins, tel un principe d'interprétation du pluralisme, ne fait ici nul doute. De même, la réception par le juge d'une justification basée sur la garantie du pluralisme, en tant que motif d'intérêt général, semble facilitée par sa combinaison avec ce droit fondamental. Toutefois, pour défaut d'adéquation entre la mesure et l'objectif visé, le juge sanctionna dans ces deux affaires jointes la mesure en cause.

658. Cette position de la Cour fut confirmée dans l'arrêt VVOO[2]. Dans cette affaire similaire, il était cette fois question de l'interdiction faite par les Pays-Bas, aux organismes de diffusion nationaux intégralement financés par des fonds publics, de participer au capital d'autres activités, qu'elles soient ou non situées sur le territoire national. L'objectif de la mesure était d'éviter que les moyens financiers dont ils disposent en vue de leur permettre d'assurer le pluralisme dans le secteur audiovisuel, ne soient détournés de cette destination et utilisés à des fins purement commerciales.

Le juge, sans envisager antérieurement une éventuelle restriction à la libre prestation de services, se réfera *ab initio* aux arrêts précédemment envisagés, rappelant alors les motivations de la loi basée sur le maintien du pluralisme combiné à la liberté d'expression, ainsi que la précédente qualification de ces motifs en tant que motif d'intérêt général. S'appuyant sur ce premier constat, il applique ensuite une ancienne jurisprudence ayant permis de dégager une interprétation de l'ex-article 59[3], selon laquelle « [...] o*n ne saurait*

[1] Arrêt Commission c/ Pays-Bas précité, point 30 ; Arrêt Gouda précité, point 23.
[2] CJCE, 3 février 1993, VVOO, Aff. C-148/91, points 9-10. Voir également en ce sens, CJCE, 5 octobre 1994, TV10 SA, Aff. C-23/93, points 18-22. La Cour y confirmera également cette ligne de jurisprudence, au sujet de la justification par les Pays-Bas d'une mesure nationale visant à assimiler aux organismes nationaux, les organismes télévisuels installés dans d'autres États membres et dont l'activité est essentiellement tournées vers les Pays-Bas, dans l'objet de les empêcher de se soustraire aux règles fixées selon la politique culturelle nationale, et afin d'assurer le maintien du pluralisme et de la liberté d'expression des différentes composantes culturelles de la population.
[3] Article correspondant à l'actuel article 56 TUE, portant sur le principe de libre prestation de services.

dénier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État »[1]. Le juge conclut alors à la non-incompatibilité de la mesure nationale, puisque la considérant comme nécessaire pour empêcher le détournement, au moyen de la libre prestation de service, d'une réglementation qu'il a lui-même qualifiée d'intérêt général.

659. L'arrêt Familiapress du 26 juin 1997[2], rendu sur renvoi préjudiciel, traitait d'un litige relatif à une législation autrichienne, interdisant ou limitant la faculté d'assortir à des publications, des jeux-concours visant à l'obtention d'un prix pour ses lecteurs, et opposant ainsi un éditeur allemand à un éditeur autrichien. Il permit à la Cour de confirmer à nouveau l'invocabilité de l'objectif de protection du pluralisme combiné à la liberté d'expression comme motif d'intérêt général, mais cette fois dans le domaine de la presse.

Selon le Gouvernement autrichien et la Commission, en tant qu'intervenants aux débats, la justification d'une telle restriction tenait à des impératifs de maintien du pluralisme de la presse. Ils exposaient une situation particulière de concentration de la presse en Autriche, l'appât de gains plus importants pour le lecteur résultant de ce genre de concours pouvant mettre en péril le pluralisme de la presse, en favorisant les éditeurs les plus importants ayant la possibilité de surenchérir de manière plus conséquente. À cet égard, la CJUE précisa : « [...] *que le maintien du pluralisme de la presse est susceptible de constituer une exigence impérative justifiant une restriction à la libre circulation des marchandises. En effet, ce pluralisme contribue à la sauvegarde de la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle liberté figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire* »[3]. La CJUE renvoya à la juridiction nationale l'examen de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure en lui donnant les pistes de réflexion nécessaires.

[1] CJCE, 3 décembre 1974, van Binsbergen, Aff. C-33/74, point 13 ; voir aussi : 7 février 1979, Knoors Aff. C-115/78 ; 4 décembre 1986, Commission/Allemagne, Aff. C-205/84, point 22 et 27 septembre 1989, Van de Bijl, Aff. C-130/88, point 26.
[2] CJCE 26 juin 1997, Familiapress, Aff. C-368/95.
[3] *Ibid.*, point 18.

660. Plus récemment, la Cour a d'ailleurs encore renouvelé cette analyse dans l'arrêt UPECB rendu en 2007 et précédemment étudié[1]. Pour rappel, il lui fallait déterminer la compatibilité avec la libre prestation de services, d'une réglementation Belge visant à imposer aux câblo-opérateurs exploitant un réseau de télédistribution dans la région bilingue de Bruxelles, de diffuser dans cette région, les programmes télévisuels émis par les services publics flamands et wallons ou par les services privés agréés par le ministère compétent. La mesure fut rapidement qualifiée de restrictive. Toutefois, la liberté d'expression fut invoquée par la Belgique à l'appui du pluralisme linguistique pour justifier la nature restrictive de la mesure en cause.

Le juge fut ainsi conduit à considérer que la réglementation poursuivait un but d'intérêt général « *dès lors qu'elle* [visait] *à préserver le caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qu'elle [s'insérait] ainsi dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder, dans le secteur de l'audiovisuel, la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, linguistiques, religieuses et philosophiques* » [2]. Le juge transmit par la suite à l'appréciation de la juridiction de renvoi, le soin de déterminer si la mesure poursuivait un tel but d'intérêt général et si elle le poursuivait de manière proportionnée.

661. Tout d'abord, il n'appert dans aucun des arrêts précédents, que la Cour ait inclus la liberté d'expression comme composante de l'identité nationale des États membres. Toutefois les États restent en mesure d'utiliser ce droit pour faire valoir leur propre appréciation du pluralisme dans les médias et la presse, ainsi que de définir les moyens pour y parvenir, dès lors que leur réglementation nationale ne présente pas de discrimination. Il est néanmoins possible d'admettre, que par une protection intégrée de la liberté d'expression, l'identité constitutionnelle de l'État puisse être préservée, considération qui sera d'ailleurs confirmée par les développements suivants. En outre, il s'agit là, de l'utilisation par un État membre d'un élément qu'il a identifié comme composante de son identité constitutionnelle, le droit à la liberté d'expression, au renfort d'un autre élément relevant de la dimension culturelle de son identité nationale telle qu'identifiée cette fois par la Cour de justice, le pluralisme[3]. Pourtant le fondement de sa prise en compte par la Cour n'est pas celui du droit national, mais

[1] Arrêt UPECB, précité.
[2] *Ibid.*, point. 42.
[3] Le pluralisme qu'il soit celui de la langue, de la religion ou encore des organismes de presse et de radiodiffusion reste une composante de la dimension culturelle de l'identité nationale, voir *infra* (§509 ; §511 ; §520 ; §531 ; §534 ; §537 ; §543).

bien celui de l'Union, de telle sorte que loin de rompre avec l'unité de son droit, elle tend même à la renforcer en lui conférant une dimension constitutionnelle par l'irrigation au sein de son ordre juridique des valeurs qui sous-tendent le constitutionnalisme libéral.

Enfin, il ressort de cette ligne de jurisprudence désormais bien établie et qui s'appuie d'ailleurs sur la Convention et la jurisprudence de la Cour EDH, que la CJUE tend à consacrer le droit à la liberté d'expression comme un véritable droit fondamental constituant un principe fondamental du droit de l'Union. Une telle analyse pourrait inciter la Cour à aborder la liberté d'expression de manière autonome, indépendamment du moins du pluralisme et de l'intérêt général, ce qui doit faire l'objet de plus amples considérations dans les développements suivants.

2. La protection intégrée de la liberté d'expression comme droit fondamental autonome

662. Dans les arrêts précédents, la liberté d'expression n'était envisagée qu'en combinaison avec la protection du pluralisme dans les médias. Toutefois, ceux-ci l'ont également utilisée de manière autonome pour justifier ou tenter de justifier une restriction qu'ils auraient opérée à l'encontre d'une liberté de circulation. L'arrêt Schmidberger rendu sur renvoi préjudiciel en est le parfait exemple[1].

663. Le litige devant la juridiction nationale, était relatif à l'autorisation par le Gouvernement autrichien d'une manifestation sur l'autoroute du Brenner. La manifestation ayant bloqué la circulation, notamment des poids lourds pendant 28 heures, la société Schmidberger avait alors engagé une procédure, afin d'être indemnisée des dommages subis du fait de l'interruption du trafic, contraire, selon elle, au principe de libre circulation des marchandises. Il s'agissait donc pour la Cour de justice de caractériser une éventuelle restriction de la libre circulation des marchandises opérée par un État, puis de constater si une justification pouvait être trouvée à cette restriction. Le blocage du Brenner fut de prime abord considéré par la CJUE comme une restriction à la libre circulation des marchandises, suite à l'inaction des autorités autrichiennes, celles-ci n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour empêcher la limitation de la liberté fondamentale générée par la manifestation. La question préjudicielle adressée à la Cour, était ainsi posée dans le but de savoir si l'objectif dudit rassemblement « [...] *au cours duquel les manifestants visaient à attirer l'attention du public*

[1] CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, Aff. C-112/00.

sur la menace pour l'environnement et la santé publique que constitue l'augmentation constante de la circulation des poids lourds sur l'autoroute du Brenner ainsi qu'à inciter les autorités compétentes à renforcer les mesures de nature à réduire ce trafic et la pollution qui en résulte dans la région hautement sensible des Alpes » était susceptible de tenir en échec les obligations du droit de l'Union en matière de libre circulation des marchandises[1].

664. La Cour de justice a immédiatement souligné le fait que, si la protection de l'environnement et de la santé publique peuvent sous certaines conditions constituer un objectif légitime d'intérêt général de nature à justifier une restriction aux libertés fondamentales, ce ne sont pas tant les desseins spécifiques dudit rassemblement que les buts poursuivis par les autorités nationales, lors de la décision d'autorisation implicite ou de l'absence d'interdiction dudit rassemblement, qui sont déterminants. Elle retint ensuite « [...] *que les autorités autrichiennes ont été inspirées par des considérations liées au respect des droits fondamentaux des manifestants en matière de liberté d'expression et de liberté de réunion, lesquels sont consacrés et garantis par la CEDH et par la Constitution autrichienne.* »[2]. Il s'agit donc bien là, d'une confrontation de la liberté d'expression, telle qu'elle est garantie par la constitution d'un État membre, à un principe fondamental de l'Union. Si le juge ne fait pas explicitement mention de l'identité nationale, il fait à tout le moins directement référence à la Constitution nationale ce qui lui permet tout de même de prendre en compte une composante identifiée par les États membres comme relevant de leur identité constitutionnelle.

En outre, les précédents développements, relatifs à l'inclusion par les États de la liberté d'expression parmi les composantes de leur identité constitutionnelle, étaient *in fine* confortés par l'adhésion de l'ensemble de ces derniers à la CEDH. Or, le juge retint également cet élément en l'étendant en outre, à l'Union elle-même. Il reprit ainsi sa formule désormais classique relative à l'intégration dans le droit de l'Union du respect des droits fondamentaux, inspirée des traditions constitutionnelles communes aux États membres et de la CEDH, en tant que principes généraux. Il conclut alors, que « [...] ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme ainsi reconnus »[3], et que « [...] *la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire,*

[1] *Ibid.*, point 65.
[2] *Ibid.*, point 69.
[3] *Ibid.*, point 73.

même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises. »[1].

665. Si confrontation entre l'ordre juridique constitutionnel d'un État membre et un principe fondamental de l'Union il y a, celle-ci n'est toutefois qu'indirecte ou différée. Le juge préfère en effet s'appuyer sur les droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique de l'Union, dans la mesure où la liberté d'expression fait dans le cas d'espèce, l'objet d'une conception partagée avec la Constitution nationale, contrairement aux observations précédemment décrites lors de l'analyse de l'arrêt Omega à propos de la dignité humaine. Cela n'empêche toutefois pas de considérer que le raisonnement employé par la Cour lui permette de garantir concomitamment les droits fondamentaux garantis par l'Union et faisant partie de l'identité constitutionnelle des États membres.

De plus, ce motif tel qu'il est retenu par la cour, semble la dispenser des outils habituels qu'elle retient pour justifier une restriction à une liberté fondamentale. Effectivement, ni l'intérêt général, ni l'ordre public ne sont évoqués par celle-ci, ce qui semble permettre d'envisager désormais les droits fondamentaux comme des motifs autonomes de justification d'une restriction, dès lors que l'État les invoquant présente une conception partagée de ceux-ci avec l'ordre juridique de l'Union. C'est d'ailleurs ce qu'avait retenu l'avocat général, lorsqu'il considérait consécutivement « [...] que les autorités autrichiennes invoquent les droits fondamentaux de liberté d'expression et de liberté de réunion, tels qu'ils sont reconnus dans l'ordre juridique autrichien »[2], puis que « la Cour protège les mêmes droits, ou des droits très similaires »[3], pour enfin conclure que « [...] *lorsqu'un État membre cherche à protéger des droits fondamentaux reconnus en droit communautaire, il poursuit nécessairement un objectif légitime. Le droit communautaire ne peut pas interdire aux États membres de chercher à atteindre des objectifs que la Communauté elle-même est tenue de poursuivre* »[4].

Cette décision de la Cour met ainsi en exergue la protection multi-niveau des droits fondamentaux, qui, ici, concorde au sujet de la liberté d'expression. Aussi, les droits fondamentaux, du moins de conception partagée, apparaissent bénéficier d'une protection privilégiée, ce qui même implicitement, garantit dans ce cadre une protection de l'identité

[1] *Ibid.*, point 75.
[2] Conclusions JACOBS F., CJCE, 11 juillet 2002, Schmidberger, Aff. C-112/00 , point 100.
[3] *Ibid.*, point 101.
[4] *Ibid.*, point 102.

constitutionnelle[1]. Pour Jean-Denis Mouton, il s'agit d'un « véritable renversement de perspective dans le sens que le droit communautaire, y compris les libertés fondamentales, devraient dorénavant être véritablement conciliés avec les droit fondamentaux »[2]. Cette affaire est en ce sens un « *indice de la volonté des rédacteurs des traités européens et des institutions communautaires d'accorder,* [au même titre que les États membres]*, une valeur prééminente à la Liberté* [ici d'expression], *qui doit guider l'action des pouvoirs publics dans le champ de mise en œuvre des normes communautaires* »[3]. Se dessine alors, dans la volonté de respecter les fondements de l'État de droit, une véritable communauté de droit au niveau de l'Union, en ce qu'elle est désormais également soumise au respect des droits fondamentaux. En absorbant ces valeurs, l'Union a donc empêché que son unité soit atteinte par la prise en compte des droits constitutionnels nationaux, mieux elle l'a renforcée en s'ouvrant elle-même au constitutionnalisme libéral.

Le juge ne retint finalement aucune violation du droit de l'Union, par voie de conséquence l'identité constitutionnelle de l'Autriche, au sein de laquelle la liberté d'expression est incluse, a bien été ici respectée par l'Union européenne au moyen d'une protection intégrée.

666. Un dernier arrêt AGM-COS.MET[4], faisant également l'objet d'une utilisation autonome du droit fondamental à la liberté d'expression par un État membre pour justifier une restriction portée à l'encontre d'une liberté fondamentale, renseigne pour sa part sur la limite d'une telle utilisation. La Cour devait déterminer si étaient incompatibles avec la libre circulation des marchandises, des critiques adressées par un fonctionnaire finlandais, à l'encontre d'un produit en provenance d'un autre État membre, alors que celles-ci n'étaient pas fondées et que le produit bénéficiait d'une présomption de conformité. Après avoir déterminé l'imputabilité des propos à l'État, dans la mesure où les déclarations du fonctionnaire laissaient les destinataires de celles-ci supposer qu'il s'agissait de déclarations officielles, le juge souleva une restriction à l'encontre de la libre circulation des marchandises.

À ce stade, le juge devait envisager d'éventuelles justifications parmi lesquelles la

[1] Voir en ce sens, CARPANO E., « Droits fondamentaux et libertés communautaires de circulation : brèves remarques sur le développement du système communautaire de protection des droits fondamentaux », *LPA*, juin 2005, p. 28, « Autrement dit, dès lors qu'un État membre chercherait à protéger des droits fondamentaux reconnus en droit communautaire, il poursuivrait ainsi nécessairement un objectif légitime ».
[2] MOUTON J.-D., « L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ? », *RDP*, 2008, p. 758.
[3] RAMBAUD T., « La liberté », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz*,* 2010*,* p. 518.
[4] CJCE, 17 avril 2007 AGM-COS.MET, Aff. C-470/03.

liberté d'expression faisait partie. Le juge, tout en reconnaissant la valeur fondamentale de la liberté d'expression et s'appuyant à cet effet sur la CEDH, ne retint pourtant pas le motif. En effet, il posa comme limite à l'utilisation de la liberté d'expression par les États membres, une impossibilité de s'en prévaloir pour justifier les entraves occasionnées par les propos de leurs fonctionnaires, puisque cela aurait pour effet de les faire s'échapper de leur propre responsabilité vis à vis du droit de l'Union[1]. Aussi l'utilisation de ce droit par les États membres dans un tel cadre, n'est possible que dans la mesure où le droit fondamental invoqué l'est dans l'objet de garantir les droits de leurs nationaux.

Une double critique fut toutefois émise par la doctrine[2]. La première tenait à modérer l'affirmation de la Cour, selon laquelle les États membres ne pourraient jouir de la liberté d'expression, alors même que « [de] nombreux commentateurs de la Convention européenne des droits de l'homme considèrent que les personnes morales de droit public – en ce compris l'État – sont titulaires des droits fondamentaux au même titre que les particuliers et que les autres personnes morales »[3]. La seconde critique s'adressait à la considération de la Cour, selon laquelle l'État membre ne pouvait se prévaloir de la liberté d'expression de ses propres fonctionnaires devant la Cour, alors même que « *jamais la C.E.D.H. n'a considéré que les fonctionnaires étaient privés de leur droit à la liberté d'expression du simple fait qu'ils agissaient au nom et pour compte de l'État,* [de même que] *les juridictions communautaires ont elles-mêmes reconnu à de nombreuses reprises que les fonctionnaires des institutions européennes jouissaient du droit à la liberté d'expression* »[4].

Ainsi des risques potentiels relatifs à la préservation de son identité peuvent résulter de cette solution pour l'État membre, selon que celui-ci, dans son ordre juridique, reconnaisse ou non à ses fonctionnaires le droit à la liberté d'expression. Cette conception pourrait révéler une interprétation spécifique nationale du droit à la liberté d'expression, comme cela était le cas dans l'arrêt Omega au sujet du respect de la dignité humaine, toutefois la Cour semble cette fois-ci fermer totalement la porte à une telle interprétation divergente. N'est-il pas ainsi envisageable que cette solution de la Cour aussi ferme soit-elle, retranscrive son souhait d'éviter une pure et simple appropriation de ce droit fondamental par un État membre dont le but serait de se protéger lui-même de sa propre responsabilité pour ne pas avoir garanti la pleine effectivité d'une liberté de circulation au sein de son territoire ?

[1] *Ibid.*, point 72.
[2] Voir en ce sens, BAILLEUX A., « Les droits de l'homme face à la libre circulation – un nouveau conflit porté devant la Cour de justice (C-470/03 A.G.M. Cos.MET Srl c. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen,17 avril 2007) », *RTDH*, 2007, pp. 1171-1184.
[3] *Ibid.*, p.9.
[4] *Ibid.*, p.11.

667. La prise en compte de la liberté d'expression comme motif justifiant une atteinte aux libertés fondamentales a particulièrement évolué au fil de la jurisprudence de la Cour. Si initialement le juge n'y prêtait qu'une attention limitée, force est de constater qu'il l'a ensuite rattachée aux principes fondamentaux garantis par la CEDH, puis aux traditions constitutionnelles des États membres, pour enfin l'inscrire directement au sein de l'ordre juridique de l'Union. Il est ainsi permis de penser que la liberté d'expression identifiée par les États membres comme relevant de leur identité constitutionnelle, est respectée par l'Union, mais au moyen d'une conception similaire et d'une protection intégrée. À ce titre, sa conceptualisation, tantôt en tant que principe d'interprétation du pluralisme, tantôt en tant que droit fondamental à part entière, nourrit quelques ressemblances avec les réflexions tenues à l'égard de la dignité humaine et de son ambivalence, si ce n'est que la reconnaissance d'une protection juridique autonome de la liberté d'expression est bien plus communément admise.

En ce sens, les réserves de constitutionnalité tenant au respect des droits fondamentaux lors de la mise en œuvre de ses compétences par l'Union, n'ont, non seulement pas amoindri l'unité de son droit, mais l'ont de plus confortée en générant un processus d'absorption des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union. En effet, la mise en balance ne s'opère plus qu'entre des principes et droits exclusivement appréhendés à la lumière du droit de l'union, en permettant alors à cette dernière de s'ouvrir elle-même, à l'instar des États membres, au constitutionnalisme libéral. Qu'en est-il du droit de grève et de mener des actions collectives qui d'une certaine manière, et cela sera observé, n'est pas vraiment éloigné du droit de libre expression et de manifestation ?

B) L'utilisation par l'État du droit de grève et de mener des actions collectives devant la Cour de justice

668. L'étude précédemment envisagée de la dimension sociale de l'identité nationale des États membres conduisait à distinguer le droit de grève et plus généralement d'action collective d'autres droits sociaux, en raison de sa fondamentalité plus difficilement contestable. L'action collective correspond à la démarche commune ou concertée des membres d'un même groupe en vue d'atteindre des objectifs communs. Associées au domaine du travail il s'agit des diverses actions, dont le droit de grève est la plus emblématique, menées par les membres d'un même corps de métier, d'une même branche ou d'une même entreprise dans l'objet de préserver leurs avantages sociaux ou d'en obtenir de nouveaux. Le

droit de recourir à de telles actions est par ailleurs souvent associé aux droits syndicaux, sans lesquels elles pourraient difficilement être mises en œuvre.

669. En France, les actions collectives portaient initialement le substantif de coalition et faisaient l'objet d'une qualification délictuelle depuis la loi Le Chapelier interdisant concomitamment toutes organisations ouvrières ou corporations de métiers[1]. Il fallut alors attendre l'adoption en 1864 et 1884 des lois Ollivier et Waldeck-Rousseau pour voir successivement se dérouler l'abrogation du délit de coalition, l'instauration du droit de grève, puis l'autorisation des syndicats[2]. Ce n'est finalement qu'en 1946 que le droit de grève fut constitutionnellement reconnu bien que sa garantie et son encadrement soit alors renvoyé au soin du domaine législatif[3]. Une telle consécration ne peut qu'abonder dans le sens d'une fondamentalisation de ce droit, qui au même titre que les autres libertés et droit fondamentaux peut dès lors être inclus dans l'identité constitutionnelle des États membres.

Sans s'attarder sur l'évolution du droit de recourir aux actions collectives dans les autres États membres, il est néanmoins intéressant de faire un bref tour d'horizon des différentes garanties constitutionnelles nationales lui étant accordées, afin de corroborer cette théorie et de l'étendre aux autres États membres. La Constitution italienne le consacre pour sa part en des termes strictement identiques à ceux employés dans la Constitution française, l'Espagne, la Grèce ou encore la Pologne le font en des termes similaires tout en l'associant dans un même article à la liberté syndicale[4]. En revanche, la Grande Bretagne, les Pays Bas et l'Autriche n'ont pas fait le choix de le constitutionnaliser et l'ont instauré par le biais de la jurisprudence. Le droit de grève existe dans l'ensemble des États membres. Or, si aucun des États n'envisage ce droit comme absolu et prévoit à cet effet des limitations notamment par voie législative, cette unanimité ne se retrouve pas dans les limitations imposées, tant celles-ci sont variables selon les modèles nationaux[5].

---

[1] Loi Le Chapelier, adoptée le 14 juin 1791.
[2] Loi Ollivier, adoptée le 25 mai 1864 ; et loi Waldeck-Rousseau, adoptée le 21 mars 1884.
[3] Préambule Constitution française de 1946, précitée, art. 7 : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».
[4] Constitution italienne, précitée, article 40 ; Constitution espagnole, précitée, art. 28 ; Constitution hellénique, précitée, article 23 ; Constitution polonaise, précitée, art. 59.
[5] Pour exemple en Allemagne, les fonctionnaires ne disposent pas du droit de grève ; en Grande-Bretagne le droit de grève n'est reconnu que pour des motifs liés à la situation au sein de l'entreprise, il est donc interdit de faire grève par solidarité ou pour des raisons politiques ; pour d'autres telles que la France ou l'Italie, si les fonctionnaires disposent du droit de grève, une continuité du service public doit être assurée ; En Suède, ce droit est quasiment sans limite bien que certaines conventions collectives sectorielles prévoient toutefois certaines exceptions pour garantir la sécurité de la population et prévenir les actes dommageables à la société.

670. Si le droit de grève est communément reconnu, une multitude d'interprétations se dessinent ensuite. Selon Alain Supiot, « [par] *opposition aux systèmes autoritaires ou totalitaires, la force du droit du travail des pays démocratiques a été de ne pas imposer aux hommes une vision a priori de leur bonheur, mais de s'appuyer au contraire sur l'action et les conflits collectifs pour en convertir l'énergie en règles nouvelles* »[1], il conclut alors qu'ainsi « *conçu, le droit de grève a joué depuis un siècle un rôle majeur dans l'édification de l'État-Providence. Sans ce droit, on peut douter que les pays industriels soient jamais parvenus à civiliser le libéralisme économique. Il a servi de "droit à la transformation du droit". Les grandes grèves conduites dans le monde industriel ont donné le jour à des droits sociaux fondamentaux, dont bon nombre ont ensuite été étendus à l'ensemble de la population* »[2]. Cette vision est par ailleurs confirmée à la lecture de Jean-Jacques Sueur qui lors d'une analyse de l'évolution du catalogue des droits fondamentaux dans l'Union, note au sujet des droits sociaux que « *ces droits là en effet, n'ont pas d'objet défini, mais, pour parler le langage des théoriciens du contrat, ils ont une cause (ou une fin) ; ce sont des droits-projets, et ce projet cohérent est somme toute de contribuer à la construction de l'ordre juridique objectif, à part égale avec les autres droits fondamentaux* »[3]. Au-delà de sa place au sein de l'identité constitutionnelle de nombreux États membres, le droit de grève a donc significativement contribué à forger leur identité nationale, notamment dans le versant social, ainsi que leur ordre juridique respectif.

671. L'importance du droit de grève est enfin confirmée par divers instruments juridiques internationaux qui témoignent à nouveau, pour les États y ayant adhéré, de la valeur fondamentale de ce droit. Ainsi par exemple la charte sociale européenne, pendant de la CEDH en ce qui concerne les droits sociaux, consacre un droit de négociation collective parmi lequel figure le droit de recourir aux actions collectives[4]. Plus d'une vingtaine d'États membres de l'Union sont signataires de cette charte, bien que l'Union elle-même n'en soit pas partie. Pourtant, cela n'empêche pas les traités eux-mêmes d'y faire référence et ce depuis l'acte unique. Aussi, le préambule du TUE fait directement état de « [...] leur attachement aux droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la charte sociale européenne, signée

[1] SUPIOT A., « Revisiter les droits d'action collective », *Droit Social*, 2001, p. 687.
[2] *Ibid.*, p. 690.
[3] SUEUR J.-J., « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 29.
[4] Article 6 al. 4 Charte sociale européenne, précitée : « le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur ».

à Turin le 18 octobre 1961 [...] », d'ailleurs repris par l'article 151 TFUE[1]. De même, ces deux articles font référence à un autre instrument inspiré de cette première charte mais adopté dans le cadre de l'Union. C'est la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée en 1989 qui représente une déclaration solennelle des États signataires. Elle ne possède pas la qualité d'un acte juridique obligatoire de l'Union, mais mentionne que « [le] *droit de recourir en cas de conflits d'intérêts à des actions collectives inclut le droit de grève sous réserve des obligations résultant des réglementations nationales et des conventions collectives. Afin de faciliter le règlement des conflits du travail, il convient de favoriser, conformément aux pratiques nationales, l'institution et l'utilisation, aux niveaux appropriés, de procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage* »[2]. Outre la reconnaissance par l'Union d'un droit fondamental à entreprendre une action collective, la formulation reste intéressante tant les déférences au contexte national et en définitive aux particularités de chaque État membre sont nombreuses. Aussi l'Union s'avère avoir parfaitement intégré les disparités nationales dans son mécanisme de protection. La CDF opère également dans son préambule un renvoi à ces deux précédentes chartes tout en réaffirmant leurs principes. Elle consacre par ailleurs un article aux actions collectives dans lequel elle reprend presque à l'identique la formule employée à leurs propos dans la Charte communautaire des droits sociaux[3].

672. Le droit primaire de l'Union paraît donc sur ce point respecter l'identité constitutionnelle des États membres, tant par l'évocation d'une protection intégrée, que par la prise en compte de particularités nationales, qui permet ainsi de parvenir à un certain équilibre entre le constitutionnalisme libéral de l'Union et celui des États. Pour le confirmer, il faut alors déterminer si elle témoigne d'un même respect au travers de sa jurisprudence. Pour ce faire, il est nécessaire d'envisager les diverses utilisations du droit de grève ou d'action collective par les États devant la Cour de justice. Deux arrêts sont tout particulièrement intéressants : les arrêts Viking line (1) et Laval un partneri (2).

[1] Ancien article 136 TCE.
[2] Point 3, Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs.
[3] Article 28 CDF.

1. La protection intégrée du droit de mener des actions collectives dans l'Arrêt Viking line

673. L'arrêt en renvoi préjudiciel Viking Line amena la Cour à envisager une action collective engagée par un groupement de syndicats à l'encontre d'une entreprise privée de transport maritime, aux fins d'amener cette dernière à conclure une convention collective dont le contenu est de nature à la dissuader de changer le pavillon finlandais de l'un de ses navires et d'enregistrer celui-ci sous le pavillon d'un autre État membre[1].

La Cour devait alors initialement déterminer si la liberté d'établissement était susceptible d'être opposée à un syndicat, alors même que celui-ci n'est pas une entité de droit public. La Cour conclut à l'opposabilité, dans la mesure où un syndicat, bien que ne disposant ni du pouvoir réglementaire, ni d'un pouvoir quasi-législatif, participe tout de même à la formation des conventions visant à régler de façon collective le travail salarié. Il est d'ores et déjà à noter, qu'aucun État membre n'est partie au litige, toutefois cette première réflexion de la Cour semble permettre de parfaitement transposer son raisonnement à un hypothétique litige dans lequel un État serait partie à la place du syndicat[2]. Aussi, le fait que le droit de grève et d'action collective ne soit pas ici utilisé par un État, n'empêche nullement d'analyser cet arrêt comme si tel était le cas.

674. La Cour devait également déterminer au préalable, si des actions collectives, telles que celles visées, rentraient dans le champ d'application de la liberté d'établissement, alors même que le droit fondamental d'y recourir ne relève pas, par nature, des compétences de l'Union[3]. Cet argument est l'occasion pour le juge de rappeler les divers instruments internationaux antérieurement abordés, auxquels les États membres ont adhéré, et ayant consacré le droit de mener des actions collectives y compris le droit de grève. Ce premier élément témoigne d'une reconnaissance par le juge d'un élément essentiel pour les États membres qu'ils ont, au même titre que l'ensemble des droits fondamentaux, associé à leur identité constitutionnelle. Elle consacre ensuite ce droit comme « droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect »[4]. Une telle qualification assure d'une prise en compte des droits concernés par l'Union, garantissant alors le respect

[1] CJCE, 11 décembre 2007, Viking Line, Aff. C-438/05.
[2] Une telle hypothèse serait très proche de l'arrêt Schmidberger précité, dans lequel pour rappel, l'État autrichien était attaqué par une entreprise pour avoir autorisé le blocage du Brenner, afin de permettre à des manifestants de jouir de leur droit à la liberté d'expression. Le droit de grève ou d'action collective remplacerait la liberté d'expression alors que la liberté d'établissement se substituerait à la libre circulation des marchandises.
[3] Voir en ce sens l'argument des Gouvernements danois et suédois au point 42.
[4] *Ibid.*, point 44.

des identités constitutionnelles sur ce point, au moyen d'une protection intégrée. D'ailleurs cela est conforté par une référence au droit finlandais en cause, d'où le juge puise un principe selon lequel le droit de grève n'est pas absolu. Il s'appuie également sur les jurisprudences Schmidberger et Omega pour conclure de surcroît que l'exercice des droits fondamentaux « n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité et [...] que cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et conforme au principe de proportionnalité »[1]. La Cour en conclut à l'applicabilité des dispositions du traité relatives à la libre prestation de service.

Elle devait ensuite examiner si l'action collective menée par le syndicat était de nature à porter une restriction à la liberté d'établissement, restriction qu'elle ne tarde pas à reconnaître. Cela conduit au point central du litige. En effet, le syndicat pour justifier la restriction ainsi retenue, arguait d'un motif lié à l'exercice du droit de grève et d'action collective. Cet argument était soutenu par les gouvernements allemand, irlandais et finlandais qui voyaient là un objectif nécessairement légitime, puisque inspiré des droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union, objectif qu'ils estimaient d'ailleurs constitutif d'une raison impérieuse d'intérêt général[2]. S'appuyant à nouveau sur l'arrêt Schmidberger, le juge reconnaît très facilement ce motif tiré de la protection des droits fondamentaux et des travailleurs, comme constitutif d'un intérêt légitime de nature à justifier une restriction portée à une liberté fondamentale, en tant que raison impérieuse d'intérêt général. Toutefois cette dernière remarque ne semble valoir que si les actions menées ont effectivement comme finalité la protection du travailleur. Le juge, tout en rappelant l'importance du fait social et de la protection du travailleur dans l'ordre juridique de l'Union, renverra ensuite à la juridiction nationale le soin d'apprécier la proportionnalité et l'adéquation des actions menées avec l'objectif poursuivi.

675. Il s'agit bien là, d'une protection intégrée du droit fondamental de recourir à des actions collectives, permettant par sa prise en compte de respecter l'identité constitutionnelle de ses États membres. Les multiples références aussi bien au droit national qu'aux instruments internationaux auxquels les États ont adhéré suffisent presque à le démontrer. De plus, le choix opéré par la Cour, de finalement s'appuyer essentiellement sur les principes généraux du droit de l'Union pour protéger ce droit, plutôt que sur un principe constitutionnel tiré du droit finlandais, n'est absolument pas problématique. Cela semble en effet d'abord

[1] *Ibid.*, point 46.
[2] *Ibid.*, point 76 et s.

justifié par une plus grande aisance du juge du Luxembourg avec les principes de son propre ordre juridique, ce qui lui permet en outre de ne pas rompre avec l'unité du droit de l'Union, mais également de consacrer à nouveau l'existence de l'Union en tant que véritable communauté de droit telle qu'inspirée du constitutionnalisme libéral. De plus, comme dans l'arrêt Schmidberger, ce choix n'a aucune incidence sur la protection accordée au niveau national, celle-ci restant équivalente à celle retenue dans le droit de l'Union. L'analyse de l'arrêt similaire Laval un Partneri s'impose désormais.

2. Une protection intégrée en demi-teinte dans l'arrêt Laval un Partneri

676. L'arrêt Laval un Partneri présente des faits similaires. Un syndicat menait des actions collectives visant à bloquer l'ensemble des chantiers situés en Suède d'une entreprise de bâtiment d'un autre État membre. Ces actions faisaient suite à l'échec de négociations collectives visant à faire adopter une convention collective suédoise à cette entreprise pour ses travailleurs détachés en Suède[1]. Or cette convention imposait soit des conditions plus favorables que le droit national, soit non prévues par le droit de l'Union. Il s'agissait donc pour la Cour de déterminer si de tels blocus étaient contraires à la libre prestation de services et dans la positive, si ces actions collectives pouvaient être justifiées par l'objectif poursuivi, à savoir la protection du droit fondamental de recourir à de telles actions.

Le raisonnement de la Cour fut strictement similaire à celui tenu dans l'arrêt Viking line. Tout d'abord le juge suivit la même démarche pour déterminer que le caractère fondamental du droit de mener des actions collectives n'échappe pas au champ d'application du droit de l'Union et peut donc constituer une restriction à l'encontre d'une liberté fondamentale, contrairement à ce qu'affirmait l'un des arguments des gouvernements Danois et Suédois[2]. La Cour se référa d'ailleurs ici aussi au droit national pour constater, suite à l'argument suédois, que même si ce droit est constitutionnellement garanti, cette garantie est expressément assortie de limitations le rendant non absolu[3]. La Cour retint ensuite de manière similaire l'opposabilité de la liberté de prestation de services au syndicat, pour enfin conclure à l'existence d'une restriction. Le juge continua alors sur la justification de la restriction.

[1] CJCE, 18 décembre 2007, Laval un partneri, Aff. C-341/05.
[2] *Ibid.*, point 89.
[3] *Ibid.*, point 92.

677. Le Gouvernement suédois au soutien du syndicat faisait valoir que « les restrictions en cause [étaient] justifiées dès lors qu'elles [étaient] nécessaires pour garantir la protection d'un droit fondamental reconnu par le droit communautaire et qu'elles [avaient] pour objectif la protection des travailleurs, laquelle constituerait une raison impérieuse d'intérêt général »[1]. La Cour accepte ici aussi l'argument, tout en précisant que seules les actions collectives ayant effectivement pour but la protection des travailleurs peuvent être ainsi justifiées. C'est d'ailleurs sur ce point que la Cour sanctionnera ces actions. En effet, l'État d'accueil du service est en droit d'imposer certaines conditions minimales de travail aux prestataires, toutefois, les conditions de la convention que voulait imposer le groupement de syndicat étaient, soit plus favorables que les conditions nationales, soit elles ne figuraient pas parmi les conditions autorisées par le droit de l'Union. Aussi, si cette dernière semble de prime abord respecter par une protection intégrée l'identité constitutionnelle de ses États membres en matière de droit de recours à des actions collectives, elle porte néanmoins une attention toute particulière au motif de ces actions.

Ce raisonnement reste étrange s'il est comparé avec celui observé dans l'arrêt Schmidberger. En effet la Cour avait explicitement mentionné que « si les objectifs spécifiques dudit rassemblement n'[étaient] pas, en tant que tels, déterminants dans le contexte d'une action juridictionnelle telle que celle intentée par Schmidberger, qui vise à mettre en cause la responsabilité d'un État membre du fait de la violation alléguée du droit communautaire, celle-ci étant déduite de la circonstance que les autorités nationales n'[avaient] pas empêché qu'un obstacle soit mis au trafic sur l'autoroute du Brenner. [...] En l'occurrence, il convient donc de tenir compte uniquement de l'objectif poursuivi par les autorités nationales lors de la décision d'autorisation implicite ou d'absence d'interdiction dudit rassemblement »[2]. Il s'agissait de l'objectif de garantie d'un droit fondamental accordé par l'ordre constitutionnel de l'Autriche. Bien que participant au débat, cette différence de traitement semble justifiée par le fait que n'est pas mis en cause l'État suédois pour ne pas avoir empêché les actions collectives concernées dans l'objet de garantir le droit fondamental constitutionnellement consacré de recourir à de telles actions, mais le syndicat ayant organisé ces actions. Aussi il semble permis d'en déduire que si l'État suédois avait été la partie défenderesse, alors la Cour aurait de toute évidence appliqué la jurisprudence Schmidberger. À ce titre, elle n'aurait pas pris en compte les motifs des actions visées, mais seulement

[1] *Ibid.*, point 102.
[2] Arrêt Schmidberger, précité, point 65 à 68.

l'objectif de préservation dudit droit fondamental[1]. Cet arrêt confirme donc la jurisprudence Viking Line, même si la restriction n'est ici pas justifiée.

678. Le droit fondamental de recourir à des actions collectives, inclus par les États membres dans leur identité constitutionnelle, est tout de même ici respecté par la Cour de justice, au moyen d'une protection intégrée par son assimilation dans le droit de l'Union. Elle reconnaît sa garantie essentiellement sur la base du droit de l'Union, à l'instar de celle du droit à la liberté d'expression, tout en prenant considération du droit national et plus particulièrement constitutionnel en la matière. Cette démarche lui permet de reconnaître un tel droit fondamental comme motif susceptible de justifier une restriction aux libertés de circulation, sans de nouveau qu'il soit question de porter atteinte à l'unité de son droit, de telle sorte qu'elle est encore une fois le signe perceptible de son ouverture au constitutionnalisme libéral.

Si certains membres de la doctrine auront analysé ces deux derniers arrêts comme la promotion d'une Europe libérale au sens économique du terme ou encore comme le cheval de Troie du dumping social, d'autres tel Allan Rosas auront également fait le constat d'une reconnaissance par la Cour « *pour la première fois et contrairement à la position défendue par quelques gouvernements nationaux, que le droit de mener une action collective constituait un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux de droit communautaire dont la Cour assure le respect* »[2]. Par ailleurs, ces deux derniers arrêts permettent selon Jacqueline Dutheil de la Rochère de « [sortir] du terrain de l'exception bénéficiant à la seule négociation collective »[3]. Ce serait alors « l'ensemble des droits collectifs du travail, droit syndical, négociation collective et même droit de recourir à la grève, qui [seraient] placés dans le champ communautaire et susceptibles d'être mis en balance avec les libertés de circulation »[4]. Ceci confirme à tout le moins la reconnaissance par la Cour de l'importance que peut accorder l'État membre au versant social de son identité nationale, particulièrement en lien avec ces droits sociaux fondamentaux[5], et de son absorption au moins partielle par l'ordre juridique de l'Union. C'est surtout une preuve que l'Union, si elle s'ouvre au constitutionnalisme libéral par l'absorption des droits fondamentaux, n'est pas non plus

[1] Voir en ce sens, conclusions MENGOZZI P., CJCE, 23 mai 2007, Laval un Partneri, Aff. C-341/05, points 242 à 245.
[2] ROSAS A., « Finis europae socialis ? », *op.cit.*, p.607.
[3] DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « Droits fondamentaux, quelle place dans l'architecture de l'Union », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 274.
[4] *Ibidem.*
[5] Voir *supra*, (§571).

étrangère à ces droits sociaux fondamentaux. S'il peut alors être considéré, comme étudié ultérieurement[1], que l'absorption des droits fondamentaux cumulée à l'absorption des principes démocratiques conduisent à percevoir l'émergence d'une démocratie libérale au niveau de l'Union, cette démocratie peut également être qualifiée dans une certaine mesure de démocratie sociale.

Un autre droit a également fait l'objet d'une utilisation par les États membres : le droit au procès équitable.

Paragraphe 2 : L'utilisation du droit au procès équitable dans ses acceptions communes et spécifiques

679. L'équité fait l'objet, dans la plupart des dictionnaires d'une définition double et pour ainsi dire antinomique. Le Littré par exemple la définit en premier lieu, comme une « disposition à faire à chacun part égale, à reconnaître impartialement le droit de chacun ». Pourtant il la présente également, comme « la justice naturelle, par opposition à la justice légale ». L'équité semble donc tour à tour embrasser deux notions opposées, l'égalité des droits puis la justice morale. La racine latine de l'équité, *aequitas* signifie égalité, équilibre et se rapproche donc de la première version proposée par le Littré. Le droit au procès équitable trouve son origine dans l'expression anglo-saxonne « *due process of law* » dont la première utilisation remonte à la grande Charte des libertés d'Angleterre autrement intitulée *Magna Carta* et rédigée en 1215.

Cette expression est commentée par Élisabeth Zoller qui la transcrit comme l'idée selon laquelle « on ne peut valablement statuer et juger qu'en observant les formes d'une procédure régulière »[2]. Serge Guinchard et ses collaborateurs envisagent quant à eux le procès équitable sur la base de la racine latine du mot et le rattache « *à la notion très générale et générique de garanties fondamentales d'une bonne justice dont on trouve des illustrations dans le caractère public des audiences, dans l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial, ou d'un délai raisonnable, etc. Ce sont ces garanties qui assurent à chacun, dans un État de droit, le droit à un procès équilibré, loyal* (...) »[3]. Ils le considèrent d'ailleurs comme le critère principal de l'État de droit, ce qui le rend pour ainsi dire consubstantiel à la

[1] Voir *infra*,(§709).
[2] ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1999, p. 577.
[3] GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C.-S., DELICOSTOPOULOS L.-S., DOUCHY-OUDOT M., FERRAND F., LAGARDE X., MAGNIER V., RUIZ FABRI H. , SINOPOLI L. et SOREL J.-M., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 2009, p. 466.

notion d'identité constitutionnelle des États membres telle que ceux-ci l'ont défini[1]. Éric Carpano enfin, donne une définition quasi tautologique, lorsqu'il insiste sur la distinction entre « garanties institutionnelles et procédurales garantissant l'équité du procès »[2]. Ne seront envisagées ici que les garanties procédurales du procès équitable, les garanties institutionnelles furent quant à elles rapidement observées dans le cadre de l'identité juridictionnelle de l'État membre[3]. Ainsi selon le même auteur, ces garanties procédurales graviteraient autour de trois grands principes relativement proches de ceux développés par Serge Guinchard, « l'exigence de publicité, l'exigence de célérité et l'exigence d'équité [c'est à dire] l'équilibre des droits des parties pendant la procédure »[4].

680. Le « *due process of law* » fut également retranscrit dans le *bill of right*[5], de même que plusieurs articles de la DDHC intègrent certaines des garanties du procès équitable au sein des droits fondamentaux qu'elle proclame[6]. Figurent parmi ces garanties, la légalité, la nécessité et la non-rétroactivité des peines, ou encore la présomption d'innocence. La DDHC fut constitutionnalisée en France par le préambule de la Constitution de 1946, puis par celui de 1958. Par ailleurs le Conseil constitutionnel sanctuarisa ses dispositions en élevant ainsi le droit au procès équitable d'une simple source d'inspiration à une norme de référence dont la violation même légale peut être sanctionnée par ses soins[7]. Cette intégration, en plus de compenser la carence constitutionnelle en matière de procès équitable, permet de considérer au moins certaines des garanties qui le composent comme relevant des droits fondamentaux inclus dans l'identité constitutionnelle des États membres.

En outre, le Conseil constitutionnel a reconnu des « exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense, et à l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties »[8], il s'appuie d'ailleurs à cet effet sur l'article 16 de la déclaration de 1789[9], considérant « que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès

[1] Voir également à ce sujet NEFRAMI E., « Le droit au juge », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 553-554, qui présente le procès équitable et le droit au juge comme une « valeur de l'État ».
[2] CARPANO E., *État de droit et droits européens, l'évolution de l'État de droit dans le cadre de l'européanisation des systèmes juridiques*, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 402.
[3] Voir *supra* (§416 et s.).
[4] *Ibid.*, p. 405.
[5] 5ème amendement, Bill of rights, 1791.
[6] Articles 7 à 9, DDHC, précitée.
[7] C.C., 27 décembre 1973, taxation d'office, n°73-51 DC, cons. 2.
[8] C.C., 22 janvier 1999, statut de la Cour pénale internationale, n°98-408 DC, cons. 25.
[9] « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. ».

équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition »[1]. De même, si l'on ne retrouve pas l'expression exacte de procès équitable au sein de la loi fondamentale allemande, elle consacre aussi plusieurs aspects du procès équitable. Ainsi, elle reconnaît le droit d'être entendu par le tribunal dont découle le droit d'accès à un tribunal, ou encore le respect du contradictoire[2]. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe a consacré le droit à une protection juridique effective[3], le droit d'obtenir justice[4], le droit à une procédure prévisible[5] et même explicitement le droit à un procès équitable[6]. Aussi, ce droit fondamental semble également appartenir à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne. Il est loisible de retrouver de pareilles considérations dans l'ensemble des constitutions des États membres à l'exemple de l'Italie, ou encore de la Slovaquie[7].

681. Toutefois, si le droit au procès équitable fait l'objet de considération depuis l'émergence de la théorie des droits naturels, aussi bien dans les constitutions nationales que dans diverses déclarations de droits, ce n'est qu'à partir de l'adoption de la DUDH que s'en dégage un modèle universel, ou du moins à vocation universelle[8]. Ce modèle est d'ailleurs à l'origine de celui retenu dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[9] et dans la CEDH[10]. Cette dernière consécration, en s'imposant à l'ensemble des États membres, contribue à l'inclusion du droit au procès équitable parmi les droits fondamentaux qu'ils garantissent et donc au sein de leur identité constitutionnelle, tels que ceux-ci les y ont intégrés.

682. Dans l'ordre juridique de l'Union, la reconnaissance et la protection des garanties du procès équitable relèvent d'une construction jurisprudentielle somme toute habituelle. Ainsi, l'arrêt Hoffmann-La Roche précise que « le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il

[1] C.C., 27 juillet 2006, droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, n°2006-540 DC, cons. 11.
[2] Loi fondamentale allemande, précitée. article 103.
[3] Voir par exemple, C.C.F.A., 18 décembre 1968, Hamburgisches Deichordnungsgesetz, n°1BvR 638/64, 1 BvR 673/64, 1 BvR 200/65, 1 BvR 238/65, 1 BvR 249/65.
[4] Voir par exemple, C.C.F.A., 10 octobre 1978, Référence des loyers, n°1 BvR 180/77.
[5] Voir par exemple, C.C.F.A., 8 août 1978, Kalkar I, n°2 BvL 8/77.
[6] Voir par exemple, C.C.F.A., 7 décembre 1977, forclusion II, n°1 BvR 734/77.
[7] Constitution italienne, précitée, article 24 ; Constitution Slovaque, précitée, article 17.
[8] DUDH, 1948, article 10.
[9] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1976, article 14.
[10] CEDH, précitée, article 6.

s'agit d'une procédure de caractère administratif »[1]. La Cour a d'ailleurs, par la suite, rattaché les droits de la défense à la notion de procès équitable[2]. Le juge, dans l'arrêt Johnston[3], releva également que le droit à un recours effectif est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres et dans les articles 6 et 13 de la CEDH. Si ces arrêts permettent consécutivement de consacrer le droit de défense et celui d'un recours effectif comme principes fondamentaux du droit de l'Union et de prendre en compte leur valeur constitutionnelle dans les droits nationaux, ils permettent de plus au juge du Luxembourg, s'appuyant sur la CEDH, de devenir le gardien du procès équitable pour ce qui relève de sa compétence, principe d'ailleurs encore récemment confirmé par la Cour[4]. Ainsi le droit au procès équitable bénéficie d'une protection multi-niveaux qui garantit que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à un droit fondamental identifié comme tel par les États comme relevant de leur identité constitutionnelle. Dans le cadre de son droit primaire, exceptées les considérations générales à l'égard des droits fondamentaux, il faudra finalement attendre la CDF et son entrée en vigueur concomitante au traité de Lisbonne, pour voir apparaître plusieurs dispositions spécifiques aux garanties du procès équitable. S'y trouvent ainsi, en dehors de l'affirmation dans son préambule de la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice », le droit à un recours effectif devant un tribunal impartial, la présomption d'innocence et les droits de la défense, le principe de légalité et de proportionnalité des délits et des peines et enfin le principe du *non bis in idem*[5]. Enfin, l'adhésion de l'Union à la CEDH permettra la soumission de son système juridique à un contrôle juridictionnel externe, indépendant et nécessairement conforme à l'identité constitutionnelle des États membres, puisque cette dernière est nécessairement soumise en matière de droits fondamentaux aux appréciations de la Cour EDH.

683. Si un modèle universel s'est dessiné, tour à tour embrassé par les États membres, puis par l'Union elle-même, force est de constater que ce modèle n'exclut pas les disparités entre les différentes garanties nationales du droit au procès équitable. Il s'agit donc d'une part, d'envisager comment la Cour appréhende le droit au procès équitable, lorsqu'il est invoqué par un État, et d'autre part de déterminer si elle respecte les divergences nationales en la matière. Ce n'est qu'à cette seule condition, qu'il sera alors possible de conclure que

[1] CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, Aff. C-85/76, point 9.
[2] Voir par exemple, CJCE, 21 mars 1990, Belgique c/ Commission, Aff. C-142/87, points 45 et 46.
[3] CJCE, 15 mai 1986, Johnston, Aff. C-222/84, points 18 et 19.
[4] CJCE 18 janvier 2007 PKK et KNK, C-229/05, point 109.
[5] Voir respectivement les articles 47, 48, 49 et 50 CDF.

l'inclusion du droit au procès équitable dans le droit de l'Union et sa protection dès lors intégrée permettent de respecter ou plutôt de ne pas porter atteinte à l'identité constitutionnelle des États membres en la matière, en parvenant alors à un certain équilibre entre le constitutionnalisme libéral de l'Union et celui des États membres.

Le droit au procès équitable a notamment et logiquement fait l'objet d'une utilisation par les États devant la Cour de justice dans le cadre de plusieurs instruments juridiques différents ayant pour objet la coopération judiciaire entre les États membres. Les premiers sont relatifs à la coopération judiciaire en matière civile et commerciale (A), le second est la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et concerne en ce sens la coopération judiciaire en matière pénale (B).

A) Dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale

684. La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968[1] témoigne dans son préambule de la volonté des États « de mettre en œuvre les dispositions de l'article 220 dudit traité en vertu duquel elles se sont engagées à assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires » en matière civile et commerciale, et rajoute ainsi « *qu'il importe à cette fin de déterminer la compétence de leurs juridictions dans l'ordre international, de faciliter la reconnaissance et d'instaurer une procédure rapide afin d'assurer l'exécution des décisions, des actes authentiques et des transactions judiciaires* ». De même, un Règlement du Conseil communautarisant la convention, concerne le même objet tout en donnant une force contraignante plus importante aux principes dont dispose la convention[2]. Ces deux instruments juridiques visent par conséquent à simplifier et harmoniser les règles relatives à la compétence des juridictions nationales, mais également et surtout à assurer la reconnaissance et l'exécution des jugements de ces juridictions dans les autres États membres.

Par ces deux textes, la reconnaissance et l'exécution des jugements dans les États membres deviennent des obligations relevant du droit international dans un premier temps à travers la convention, puis d'une obligation du droit de l'Union avec le Règlement. Ces deux textes et les obligations qui en découlent sont par ailleurs soumis à l'interprétation de la Cour.

[1] Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 27 septembre 1968, modifiée par le protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la CJCE de la convention.

[2] Règlement n°44/2001 du Conseil, 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L 12 du 16/01/2001 pp. 1-23.

Les États, lorsqu'ils sont dans la position de l'État requis, c'est-à-dire lorsqu'ils sont tenus de reconnaître et rendre exécutoire la décision judiciaire de l'État d'origine, ne peuvent en premier lieu se dégager de cette obligation. Celle-ci est en effet opérée de façon quasi automatique, sans qu'il soit possible pour la juridiction requise de soulever d'office l'un des motifs de non-exécution. C'est ensuite, lors d'une autre procédure, que la partie défenderesse peut attaquer l'acte d'exécution de la décision d'origine, permettant en conséquence à l'État requis, sous certaines conditions et pour certains motifs, de se dégager de son obligation préalable de reconnaissance et d'exécution.

Ces motifs de non-reconnaissance sont limitativement énumérés dans l'article 27 de la convention, ainsi que dans l'article 34 du Règlement. Parmi ceux-ci figure le motif d'ordre public. La CJUE a eu, dès lors, loisir d'en interpréter la signification et de dégager les éléments constitutifs du motif d'ordre public, considérant que « *l'article 27 constitue un obstacle à la réalisation d'un des objectifs fondamentaux de la convention qui vise à faciliter, dans toute la mesure du possible, la libre circulation des jugements en prévoyant une procédure d'exequatur simple et rapide. Cette disposition d'exception doit, dès lors, recevoir une interprétation stricte qui s'oppose à l'assimilation d'une transaction judiciaire à une décision rendue par une juridiction* »[1]. Elle précisa en outre que, dans le système de la convention, le recours à la clause de l'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels[2]. Elle ajouta enfin que « *si les États contractants restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 27, point 1, de la convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention. Dès lors, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant* »[3].

685. Ces trois jurisprudences ont donc tracé les limites de l'invocabilité d'un tel motif ainsi que les conceptions auxquelles il doit correspondre. Il est intéressant de noter qu'en outre le modèle dérogatoire de ces actes est relativement similaire à ce stade aux exceptions consacrées pour les libertés fondamentales dans les traités. Pour autant cela n'indique pas le

[1] CJCE 2 juin 1994, Kleinmotoren, Aff. C-414/92, point 20.
[2] CJCE, 4 février 1988, Ludwig et Hoffmann, Aff. C-145/86, point 21.
[3] CJCE, 28 mars 2000, Krombach, Aff. C-7/98, points 22 et 23.

contenu que peut revêtir une telle notion dans le cadre de ces instruments, puisqu'il revient comme précité aux États membres d'en définir le contour. Concernant les droits fondamentaux et plus particulièrement le droit au procès équitable, c'est l'arrêt Krombach qui opérera le premier leur intégration comme motif invocable au travers des raisons d'ordre public dans le cadre de la convention. Cet arrêt permettra à la Cour de reconnaître une acception nationale du droit au procès équitable lorsqu'elle sera amenée à interpréter la clause de la convention tenant aux exceptions d'ordre public (1). L'arrêt du 2 mai 2006 Eurofood IFSC quant à lui transposera la jurisprudence Krombach dans le cadre du Règlement 1346/2000 relatif à la reconnaissance des procédures d'insolvabilité, domaine particulièrement proche de la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires. Ainsi, cela porte à croire que la jurisprudence Krombach serait tout à fait transposable au règlement 44/2001, mais également par extension et de façon hypothétique aux autres règlements disposant d'une clause d'ordre public. Toutefois le droit au procès équitable y sera entendu selon une conception relevant non pas du droit national, mais du droit de l'Union (2).

1. La reconnaissance d'une conception nationale du droit au procès équitable dans l'interprétation de la clause d'ordre public

686. L'arrêt Krombach, dans le cadre d'une décision en interprétation relative à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, a permis d'intégrer le droit de la défense aux exceptions d'ordre public envisagées dans l'article 27 de ladite convention et permet ainsi à un État de ne pas reconnaître la décision provenant d'un autre État membre. La Cour y rappela d'ailleurs sa jurisprudence précédemment évoquée, au sujet du principe de protection et d'inspiration des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union.

Cette affaire portait une série de questions préjudicielles devant la Cour de justice à la suite d'une requête de Monsieur Krombach devant une juridiction allemande, relative à la contestation de la reconnaissance par les juridictions allemandes d'un arrêt d'origine française, le condamnant notamment au civil à des dommages et intérêts, dans le cadre d'une procédure par contumace. La seconde question préjudicielle, particulièrement intéressante, était la suivante : « [la] *juridiction de l'État requis* […] *peut-elle, dans le cadre de l'ordre public visé à l'article 27, point 1, de la convention de Bruxelles, tenir compte du fait que la juridiction répressive de l'État d'origine a rejeté la défense du débiteur par un avocat pour*

l'action civile […]*, au motif que le défendeur, domicilié dans un autre État contractant, est poursuivi pour une infraction intentionnelle et qu'il n'a pas comparu personnellement ?* ». Cette question conduisait ainsi le juge à déterminer, si le droit à la défense et par extension au procès équitable qui, comme ce dernier le rappelle, a été expressément reconnu en tant que droit fondamental, peut permettre à la juridiction allemande de ne pas reconnaître l'arrêt français et par là même, de dégager l'État allemand de ses obligations découlant de la Convention. Si ce droit fondamental est invoqué au départ par Monsieur Krombach pour se soustraire au paiement de dommages et intérêts, il est par ailleurs clairement utilisé par l'État allemand exposant un avis identique dans cet arrêt.

687. S'agissant de la réception par la Cour d'un tel lien entre non-respect d'un droit fondamental tel que celui invoqué et une atteinte à l'ordre public, elle développa un argument selon lequel, un recours à la clause d'ordre public n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance et/ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Selon la cour, « [afin] *de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* »[1]. Une telle formulation semble clairement animée par une volonté de prendre en compte un élément relevant, au sens du droit interne, de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne, dont les droits fondamentaux et règles essentielles, élevés au rang constitutionnel et protéger par la clause d'éternité, en constituent à ce titre une composante substantielle.

Après avoir précisé à nouveau que le « *droit à être défendu, auquel fait référence la question préjudicielle*, […] *occupe une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable et qu'il figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres* », la Cour cita également la jurisprudence de Strasbourg en la matière, pour conclure qu'il ressort de cette jurisprudence que le juge national d'un État contractant est en droit de considérer que le refus d'entendre la défense d'un accusé absent des débats caractérise une violation manifeste d'un droit fondamental. Le juge, soulignant lui-même que cet arrêt constitue une évolution jurisprudentielle, rappela en outre que le recours à l'ordre public relève de cas exceptionnels, dès lors que « la législation de l'État d'origine et la convention elle-même n'ont pas suffi à

[1] *Ibid.*, point 37.

protéger le défendeur d'une violation manifeste de son droit de se défendre devant le juge d'origine, tel que reconnu par la CEDH ». Cette jurisprudence n'opérerait-elle pas en filigrane une interprétation des raisons d'ordre public à l'aune de l'identité constitutionnelle allemande, dans la mesure où la convention n'a pu maintenir le niveau de protection défini par l'État membre requis, tel que son identité constitutionnelle le lui imposait ?

688. D'ailleurs, comme le rappelle l'avocat général M. Antonio Saggio[1] en charge de l'affaire Krombach, la convention se réfère expressément à l'ordre public national de l'État, le conflit portant entre les règles nationales de procédure de l'État d'origine et un principe fondamental consacré par le droit de l'État requis. Ainsi il s'agit, même si le droit de la défense est consacré dans l'ordre juridique de l'Union en tant que principe fondamental, d'apprécier la situation au regard de la conception allemande du droit de la défense se distinguant dans le cadre d'un procès par contumace du droit français, afin de déterminer s'il y a eu atteinte à un principe fondamental national. L'objectif ici, n'est donc pas tant de concilier le droit de l'Union avec l'identité constitutionnelle d'un État membre, mais bel et bien de confronter les identités constitutionnelles de deux États différents entre-elles, bien que cette conciliation soit rendue nécessaire par l'application de la Convention. Si le fait que la Cour se base sur les exceptions d'ordre public ressemble fortement à sa démarche dans l'arrêt Omega, dans l'arrêt Krombach, c'est la nature du texte elle-même qui conditionne l'appréciation du droit fondamental au regard de la situation nationale, par l'intermédiaire de l'ordre public, et non l'absence d'une valeur autonome du droit de la défense dans l'ordre juridique de l'Union, comme c'était le cas dans l'arrêt Omega avec la conception allemande du respect de la dignité humaine.

2. La protection intégrée du droit au procès équitable dans l'interprétation de la clause d'ordre public

689. L'arrêt du 2 mai 2006, Eurofood IFSC[2] présente de grandes similitudes avec l'arrêt Krombach, celui-ci traite en effet d'une affaire relative à l'interprétation par la Cour du règlement 1346/2000 sur la reconnaissance des procédures d'insolvabilité entre États membres. L'État irlandais par l'intermédiaire de sa Cour suprême y invoquait l'article 26, prévoyant qu'un État membre puisse refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité

[1] Conclusions SAGGIO A., CJCE, 23 septembre 1999, Krombach, Aff. C-7/98, points 23 à 28.
[2] CJCE, 2 mai 2006, Eurofood IFSC, Aff. C-341/04.

ouverte dans un autre État membre, lorsque cette reconnaissance produirait des effets manifestement contraires à son ordre public. A l'appui de ce motif, la Cour irlandaise arguait d'une violation du droit d'obtenir communication des pièces de procédure et, plus généralement, du droit à être entendu.

La Cour de justice a ici explicitement transposé sa jurisprudence Krombach, considérant ainsi que l'invocabilité de droits fondamentaux, tels que dans le cas présent celui de la défense, était envisageable comme raison d'ordre public dans le cadre dudit règlement. Elle rajouta par ailleurs que « *s'agissant plus précisément du droit à obtenir communication des pièces de procédure et, plus généralement, du droit à être entendu* […] *il convient de relever qu'ils occupent une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, le droit pour les créanciers ou leurs représentants de participer à la procédure dans le respect du principe de l'égalité des armes revêt une importance particulière. Si les modalités concrètes du droit à être entendu peuvent varier en fonction de l'urgence qu'il peut y avoir à statuer, toute restriction à l'exercice de ce droit doit être dûment justifiée et entourée de garanties procédurales assurant aux personnes concernées par une telle procédure une possibilité effective de contester les mesures adoptées dans l'urgence* ».

Le juge ne s'appuie toutefois pas comme dans l'arrêt Krombach sur le droit national et la conception éventuellement spécifique du droit équitable dans le droit constitutionnel, mais sur sa reconnaissance et sa protection par le droit de l'Union. Le droit au procès équitable identifié comme relevant par les États de leur identité constitutionnelle est donc respecté par une protection intégrée. L'invocabilité d'un tel droit désormais transposé au niveau de l'Union peut donc permettre à un État de se dégager de ses obligations découlant du Règlement. La Cour y a, par ailleurs, encore rappelé la portée limitée des dérogations basées sur l'ordre public, ici dans le cadre de l'article 26, et plus précisément que l'exception d'ordre public ne devrait s'appliquer que dans des cas exceptionnels. Elle a finalement conclu qu'il revenait à la juridiction de renvoi d'apprécier si le droit d'être entendu avait été violé.

690. Il ressort de ces deux derniers arrêts que lorsqu'une limitation tenant à l'ordre public est envisagée dans la convention visée ou dans un acte de droit dérivé, afin de justifier de la non-application de celle-ci ou de celui-ci, l'État peut rattacher à ce moyen la violation d'un droit fondamental conçu au niveau national, voire au niveau européen[1]. Il paraît nécessaire à

[1] Ces deux arrêts sont en outre confirmés par un arrêt très similaire et s'appuyant également sur l'arrêt Krombach. Voir, CJCE, 2 avril 2009, Gambazzi, Aff. C-394/07, point 26-29.

cet effet que ce dernier soit consacré comme tel dans son ordre juridique interne, dans l'ordre juridique de l'Union ou encore dans la CEDH. Sa violation doit en outre être suffisamment grave et manifeste. Cette faculté offre donc indéniablement un moyen pour l'État de défendre une composante de son identité constitutionnelle, soit par sa prise en compte directe, soit par l'intermédiaire d'une protection intégrée. S'agissant du rattachement à l'ordre public du droit fondamental, cette voie est la seule base juridique pour l'État dans le cadre de l'acte de droit dérivé ou de la convention visée, mais permet néanmoins de parvenir à un certain équilibre entre les systèmes de protection des droits fondamentaux des États et de l'Union.

Or, deux affaires portant dans un domaine connexe, qui est celui de la reconnaissance des décisions pénales entre États membres en application du mandat d'arrêt européen, présentent également un lien avec le droit au procès équitable. D'ailleurs, l'une d'entre elle pourrait particulièrement remettre en cause la faculté des États d'invoquer une conception particulière du droit au procès équitable, afin de refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen.

B) Dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale

691. La coopération judiciaire entre États membres ne se limite plus au domaine civil et commercial. Depuis l'adoption de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, elle s'ouvre également sur le domaine pénal[1]. L'acte a pour vocation de remplacer le système habituel d'extradition. Il impose avec une faible marge de manœuvre au juge d'un État membre désigné comme autorité judiciaire d'exécution du mandat, la reconnaissance d'une décision d'un juge d'un autre État membre désigné comme autorité judiciaire d'émission du mandat, selon laquelle il est demandé de remettre aux autorités nationales du second une personne présente sur le territoire du premier.

L'acte implique ainsi une reconnaissance mutuelle des décisions pénales et poursuit l'objectif d'accélérer et de rendre plus effective l'exécution des demandes d'extradition. Le mandat peut être émis dans l'objet d'exercer des poursuites pénales, d'exécuter une peine ou encore d'exécuter une mesure de sûreté privative de liberté. Reposant sur « un degré de

[1] Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190 du 18/7/2002, pp. 1-20 ; Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, JO L 81 du 27/3/2009, pp. 24–36 ; voir également *supra* (§348 ; 357 et s.).

confiance élevé entre les États membres », ainsi que sur le respect des droits fondamentaux tels que formulés dans le traité et la CDF, elle garantit en outre que les États membres puissent continuer « d'appliquer [leurs] 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 médias »[1].

À ce propos, dans deux affaires portées devant la Cour de justice au sujet de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, des États membres ont invoqué le respect du droit au procès équitable. Il s'agit des affaires Melloni[2] (1) et Jeremy F.[3] (2).

1. La non reconnaissance d'une acception nationale lors de l'interprétation des critères d'inexécution d'un mandat d'arrêt européen

692. Il existe pour l'autorité judiciaire à laquelle il est adressé, un certain nombre de motifs d'inexécution du mandat. Deux types de motifs sont distingués, certains obligatoires d'autres facultatifs[4]. Sans les aborder dans le détail, les motifs facultatifs ont été modifiés par la décision-cadre de 2009 à propos des mandats émis à la suite d'un jugement par défaut, en permettant à l'autorité judiciaire réceptionnant le mandat de refuser son exécution seulement sur la base de critères strictement définis et énumérés, dont ne fait plus partie le refus de réviser sa décision par l'État émetteur du mandat.

693. C'est à ce sujet que l'affaire Melloni fut soumise sur renvoi préjudiciel à la Cour de justice[5]. En l'espèce un ressortissant italien, libéré sous caution en attente de son procès devant une juridiction italienne, a fui le territoire de l'État membre pour se réfugier en Espagne. Jugé par défaut en première instance, appel et cassation, tout en ayant eu connaissance de ses dates de comparutions et bénéficié de la défense de ses avocats, il fut émis à son encontre un mandat d'arrêt européen adressé à une juridiction espagnole et faisant suite à son interpellation en Espagne. Contestant devant la juridiction espagnole sa remise aux autorités italiennes en considération du fait qu'il avait changé d'avocats à partir de la procédure italienne d'appel et qu'en conséquence ses dates de comparutions en appel et en

[1] Décision-cadre 2002/584/JAI, précitée, considérant introductif n° 10, 12 et 13.
[2] CJUE, 26 février 2013, Melloni, Aff. C-399/11.
[3] CJUE, 30 mai 2013, Jeremy F., Aff. C-168/13 PPU.
[4] Décision-cadre 2002/584/JAI, précitée, article 4.
[5] Voir notamment sur cet affaire, RITLENG D., « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD Eur.*, 2013 p. 267.

cassation ne lui avaient pas été remises, il exigeait que l'exécution du mandat soit subordonnée à la condition que lui soit garantie, par les autorités italiennes, la possibilité d'exercer un nouveau recours contre la première décision l'ayant condamné.

Suite au refus de la juridiction espagnole d'exécution de prendre en compte ses arguments, il exerça un recours d'*amparo* devant la juridiction constitutionnelle espagnole. Il alléguait une violation du droit au procès équitable, tel que protégé par la Constitution espagnole, au motif que la décision italienne rendue par défaut ne saurait être révisée. Il faisait en ce sens référence à la jurisprudence constitutionnelle espagnole, qui avait considéré par le passé (avant la modification de la première décision-cadre par celle de 2009) que dans une telle situation, l'État membre d'émission devait donner les garanties que la personne ayant fait l'objet du mandat puisse avoir la possibilité de demander une nouvelle procédure de jugement, qui garantisse ses droits de la défense.

C'est donc dans ce cadre factuel et juridique complexe que le juge constitutionnel espagnol décida de surseoir à statuer et d'adresser trois questions préjudicielles à la Cour de justice. Il s'agissait pour le juge de renvoi de déterminer si les dispositions de la décision-cadre lui permettaient de soumettre l'exécution du mandat d'arrêt à la condition que puisse être révisée la décision italienne, puis dans la négative de déterminer si cette impossibilité était conforme à la CDF et enfin dans la seconde négative s'il lui était possible de faire valoir une interprétation nationale spécifique du droit au procès équitable, afin de justifier l'inexécution du mandat, de telle sorte qu'il ne soit pas porté atteinte à son droit constitutionnel.

694. La première question, en considération des modifications apportées par la décision-cadre de 2009, reçut une réponse négative. En effet, seule la non-connaissance de ses dates de comparutions par le prévenu aurait permis l'acceptation d'un tel motif d'inexécution. En l'espèce, la juridiction espagnole considérait que Monsieur Melloni avait eu connaissance de ces dates. En conséquence, aucune disposition de la décision-cadre n'autorisait l'Espagne à ne pas exécuter le mandat concerné.

De même, s'agissant de la seconde question visant en substance à évaluer la compatibilité sur ce point de la décision-cadre avec la CDF, le juge de l'Union retint sa compatibilité en considération du fait que si le droit au procès équitable est un droit fondamental, ce droit ne saurait être absolu. En ce sens, l'accusé pouvait renoncer à comparaître en personne, sans que cela soit considéré comme une violation de ce droit

fondamental, dès lors qu'il avait pris connaissance du lieu et de la date de l'audience ou qu'il ait pu être représenté par un avocat.

695. À l'aune de ces réponses, la troisième question conservait toute sa pertinence. L'Espagne était-elle en mesure de faire prévaloir sa propre acception du droit au procès équitable sur celle dégagée de la CDF. L'exécution de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen peut-elle se voir limiter par une conception constitutionnelle spécifique d'un droit fondamental, alors même qu'elle prévoit des conditions exhaustives d'inexécution qui en l'espèce n'étaient aucunement satisfaites. Il faut rappeler à cet effet que tant la décision-cadre que la CDF marquent une certaine déférence envers les standards nationaux de protection des droits fondamentaux, notamment lorsqu'ils seraient plus élevés que celui de la CDF. Pourtant, le juge de l'Union ne tint pas pour valide cet argument. La CJUE considéra en effet que cette latitude n'est possible, que dans la mesure où la prise en compte de ce standard, lors de l'adoption des mesures internes d'exécution des actes de droit dérivé, répond aux critères d'effectivité et de primauté du droit de l'Union. Or, la décision-cadre prévoyant expressément, à la suite d'un consensus entre les États membres, des critères exhaustifs d'inexécution, ce serait nier l'effet utile de ladite décision que d'admettre, sur la base d'une conception nationale spécifique d'un droit fondamental, un motif d'inexécution supplémentaire.

696. Si un rapprochement peut être opéré avec l'affaire Krombach et plus encore avec l'affaire Omega, force est de constater que dans le premier cas la CDF n'existait pas et que dans le second elle n'était pas pleinement entrée en vigueur. Ainsi, la CDF par l'effort d'harmonisation des droits fondamentaux qu'elle opère entre les États membres ne pourrait-elle plus se voir opposée une appréciation nationale spécifique d'un droit fondamental[1] ? Par ailleurs l'absence de référence envers l'identité nationale par le juge de l'Union, nonobstant le fait que l'Espagne ait clairement rattaché les droits fondamentaux aux composantes de son identité constitutionnelle, confirme le fait que les droits fondamentaux ne sont pas considérés par le premier comme inséré, du moins de façon explicite, dans le champ matériel d'application du principe du respect de l'identité nationale. L'avocat général Bot notait à ce propos que la portée du droit au procès équitable en Espagne n'est pas absolue lorsqu'est concernée la tenue d'un nouveau procès à la suite d'un jugement par défaut et que dans ce

[1] Voir sur ce point, GAZIN F., « Mandat d'arrêt européen. Reconnaissance mutuelle versus protection des droits fondamentaux : prévalence accordée à la première en droit pénal de l'UE », *Europe*, avril 2013, pp. 23-25.

cadre, ce dernier élément ne relève pas de l'identité constitutionnelle espagnole[1]. Il ajoutait surtout qu'il ne faut pas « *confondre ce qui relève d'une conception exigeante de la protection d'un droit fondamental avec une atteinte à l'identité nationale* […]. *Il s'agit, certes, en l'occurrence d'un droit fondamental protégé par la Constitution espagnole dont l'importance ne saurait être sous-estimée, mais cela ne signifie pas pour autant que l'application de l'article 4, paragraphe 2, TUE doive ici être envisagée* »[2]. Pourtant, cela n'avait pas empêché dans l'affaire Omega d'admettre une interprétation spécifique de la dignité humaine. Pour quelle raison cette prise en compte ne serait-elle guère possible ici ?

Au constat de la subsistance de divergences entre les catalogues des droits fondamentaux des États et celui de l'Union, l'avocat général Jacobs s'interrogeait dans ses conclusions relatives à l'arrêt Schmidberger, au sujet de l'hypothétique réception par la Cour de justice d'un argument étatique tenant à la protection d'un droit fondamental qui, en plus de ne pas être accueilli par la Charte bien que reconnu par une Constitution nationale, entrerait en conflit direct et systématique avec l'ordre juridique de l'Union[3] ? Ce dernier affirmait alors pour y répondre qu'il ne serait pas possible « d'exclure automatiquement qu'un État membre qui invoque la nécessité de protéger un droit reconnu comme fondamental par le droit national n'en poursuit pas moins un objectif qui doit être considéré comme illégitime au regard du droit communautaire »[4]. Ici, même s'il ne s'agit que d'une interprétation spécifique d'un droit pourtant reconnu par la CDF, l'arrêt Melloni dans le cadre du mandat d'arrêt européen apporte une solution analogue aux prescriptions de l'avocat général. L'on pourrait présumer que dans le cadre d'un acte de droit dérivé ayant justement pour objet d'encadrer la coopération judiciaire en matière pénale, reconnaître un motif d'inexécution tiré de la conception constitutionnelle du droit au procès équitable, reviendrait dans le cadre des libertés de circulation à admettre un objectif économique. Serait ainsi ouverte la boîte de Pandore, et rendue illusoire une application uniforme et effective de la décision-cadre.

[1] Conclusions BOT Y., CJCE, 2 octobre 2012, Melloni, Aff. C-399/11, point 140.
[2] *Ibid.*, point 142.
[3] Conclusions JACOBS F., CJCE, Schmidberger, précitées, point 97 : « On peut toutefois imaginer un instant un ordre juridique (purement hypothétique) d'un État membre qui reconnaisse expressément le droit fondamental d'être protégé contre la concurrence déloyale d'autres firmes et, en particulier, de firmes établies à l'étranger, ou une jurisprudence admettant un tel droit comme un aspect du droit fondamental de libre activité économique, ou le droit fondamental de propriété. Il convient en outre de garder à l'esprit qu'en dépit d'un consensus de base, qui se reflète dans la Convention européenne des droits de l'homme, sur un noyau de droits qui doivent être considérés comme fondamentaux, il y a un certain nombre de divergences entre les «catalogues» des droits fondamentaux des États membres, qui reflètent souvent l'histoire et la politique culturelle particulières d'un État membre donné ».
[4] *Ibid.*, point 98.

697. Quoi qu'il en soit la décision de la juridiction de l'Union revient en substance à refuser le respect d'une composante de l'identité constitutionnelle de l'Espagne, au bénéfice d'une application effective et uniforme du droit de l'Union, avec pour toile de fond une résurgence de la jurisprudence Handelsgesellschaft, squelette jurisprudentiel d'ailleurs ressorti du placard pour l'occasion. Cette affaire peut dès lors se traduire comme une rupture de l'équilibre précédemment observé entre les systèmes de protection des droits fondamentaux. Or, cette rupture se réalise non seulement au profit de l'application uniforme du droit de l'Union, mais également à celui de l'unité de son système de protection des droits fondamentaux, de telle sorte qu'elle symbolise avec force l'émergence d'un constitutionnalisme libéral de l'Union qui tend de plus en plus à s'autonomiser vis-à-vis de celui des États.

S'il fut impossible pour l'Espagne de faire prévaloir sa conception particulière du droit au procès équitable, il n'en est d'ailleurs pas de même lorsque l'interprétation livrée par le juge de renvoi trouve son équivalent dans la CDF, comme dans l'affaire Jeremy F.

2. La prise en compte d'une acception concordante avec la CDF lors de l'interprétation des recours suspensifs d'exécution du mandat d'arrêt européen

698. La décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen prévoit également qu'un mandat puisse être étendu à d'autres infractions commises avant sa remise[1]. C'est à ce sujet que l'affaire Jeremy F. fut soumise à l'appréciation de la Cour de justice sur renvoi préjudiciel adressé, il faut le rappeler, pour la première fois par le Conseil constitutionnel[2]. Un ressortissant du Royaume-Uni, contre lequel une procédure pénale était engagée dans son État d'origine pour enlèvement d'enfant, fit l'objet d'un mandat d'arrêt européen. Interpellé en France, la juridiction française d'exécution du mandat accepta de le remettre aux autorités anglaises. Néanmoins, une demande d'extension du mandat fut émise par le Royaume-Uni, à la suite d'une requalification des charges pesant à son encontre, pour fait d'activité sexuelle avec une enfant mineure de seize ans. La juridiction française consentit à l'extension de la remise, décision que contesta le concerné devant la Cour de cassation. Pourtant, le droit français en application de la décision-cadre prévoyait qu'aucun recours ne puisse être exercé contre cette décision. Par cette dernière considération, la Cour de cassation a sur demande de l'intéressé posé une QPC au Conseil constitutionnel, en vue de déterminer la compatibilité de

[1] Décision-cadre 2002/584/JAI, précitée, article 27 et 28.
[2] Voir sur cet arrêt LABAYLE H. « Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013 p. 691.

la mesure interne de transposition de la décision-cadre avec la Constitution et le droit au procès équitable dont elle dispose.

Le Conseil constitutionnel, reconnaissant que l'absence de recours envers une décision judiciaire était potentiellement contraire au droit fondamental d'avoir un procès équitable, s'interrogea sur l'éventuelle marge d'appréciation que possédait le législateur lors de l'adoption de la mesure litigieuse, aux fins de déterminer s'il s'agissait d'une incompatibilité résultant de la décision-cadre elle-même, ou seulement de la marge d'appréciation du législateur. Dans le premier cas, il lui serait alors permis de sanctionner la mesure nationale, au risque de laisser temporairement inappliquée la décision-cadre, le temps que le législateur national puisse revoir sa copie. Dans le second cas, il pourrait soit considérer qu'en tant qu'exigence constitutionnelle, il ne lui revient plus de contrôler la transposition d'un acte clair et inconditionnel du droit de l'Union, soit que touchant un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, il serait tenu de sanctionner la mesure de transposition et laisser inappliquée la décision-cadre jusqu'à une éventuelle révision constitutionnelle. C'est à l'aune de cette réflexion qu'il entreprit de surseoir à statuer et d'adresser une question préjudicielle à la Cour de justice. Il était alors demandé en substance à la Cour d'évaluer la conformité avec la décision-cadre d'un recours interne suspendant l'exécution d'un mandat ayant fait l'objet d'une extension par l'autorité d'émission. La réponse de la Cour s'articula en deux temps, prenant d'abord le soin de préciser si un éventuel recours suspensif pouvait être prévu, elle s'attacha ensuite à en définir les limites.

699. S'agissant de la possibilité de former un recours suspensif, la Cour nota que la décision-cadre demeure muette à ce sujet, mutisme ne signifiant pas pour autant que les États membres ne puissent pas le prévoir. Se livrant alors à l'analyse de l'acte de droit dérivé, elle s'appuya essentiellement sur le respect par ce dernier des droits fondamentaux, tels que définis non seulement pas la CDF, mais également par la CEDH, pour observer que l'ensemble des garanties offertes par ces deux textes sont intégrées dans les procédures visées par l'acte « indépendamment des modalités de mise en œuvre de la décision-cadre choisies par les États membres »[1]. Sur ce dernier point, elle ajouta que le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel est fondée la décision « *repose lui-même sur la confiance réciproque entre les États membres quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus*

[1] Arrêt Jeremy F., précité, point 47.

au niveau de l'Union, en particulier dans la Charte »[1]. Or, relevant ensuite en considération de la nature même de la décision-cadre, que les États membres bénéficient d'une marge de manœuvre quant à la forme, aux moyens nécessaires et aux modalités afin de la mettre en œuvre, elle conclut qu'il leur est possible de prévoir un tel recours suspensif. Elle précisa enfin de la même façon qu'elle put le faire dans l'arrêt Melloni que « pour autant qu'il n'est pas fait échec à l'application de la décision-cadre, celle-ci n'empêche pas un État membre […] d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives, notamment, au respect du droit à un procès équitable »[2].

C'est dans ce cadre que la Cour aborde enfin la question des limites à l'instauration d'un tel recours suspensif. Elle envisagea ainsi les délais imposés aux juridictions d'exécution par la décision-cadre, pour considérer que si les États sont libres de mettre en place ce type de recours, celui-ci ne doit pas avoir pour effet de nuire à la célérité préconisée, sans quoi cela reviendrait à remettre en question l'effectivité de la décision-cadre, puisque son objet même est celui d'accélérer les procédures d'extradition entre États membres.

700. Si dans l'arrêt précédent, l'application des règles constitutionnelles espagnoles en la matière aurait vraisemblablement fait échec à l'effectivité de la décision-cadre, il ne semble pas en aller de même dans cette nouvelle affaire où le droit national concordait en outre largement avec les prescriptions de la CDF et de la CEDH. D'ailleurs, l'insistance de la Cour tant sur le degré de protection fournie par la Charte, que sur l'équivalence des systèmes nationaux en la matière, notamment lorsque les États disposent d'une marge de manœuvre, de même que la nécessaire confiance entre les États, conduit à penser que non seulement la mise en place d'un tel recours suspensif est permise, mais qu'elle est surtout « préconisée »[3]. En effet ce recours, apparaissant comme une garantie du droit au procès équitable tel que défini dans la Constitution des États membres, mais aussi dans la CDF et la CEDH, aurait par son absence pu altérer cette confiance réciproque impliquant « que chaque État puisse avoir la certitude que les autres respectent également les droits fondamentaux »[4]. De l'absorption des droits fondamentaux constitutionnellement garantis par les États, l'Union en vient désormais à leur préconiser des solutions propres à garantir leur respect, lors de la mise en œuvre du droit de l'Union.

---

[1] *Ibid.*, point 50.
[2] *Ibid.*, point 53.
[3] Voir BERLIN D., « Dans le silence du texte, ce qui n'est pas interdit est permis… voire préconisé », *La semaine juridique édition générale*, juin 2013, pp. 1230-1231.
[4] *Ibidem*.

701. Ces utilisations du droit au procès équitable et leurs réceptions par la Cour témoignent de la remarquable évolution apportée par la charte dans les rapports entre les systèmes de protection des droits fondamentaux nationaux et de l'Union. Si avant sa pleine entrée en vigueur, il était possible de retenir le droit au procès équitable, tel que spécifiquement garanti par un État membre, comme susceptible, au même titre que les autres droits précédemment envisagés, de justifier la limitation de l'applicabilité du droit de l'Union, depuis lors les choses ont semble-t-il changé. Ainsi, il n'apparaît plus permis de considérer, en l'état de la jurisprudence, qu'une conception nationale spécifique de ce droit fondamental par rapport à la CDF puisse permettre à un État de ne pas exécuter un acte de droit dérivé, dans les cas d'espèces relatifs à la coopération judiciaire, voire plus largement de ne pas garantir la pleine effectivité du droit de l'Union. Tout au plus, lorsqu'il lui est laissé une marge de manœuvre, celui-ci peut conserver une protection plus étendue d'un droit fondamental, tant que ce standard national ne vient pas mettre en échec l'uniformité du droit de l'Union en dernier lieu confortée par la CDF.

702. Dans une acception partagée par les ordres juridiques, les droits fondamentaux sont clairement invocables par les États membres pour justifier une restriction ou encore remettre en cause la validité d'un acte de droit dérivé. Même si l'État requérant ou défendeur peut en premier lieu invoquer un droit fondamental garanti par sa constitution, le contrôle exercé par la Cour de justice, après un effort de translation, est toutefois centré sur les droits fondamentaux tels que définis par la Charte, en considération parfois des traditions constitutionnelles communes et de la CEDH. Il leur est ainsi garanti une protection intégrée, qui assure de façon implicite que les droits fondamentaux identifiés par les États comme relevant de leur identité constitutionnelle soient subséquemment respectés. La question se complique lorsqu'un État fait valoir une appréciation spécifique d'un droit fondamental. Si avant la pleine entrée en vigueur de la CDF, la Cour de justice a pu prendre en compte ces interprétations, force est de constater que désormais, un risque d'uniformisation tend à découler de son adoption qui, nonobstant la supposée prise en compte textuelle des traditions constitutionnelles et des standards nationaux de protection plus élevée, conduit en pratique à rendre très limitée la faculté des États de s'en prévaloir devant la Cour de justice. Comme le relevait Anne Levade, « à trop vouloir révéler l'identité des *identités*, le risque est grand qu'elles soient identiquement niées »[1]. Néanmoins cette absorption des droits fondamentaux

[1] LEVADE A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable », *op.cit.*, p. 128.

dans l'ordre juridique de l'Union, la mise en œuvre de leur protection intégrée et la soumission du droit de l'Union à leur respect consacrent, en tant que limite à l'exercice du pouvoir politique par les institutions européennes, l'émergence d'un véritable constitutionnalisme libéral[1].

Conclusion du chapitre 1 :

703. L'utilisation par les États des droits fondamentaux devant la Cour de justice démontre à elle seule l'existence d'une protection multi-niveaux de ceux-ci, s'effectuant non seulement à l'échelon étatique, ainsi qu'à celui de la CEDH, mais également désormais de façon tout aussi poussée au niveau de l'Union, bénéficiant avec la CDF d'un catalogue complet. Cette utilisation met en lumière les relations croisées en la matière entre différents ordres juridiques, tout autant que la translation des questions de droits relevant *a priori* du domaine national vers le domaine européen.

Cette translation permet à l'Union d'assurer dorénavant une protection intégrée des droit fondamentaux, tout en garantissant aux États le respect de droits qu'ils ont pour nombre d'entre eux assimilés à leur identité constitutionnelle. L'absorption des droits fondamentaux par l'Union lui permet ainsi de respecter implicitement cette identité, tout en ne rompant pas avec l'unité de son droit. En effet, « cette diversité des sources ne signifie pas l'émiettement ou l'éparpillement du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne. Celui-ci demeure un dans la diversité de ses origines »[2]. La diversité de ces sources garantit en outre un certain équilibre entre les différents systèmes de protection des droits fondamentaux, en autorisant parfois la prise en compte d'interprétations nationales spécifiques, dès lors qu'elles n'empêchent pas, au moins de façon disproportionnée, le droit de l'Union de trouver une application effective au sein des ordres juridiques nationaux.

704. À ce propos, pas plus que le traité dans la définition matérielle de l'identité nationale, la jurisprudence de la Cour n'a jamais fait de référence explicite envers le principe du respect de l'identité nationale, dans le cadre des droits fondamentaux. Elle préfère s'appuyer sur son propre catalogue de droits. Si nécessaire, elle les adapte au cas d'espèce en les interprétant conformément aux traditions constitutionnelles communes, voire à celles d'un seul État par le

[1] Voir *infra* (§744 ; §746-748 ; §751 ; §762 ; §771 ; §776 ; §789 ; §591-592 ; §595).
[2] ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 21.

recours à la notion d'ordre public, comme elle put y procéder dans l'arrêt Omega ou dans l'arrêt Krombach. Si aucune référence n'est alors faite envers le principe du respect de l'identité nationale, il n'empêche que les méthodes employées par la Cour, pour prendre en compte les interprétations spécifiques des droits fondamentaux, sont à ce titre particulièrement proches de celles qu'elle emploie dans le cadre d'éléments relevant à titre spécifique de l'identité nationale d'un ou plusieurs États seulement. Ainsi, la Cour a su habilement préserver cette composante de leur identité constitutionnelle, sans explicitement se fonder sur la notion d'identité nationale, tout en ayant recours à la méthode interprétative parfois combinée à la mise en œuvre d'exceptions. Quoi qu'il en soit, aussi bien la dignité que les autres droits fondamentaux ici étudiés ont été respectés par le juge de l'Union à l'exception troublante, mais semble-t-il justifiée par un impératif d'effectivité, de l'arrêt Melloni.

705. L'ensemble des droits fondamentaux analysés furent donc reconnus par la Cour comme susceptibles de justifier une restriction opérée à l'encontre d'une liberté fondamentale ou encore, comme susceptibles de justifier la limitation de la portée d'un acte juridique de l'Union, tel que le règlement sur la circulation des décisions judiciaires nationales entre les États membres. Par ailleurs, il n'est à ce titre pas nécessaire que la protection ou l'interprétation nationale dudit droit correspondent à un standard commun, même si cela tend à faciliter sa reconnaissance. Or, la faculté des États membres d'invoquer des droits intégrés dans leur identité constitutionnelle dépend encore et toujours de la reconnaissance par la Cour de ce droit comme constitutif d'un objectif légitime, ou encore comme susceptible d'être un motif d'inexécution d'un acte de l'Union. L'absorption des droits fondamentaux par l'ordre juridique de l'Union contribue ainsi à transformer la Cour de justice en véritable garante du respect des droits fondamentaux dans le champ du droit de l'Union.

Si cette tâche et la prévisibilité d'une telle reconnaissance apparaissent facilitées par l'applicabilité de la CDF, il n'en est pas toujours de même lorsque le droit invoqué n'y est pas « encore » accueilli, ou pas accueilli en des termes identiques. Dès lors, l'absorption des droits fondamentaux par l'Union se perçoit non seulement comme une solution permettant d'éviter l'affaiblissement de l'unité de son droit, en favorisant la mise en balance de principes et de droits relevant désormais directement de son propre ordre juridique, mais se conçoit également comme l'expression d'un constitutionnalisme libéral à son niveau, qui s'autonomisant de plus en plus vis-à-vis de celui des États, conduit finalement à renforcer son

unité en s'inscrivant dans son identité, ainsi qu'à marquer encore une fois la singularité de la construction européenne.

706. Les droits fondamentaux sont les premiers révélateurs d'une communauté de valeurs et de l'émergence d'un constitutionnalisme libéral de l'Union, qui ne se limite toutefois pas à ces derniers. Le principe de démocratie en est tout aussi évocateur. Se dessine alors une identité de l'Union dont la portée renseigne plus encore sur la nature de la construction européenne.

Chapitre 2 : L'intégration des valeurs communes comme substrat de l'identité de l'Union

707. La reconnaissance et l'absorption par l'Union des valeurs communes aux États membres résultent en premier lieu de certaines réserves de constitutionnalité des États, visant à ce que l'Union ne les viole pas lors de l'adoption de son droit[1]. Il s'agissait en ce sens d'une limite posée à l'action de l'Union. Dans ce cadre, la première insertion de ces valeurs dans le traité de Maastricht ne faisait que référence à ces valeurs en tant que celles des États et non de l'Union. Était ainsi seulement abordé dans le préambule « leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit », de même que l'article F évoquait le fondement des systèmes de gouvernement des États « sur les principes démocratiques ». Seul était visé comme valeur de l'Union, dans ce même article, le respect des droits fondamentaux tels que « garantis par la CEDH […] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes, en tant que principes généraux du droit ». Il était de plus assez paradoxal que cet article soit écarté des compétences de la Cour, alors même que ces principes généraux du droit sont de construction jurisprudentielle[2].

Il faudra ainsi attendre le traité d'Amsterdam, pour que ces valeurs ne soient non plus considérées sous le seul prisme des États, mais également en tant que fondement de l'Union, l'article 6 précisant alors : « L'Union est fondée sur les principes de libertés, 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 États membres ». Une « étape décisive » avait ainsi été franchie[3], la reconnaissance des fondements de l'État membre se muant en assimilation pure et simple de ces derniers dans l'ordre juridique de l'Union. Pourtant l'article était toujours exclu des compétences de la Cour de justice.

C'est seulement l'effort entrepris dans le TECE et poursuivi par le traité de Lisbonne au sein de l'article 2 TUE, qui aura permis que le contrôle du respect de ces valeurs, auxquelles furent d'ailleurs ajoutés la dignité humaine, l'égalité et les droits des minorités, entre effectivement dans le champ des compétences de la Cour de justice[4]. Il a par ailleurs été inséré depuis le traité de Maastricht un article 7, dont la numérotation reste encore inchangée,

[1] Voir sur ce point, BENOÎT-RHOMER F., « Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit ? », *op.cit.*, p. 66 et s.
[2] Voir *supra* (§611).
[3] RIDEAU J., « Les valeurs de l'Union européenne », *RAE*, 2012, p. 329.
[4] Voir *ibidem*, pp. 330-331.

instaurant un mécanisme de sanction politique visant à la suspension des droits notamment de participation au sein du Conseil, dès lors qu'il serait constaté, selon une certaine procédure, dont il importe peu de rappeler ici les détails, qu'un État membre aurait violé de façon persistante les valeurs désormais visées à l'article 2. Ainsi, « l'UE prend à son compte […] la trilogie respect des droits de l'Homme / de la démocratie / de l'État de droit » qui aura en outre conduit à « l'émergence de la conditionnalité démocratique » pour y adhérer[1]. En effet, sans reprendre l'entière évolution des critères d'adhésions à l'Union qui découlent pour l'essentiel du sommet de Copenhague[2], il est évident que l'article 49 TUE dans une lecture croisée avec l'article 2 TUE portant sur les valeurs de l'Union, parmi lesquelles figure la démocratie, impose depuis la révision de Maastricht le respect de ces valeurs communes comme condition préalable à l'adhésion.

708. Il s'agit donc de déterminer si la reconnaissance puis l'absorption progressive par l'Union de ces valeurs communes aux États membres, lui ont non seulement permis de ne pas porter atteinte à leur identité constitutionnelle et ainsi d'empêcher que ceux-ci s'opposent à l'application de son droit, mais aussi et surtout si cette absorption a conduit à la construction d'une identité de l'Union fondée sur ces mêmes valeurs propres au constitutionnalisme libéral. Il faudra alors déterminer la nature de cette identité en insistant essentiellement sur la notion de démocratie libérale (**Section 1**), pour ensuite évaluer la portée juridique d'une telle identité (**Section 2**).

Section 1 : La nature de l'identité de l'Union, vers une démocratie libérale transnationale

709. La démocratie, entendue comme le mode de gouvernement au moyen duquel le peuple, *démos,* dispose de la souveraineté, *kratos,* l'exerçant directement ou par le biais de ses représentants, s'est imposée à l'ensemble des États membres de l'Union européenne soit

[1] BASILIEN-GAINCHE M.-L., « La vertu constituante de l'Union européenne, la promotion des principes de l'État de droit », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 39, voir également pp. 46-47.

[2] Conseil européen de Copenhague, 21 et 22 juin 1993, conclusion de la présidence, SN 180/1/93 REV 1, point 7 : « l'adhésion requiert de la part du pays candidat qu'il ait des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection, l'existence d'une économie de marché viable ainsi que la capacité de faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union. L'adhésion présuppose la capacité du pays candidat à en assumer les obligations, et notamment à souscrire aux objectifs de l'union politique, économique et monétaire ».

qu'ils soient devenus démocratiques avant même sa création, soit qu'ils y aient été invités en vue d'adhérer à l'Union et au Conseil de l'Europe. Le mode démocratique de gouvernement de l'État ne s'arrête pas à la seule détermination de l'origine de la puissance étatique et à la représentation du peuple, mais nourrit des liens avec un certain nombre de principes et notions déjà envisagés. En effet, l'assujettissement de l'État au droit, le contrôle démocratique et juridictionnel de ses actions, le respect et la garantie des droits fondamentaux et plus particulièrement des droits à la liberté d'expression politique, à l'information ou à l'égalité notamment de suffrage, de même que la garantie du pluralisme politique ou de la presse, aussi bien que l'équilibre institutionnel et la structure territoriale ou enfin la délimitation du corps électoral par l'acquisition de la nationalité et/ou de droits politiques détachés, accompagnent l'idée de démocratie et permettent de la qualifier de libérale. Cette conception de la démocratie rejoint celle des professeurs Pierré-Caps et Constantinesco considérant que « la démocratie constitutionnelle tend à l'établissement d'une relation de stabilité entre une société spécifiée et un pouvoir politique chargé de la représenter et de l'exprimer »[1]. Ils qualifient la nature de cette relation « d'isomorphie [...], dans la mesure où elle est fondée sur une identification réciproque de la société et de son pouvoir »[2]. En considération de ses liens avec d'autres éléments de l'identité constitutionnelle et de son importance dans la structuration et l'identification de la nation, il est alors compréhensible que leur nature démocratique ait pu être identifiée au moins par certains États membres comme l'une des caractéristiques de leur identité constitutionnelle.

710. D'ailleurs, l'ensemble de ceux-ci se caractérise systématiquement par le vecteur constitutionnel d'États démocratiques, en insérant leur base démocratique dans les premiers articles de la Constitution à l'image des États fondateurs de l'Union tels que l'Allemagne, la France, l'Italie ou le Luxembourg[3] ; les Pays-Bas et la Belgique apparaissant comme des exceptions. Cette qualification de l'État est en outre rapprochée des notions précédemment envisagées dans les Constitutions très modernes des États membres ayant adhéré plus tardivement à l'Union. En effet ces derniers, souvent en réaction à un passé politique tumultueux, ont fait le choix de relier l'aspect démocratique de l'État, soit uniquement à la

[1] CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 191.
[2] *Ibidem*.
[3] Loi fondamentale allemande, précitée, article 20 ; Constitution française, précitée, article 1 ; Constitution italienne, précitée, article 1 ; Constitution luxembourgeoise, précitée, article 1.

notion d'État de droit[1], soit de façon encore plus détaillée à l'État de droit et aux droits fondamentaux garantis en leur sein[2]. D'autres enfin, sans explicitement utiliser le terme même de démocratie, revendiquent une telle nature par référence au peuple qui est placé à l'origine du pouvoir ou de la souveraineté étatique[3].

Se définissant par elle, elle revêt alors pour les États membre une importance considérable à tel point que la notion est devenue la pierre angulaire de leur essence politique, de leur nature intrinsèque. Le confirment d'ailleurs les liens observés et explicitement établis par un certain nombre de constitutions entre la démocratie, la garantie des droits fondamentaux et le concept d'État de droit.

711. De nombreuses autres considérations directes ou indirectes envers la démocratie sont présentes dans les Constitutions des États membres, à propos par exemple du droit de vote déjà envisagé, ainsi que de la démocratie participative, mais également de la démocratie de proximité, du contrôle démocratique, ou encore du respect du fonctionnement démocratique par les partis politiques. Tous ne retiennent d'ailleurs pas des méthodes équivalentes de participation du peuple à l'exercice du pouvoir. En effet, si le suffrage est dit universel dans chacun d'entre eux, tant les modes de scrutin déjà abordés, que les méthodes de participation populaire varient considérablement. À titre d'exemple le référendum législatif au niveau national n'existe pas ou n'est du moins pas constitutionnellement organisé en Belgique, aux Pays-Bas, ou à Chypre, de même que toutes les formes de référendum législatif ou constitutionnel n'existent pas dans l'ensemble des États membres. De pareilles divergences existent encore pour le référendum au niveau local qui est exclu à Chypre, au Danemark, en Grèce, en Lettonie, et en Lituanie, là où il est constitutionnellement garanti en Belgique, en Bulgarie, en France, en Hongrie, en Italie, au Luxembourg, en Pologne et au Portugal, ainsi que législativement prévu en Estonie, en Finlande, en Irlande, à Malte, ou en Suède[4]. Ces premières différences n'en excluent pas d'autres telles que l'éventuelle initiative populaire à l'origine du référendum, son aspect décisionnel ou purement consultatif ou enfin les limitations en termes de participation minimum. Aussi, le mode démocratique de

[1] Voir par exemple : Constitution hongroise, précitée, article B. 1. ; Constitution polonaise, précitée, article 2 ; Constitution slovaque, précitée, article 2.
[2] Voir par exemple : Constitution espagnole, précitée, article 2 ; Constitution portugaise, précitée, article 2 ; Constitution roumaine, précitée, article 2.
[3] Voir par exemple : Constitution suédoise, précitée, article 1 ; Constitution hellénique, précitée, article 1§2.
[4] Pour une étude approfondie de l'organisation du référendum dans les États parties au Conseil de l'Europe dont font bien évidemment les États membres de l'Union, voir : Rapport de la Commission de Venise, 21 et 22 novembre 2005, portant sur le référendum en Europe et l'analyse des règles juridiques des États européens Commission européenne pour la démocratie par le droit, étude n° 287/200.

gouvernement est communément adopté par l'ensemble des États membres et intrinsèquement lié à leur fonctionnement, mais tous ne le mettent pas en œuvre de la même manière, bien que de nombreuses similitudes apparaissent. Par conséquent, si la nature démocratique est communément admise par les États membres, elle peut aussi être spécifique à chacun d'eux lors de son organisation.

La nature démocratique des États membres de l'Union n'est néanmoins pas une option, puisqu'elle leur est parallèlement imposée en tant qu'États parties au Conseil de l'Europe, dont le statut lui-même rappelle leur attachement inébranlable « aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable »[1]. Elle est par voie de conséquence également imposée par la CEDH dans laquelle le terme apparaît à neuf reprises, mais surtout par la Cour de Strasbourg qui dans sa jurisprudence considérera que « la démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle »[2]. La nature démocratique est d'ailleurs devenue une condition imposée aux États candidats lors de la procédure d'adhésion à l'Union européenne, dont la négation peut également entraîner la suspension des droits des États déjà membres[3]. En ce sens les États « ont transposé leur principe démocratique au niveau européen, aussi bien pour le Conseil de l'Europe que pour l'Union européenne »[4].

712. Il est donc patent que tous les États membres de l'Union européenne sont nécessairement démocratiques et que cette nature relève, comme certains l'ont explicitement évoqué, de leur identité constitutionnelle. Il s'agit désormais de déterminer si l'Union s'est dotée des moyens nécessaires, afin de ne pas porter atteinte à cette composante de leur identité, aussi bien dans son droit primaire, que dans sa jurisprudence. Or, poursuivre une telle démonstration suppose d'aborder deux logiques différentes, telles que les a encore récemment perçues Poiares Maduro, lorsqu'il considérait que « *la représentativité directement démocratique est incontestablement un paramètre pertinent de mesure de la démocratie*

[1] Statut du Conseil de l'Europe, 5 mai 1949.
[2] Cour EDH, 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie, req. n°19392/92, point 45, pour ce faire la Cour s'appuie sur les différentes références à la démocratie dans la Convention mais aussi sur ses jurisprudence précédentes pour d'ailleurs considérer que la « Convention requière d'apprécier les ingérences dans l'exercice des droits qu'ils consacrent à l'aune de ce qui est "nécessaire dans une société démocratique". La seule forme de nécessité capable de justifier une ingérence dans l'un de ces droits ».
[3] Voir *infra* (§776 ; §785).
[4] OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI*.,* 2012*,* p.472.

européenne mais ce n'est pas le seul. En particulier, la démocratie européenne implique également un équilibre délicat entre les dimensions nationale et européenne de la démocratie, sans que nécessairement celle-ci doive prévaloir sur celle-là »[1]. Ne pas porter atteinte à la nature démocratique des États membres implique en premier lieu pour l'Union d'adopter elle-même une organisation démocratique, dans la mesure où elle a la capacité d'adopter des actes pour de nombreuses matières sans que l'unanimité des États soit requise et sans que ceux-ci aient la capacité de les contrôler. De plus elle doit prendre en compte, tant dans cette organisation que dans son fonctionnement la dimension proprement nationale de la démocratie. Ainsi il s'agirait de construire une démocratie libérale transnationale qui dépasserait le simple cadre étatique sans pour autant le nier.

Pour que l'identité démocratique des États membres soit préservée, elle doit être prolongée au niveau de l'Union, de sorte que le droit de cette dernière puisse trouver une certaine légitimité, seul moyen de pallier le déficit démocratique, dont elle fut affublée à de nombreuses reprises. Cette prolongation présuppose non seulement l'imitation de l'organisation démocratique des États, mais également son incorporation dans l'organisation démocratique de l'Union, en garantissant par ailleurs un certain équilibre entre ces deux dimensions (§1). Ensuite, l'Union doit nécessairement prendre en compte la dimension strictement nationale de la démocratie, d'une part lorsqu'elle adopte son droit en associant les parlements nationaux à sa démarche et d'autre part lorsqu'elle contrôle la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres, en reconnaissant qu'un motif tenant à la protection de la dimension nationale de la démocratie puisse être invoqué aux fins de justifier une mauvaise application du droit de l'Union (§2).

§ 1 : Une démocratisation de l'Union par incorporation et imitation des démocraties nationales

713. Pour que le droit de l'Union soit démocratiquement légitimé, il est nécessaire que l'organisation institutionnelle et le fonctionnement de l'Union soit lui-même démocratique, et ce d'autant plus depuis l'apparition d'une vocation politique de la construction européenne. L'Union doit apparaître pour cela comme le prolongement de la démocratie nationale par l'incorporation et l'imitation au niveau de l'Union de la dimension étatique de la démocratie.

[1] Conclusions MADURO P., CJCE, 26 mars 2009, Commission c/ Parlement et Conseil, Aff. C-411/06, note de bas de page n°5.

714. La nature démocratique de l'Union est affirmée dès le préambule du traité en s'inspirant des États membres. Ces derniers y confirment d'ailleurs leur attachement à la démocratie, de même qu'ils témoignent de leur désir de renforcer « le caractère démocratique et l'efficacité du fonctionnement des institutions », de même que l'article 2 TUE insiste sur le fondement démocratique de l'Union. Cet article présente la nature démocratique de l'Union d'une manière assez similaire à celle observée dans les Constitutions nationales et établit de surcroît les mêmes liens avec d'autres valeurs communes, tout en appuyant cette base démocratique sur le partage de ces valeurs avec les États membres. Il s'agit ainsi comme pour les États membres d'établir une démocratie libérale entremêlant la participation des citoyens européens, le respect de leurs droits fondamentaux et la garantie de l'État de droit.

La Cour a par exemple établi un tel lien lorsqu'elle précisait dans l'affaire Schmidberger que les droits fondamentaux, en l'espèce la liberté d'expression, « constituent des fondements essentiels d'une société démocratique »[1]. L'avocat général Maduro a de même évoqué un tel lien entre démocratie et droit à une protection juridictionnelle effective, soutenant l'idée que si certaines restrictions peuvent être apportées à ce droit, « il n'est pas acceptable dans une société démocratique de porter atteinte à la nature même de [celui-ci] »[2]. La Cour a encore opéré ce rapprochement lorsque dans un arrêt récemment rendu portant sur l'immunité et la liberté d'expression politique des parlementaires, elle considéra « la liberté d'expression, en tant que fondement essentiel d'une société démocratique et pluraliste reflétant les valeurs sur lesquelles l'Union, conformément à l'article 2 TUE, est fondée »[3]. Elle était invitée en cela par son avocat général qui observait d'ailleurs que « dans le contexte du débat public, la liberté d'expression constitue un des piliers de la société démocratique, dont les éléments constitutifs sont, selon la Cour européenne des droits de l'homme, le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »[4]. Il ajoutait en outre que « tout comme les États membres, l'Union est soumise au respect du principe démocratique, tant en vertu des droits constitutionnels nationaux qu'en vertu du droit de l'Union »[5]. Cette dernière formule bien que non reprise par la Cour témoigne à n'en pas douter de cette double dimension de la démocratie européenne qui est certes fixée par le droit de l'Union, mais qui doit dûment tenir compte des droits constitutionnels et par conséquent des identités constitutionnelles qui l'ont inspirée. Elle singularise la relation étroite existante entre la nécessité de démocratiser l'Union

[1] Arrêt Schmidberger, précité, point 79.
[2] Conclusions MADURO P., CJCE, 23 janvier 2008, Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission, Aff. C-415/05 P, point 52.
[3] CJUE, 6 septembre 2011, Patriciello, Aff. C-163/10, point 31.
[4] Conclusions JÄÄSKINEN N., CJCE, 9 juin 2011, Patriciello, Aff. C-163/10.
[5] Conclusions JÄÄSKINEN N., CJCE, Patriciello, précitées, note de bas de page n°23.

et le respect de la dimension nationale de la démocratie, qui d'une certaine manière s'impose tout autant à l'Union qu'aux États.

715. La formule de l'article 2 est de plus reprise et complétée dans la CDF qui énonce dans son préambule que l'Union « place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice ». Cette citoyenneté, précédemment abordée, fut un grand pas en avant vers la démocratisation de l'Union, unique moyen de définir les titulaires des droits politiques, seuls invités à l'exercice direct ou indirect du pouvoir au sein de l'Union ; elle venait ainsi s'inscrire au cœur de « la formation d'une identité démocratique dans la communauté politique européenne »[1] et résonne désormais à l'écho de l'article 10 du traité selon lequel « le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative ».

D'ailleurs, sans s'étendre à nouveau sur le sujet, la superposition de cette citoyenneté et/ou du droit de vote qui en découle sur l'acquisition de la nationalité d'un État membre et/ou des droits politiques afférents confirme que la démocratie de l'Union s'appuie en premier lieu sur celle des États membres, comme cela fut démontré par la Cour dans l'arrêt Gibraltar[2]. L'avocat général Tizzano citant lui-même l'arrêt Matthews relevait d'ailleurs au sujet du droit de vote qu'il s'agit d'un des « outils fondamentaux permettant de préserver un régime politique véritablement démocratique et, plus précisément, d'un droit subjectif crucial pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'État de droit »[3]. Il ne fait nul doute que l'identité démocratique des États membres et plus particulièrement du Royaume-Uni ait été prise en considération par la Cour dans son interprétation de la citoyenneté de l'Union et de la détachabilité des droits en découlant. En effet, l'Union additionne en quelque sorte chaque corps électoral tel qu'il est défini par chacun des États membres pour concevoir son propre corps électoral, par conséquent en conformité avec leur identité constitutionnelle, mais aussi avec le principe du suffrage universel « qui constitue "désormais le principe de référence" des systèmes démocratiques modernes »[4]. La citoyenneté européenne est en elle-même « transnationale » par sa nature et

[1] Conclusions COLOMER R.-J., CJCE, 15 mai 2008, Petersen, Aff. C-228/07, point 25.
[2] Arrêt Espagne C/ Royaume-Uni, précité.
[3] Conclusions TIZZANO A., CJCE, Espagne C/ Royaume-Uni, précitées, point 70.
[4] Conclusions TIZZANO A., CJCE, Espagne C/ Royaume-Uni, précitées, point 69 ; l'avocat général cite encore ici l'expression employée par la Cour EDH ; comme il le relève en outre, le suffrage universel est d'ailleurs codifié dans les traités, il trouve sa place dans l'élection des membres du parlement européen à l'article 223§1 TFUE.

dans ses effets[1], puisque elle dépasse le seul cadre national pour conférer notamment des droits politiques à ses détenteurs sur l'ensemble des territoires des États membres[2], pourtant elle continue néanmoins dans ses règles d'attribution à se fonder sur le seul cadre étatique, de telle sorte qu'elle se superpose à la dimension nationale[3], sans la remplacer. En ce sens, « la démocratie est devenue "complexe", car elle ne repose plus sur le vote et un *demos* unique, ou plutôt, non pluraliste »[4], mais sur « l'existence de deux légitimités fondant l'Union européenne, celles des États et celles des peuples d'Europe »[5].

716. Ces premières réflexions générales sur la démocratisation de l'Union laissent percevoir une méthode croisée d'imitation et d'incorporation de la dimension nationale de la démocratie dans la dimension européenne. Il s'agira pour le confirmer d'approfondir l'analyse de la démocratisation de l'Union. La détermination de la nature démocratique de l'Union doit nécessairement passer par l'analyse de la démocratisation de ses institutions, tant dans leur organisation que dans leurs relations (A), mais aussi par celle de son fonctionnement au moyen de la transparence de ses actions et du libre accès à ses documents (B).

A) La démocratisation des institutions de l'Union

717. Déterminer la nature démocratique de l'Union, suppose d'abord de démontrer la nature démocratique de ses institutions et des relations qu'elles entretiennent. L'Union doit apparaître comme le prolongement de la démocratie nationale d'une part en s'inspirant de la méthode étatique au niveau européen et d'autre part en s'appuyant sur l'organisation démocratique des États.

---

[1] OBERDORFF H., « De la citoyenneté de l'Union européenne et de la démocratie européenne », *in* BOUTAYEB C, *La Constitution, l'Europe et le droit, mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, P.U.P.S., 2013, p. 820 et s.

[2] Voir en ce sens, MOUTON J.-D., « L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ? », *op.cit.*, p. 765, selon lequel le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales de l'État de résidence et au parlement européen sont « par définition » des droits transnationaux.

[3] OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *op.cit.*, p. 473, l'auteur évoque la « superposition de citoyenneté » qui permet « d'accorder des droits supplémentaires aux citoyens des États membres », et dont « les citoyens européens ne manquent pas d'utiliser toutes les potentialités […] sur un espace transnational ». Il conclut d'ailleurs en s'appuyant sur Jürgen Habermas qu'il s'agit d'une « forme de citoyenneté adaptée à "après l'État-Nation" ».

[4] MAUBERNARD C., « Vers une possible démocratie "transnationale" européenne ? Du discours à la méthode dans l'établissement d'une démocratie européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., *L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, p. 186, l'auteur s'appuie en cela sur les réflexions ROSANVALLON P., *La Démocratie inachevée - Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, 440 p.

[5] OBERDORFF H., « De la citoyenneté de l'Union européenne et de la démocratie européenne », *op.cit.*, p. 821.

718. L'article 10 qui pose le principe de la démocratie représentative, insiste également sur la double source de la légitimité démocratique au sein de l'Union qui provient soit « des différents peuples européens à travers les positions prises par leurs gouvernements respectifs, sous le contrôle des parlements nationaux, dans le cadre du Conseil », soit du « Parlement européen, l'institution européenne directement représentative et [de] la Commission directement responsable devant elle »[1]. Au risque de céder à la tentation d'une analyse quelque peu stato-centrée, la construction institutionnelle de l'Union ressemble à s'y méprendre au régime parlementaire, dont l'usage se veut habituellement réservé à la qualification d'un régime étatique[2]. La Commission, dont le président est désormais désigné selon la majorité du Parlement européen, apparaît comme une sorte de gouvernement responsable devant un Parlement européen démocratiquement élu qui, faisant figure de chambre basse, collabore avec un Conseil, sorte de chambre haute assurant la représentation non pas de collectivités territoriales, mais des États membres eux-mêmes.

719. Dans le cadre du Conseil, l'Union s'appuie clairement sur la structure démocratique nationale, là où dans celui du Parlement elle imite le système national pour parvenir à un fonctionnement démocratique équivalent. Cette double légitimité en superposant le modèle démocratique de l'Union sur le modèle national garantit, au moyen de la représentation indirecte des citoyens par leurs représentants nationaux, la continuité de la démocratie nationale en préservant « l'équilibre délicat entre les deux dimensions nationale et européenne de la démocratie ». Elle leur permet tout autant une représentation directe au sein du Parlement européen et par conséquent une participation indirecte à la gestion des affaires de l'Union en dehors de toute médiation étatique[3]. À ce propos, un autre élément tiré de la dimension nationale de la démocratie a plus récemment été implanté dans le système démocratique de l'Union. Il s'agit de l'initiative citoyenne garantissant une participation cette

[1] Conclusions MADURO P., CJCE, Commission c/ Parlement et Conseil, précitées, note de bas de page n°5.
[2] Voir dans le même sens, OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *op.cit.*, p. 475, l'auteur précise d'abord que la difficulté inhérente à l'analyse de la démocratie européenne est la « tentation de passer par un mimétisme institutionnel », car « l'Union n'est pas un État, elle ne peut pas en avoir les mêmes principes de fonctionnement compte tenu de sa nature qui reste très spécifique, même si le stato-centrisme est toujours très tentant ». L'auteur poursuit néanmoins p. 476 que « les innovations introduites par le Traité de Lisbonne semblent […] avoir ouvert la voie à une forme originale de régime parlementaire européen. », l'auteur décèle en outre « un processus de parlementarisation de l'Union européenne » et conclut « on est bien face à une forme de démocratie parlementaire surtout si on intègre la possibilité d'une motion de censure contre la Commission » ; voir également ROLAND S., « Quand le performatif tient lieu d'argumentatif : la contribution des parlements nationaux au bon fonctionnement de l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, p. 184.
[3] Voir en ce sens, OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *op.cit.*, p. 475.

fois directe des citoyens à l'exercice du pouvoir au niveau européen, en pouvant inviter la Commission à proposer dans le cadre de ses compétences l'adoption d'un acte juridique aux autres institutions[1]. Ce procédé de démocratie directe est en outre complété au sein de l'article 11 du traité par une méthode dialogique encourageant la communication avec les associations représentatives et la société civile, ainsi que par de larges consultations organisées par la Commission, tant de techniques qui peuvent être perçues comme « des formes relativement classiques de la démocratie participative », car contribuant « en amont à une bonne gouvernance de l'Union en tenant compte des souhaits et des vœux des consultés »[2]. Une démocratie participative complète ainsi progressivement la démocratie représentative européenne, en établissant un lien de plus en plus direct avec les citoyens européens sans que la médiation étatique ne soit alors rendue nécessaire. En cela, les deux articles susmentionnés sont « une réponse magistrale à la négation d'une possible démocratie supranationale »[3].

720. S'agissant plus spécifiquement du Parlement européen, son rôle au sein de l'architecture institutionnelle n'a cessé d'évoluer de sorte que le déficit démocratique initialement et régulièrement reproché à l'Union puisse être peu à peu comblé. Outre l'avènement de l'élection de ses membres au suffrage universel direct depuis 1979 qui apparut comme un préalable nécessaire à l'extension de ses attributions, il fut essentiellement question d'élargir d'une part le nombre de matières relevant de sa compétence et d'autre part de renforcer sa participation au sein de la procédure législative. Sa capacité d'action, d'abord purement consultative, fut en premier lieu renforcée dans l'acte unique européen par la procédure de coopération. Il se vit ensuite attribuer une place de choix dans le triangle institutionnel, par la procédure de codécision qui deviendra même la « procédure législative ordinaire ». Ces évolutions du rôle du Parlement au sein de l'Union sont venues garantir à cette dernière un fonctionnement démocratique équivalent à celui des États membres, en lui permettant une participation presque similaire à celle du Conseil. En ce sens, la dimension européenne de la démocratie tend à s'émanciper de la dimension nationale, en ne reposant plus exclusivement sur elle pour exister.

La Cour a d'ailleurs toujours vérifié le respect de la participation du Parlement au processus législatif selon les prescriptions successives des traités, affirmant dès 1980 au sujet

[1] Voir sur ce point : Livre vert de la Commission européenne, 11 novembre 2009, portant sur une initiative citoyenne européenne, COM/2009/0622 ; Règlement n°211/2011du Parlement et du Conseil, 16 février 2011, relatif à l'initiative citoyenne, JO L 65 du 11/03/2011, pp. 1-22.
[2] OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *op.cit.*, p.477.
[3] CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2009) », *RFDC*, 2010, p. 414.

de la procédure de consultation, qu'elle « est le moyen qui permet au Parlement de participer effectivement au processus législatif de la communauté », représentant « un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité» et le reflet « bien que limité, au niveau de la communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative »[1]. Elle caractérisa d'ailleurs cette consultation régulière de « formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité de l'acte concerné »[2], considération qu'elle transposa dans sa jurisprudence successive à la procédure de coopération[3], puis à celle de codécision[4]. Au sujet de la codécision, l'avocat général Kokott a d'ailleurs relevé qu'elle est « l'un des droits essentiels de participation du Parlement et [qu'elle] contribue d'une manière considérable à donner une légitimité démocratique à la législation communautaire »[5], à tel point qu'elle semble régulièrement s'imposer, lorsque plusieurs bases juridiques sont envisageables pour l'adoption d'un acte, dès lors que l'équilibre institutionnel fixé par les États dans les traités est respecté.

La participation du Parlement est enfin garantie au sein du comité de conciliation, lorsque la procédure de codécision n'a pas permis dans sa phase initiale de parvenir à l'adoption d'un consensus entre le Conseil et le Parlement. La Cour a d'ailleurs elle-même validé le respect de la participation effective du Parlement dans ce comité au moyen de sa représentation au sein de celui-ci et du contrôle qu'il exerce ensuite sur le projet commun adopté[6]. De l'exigence d'un équilibre institutionnel peut ici se déduire la nécessité d'établir un même équilibre entre la dimension purement européenne de la démocratie garantie par l'action désormais étendue du Parlement européen et la dimension nationale incorporée dans la dimension européenne au moyen du Conseil[7].

721. Si les grandes lignes du droit de l'Union favorisent la mise en place d'institutions démocratiques, persistent néanmoins quelques carences alimentant toujours le débat sur le

[1] CJCE, 29 octobre 1980, SA Roquette Frères c/ Conseil, Aff. C-138/79, point 33 ; voir aussi, CJCE, 29 octobre 1980, Maïzena GmbH c/ Conseil, Aff. C-139/79, point 34.
[2] *Ibidem*.
[3] CJCE, 11 juin 1991, Commission c/ Conseil, Aff. C-300/89, point 20.
[4] TPICE, 17 juin 1998, UEAPME, Aff. T-135/96, point 88 ; CJCE, 6 mai 2008, Parlement c/ Conseil Aff. C-133/06, point 57.
[5] Conclusions KOKOTT J., CJCE, 26 mai 2005, Commission c/ Parlement et Conseil, Aff. C-178/03, point 60.
[6] Voir en ce sens, CJCE, 10 janvier 2006, International Air Transport Association Aff. C-344/04, point 61.
[7] Voir en ce sens MAUBERNARD C., « Vers une possible démocratie "transnationale" européenne ? Du discours à la méthode dans l'établissement d'une démocratie européenne », *op.cit.*, p. 187, selon lequel l'équilibre institutionnel « entretient des liens étroits avec le principe de démocratie, car il encourage le Parlement à défendre ses prérogatives sur le fondement des bases juridiques qui lui confèrent ses pouvoirs, mais aussi comme garant d'un intérêt démocratique supérieur ».

déficit démocratique de l'Union. Un tel déficit demeure pour l'essentiel « une facilité intellectuelle qui s'éloigne de son fonctionnement, […] facilement instrumentalisée pour dénoncer ses dysfonctionnements »[1], mais il n'est pourtant pas totalement illusoire. Un tel constat ne peut d'abord que résulter de l'absence d'un peuple européen, dont l'inexistence confirme tant « la fragmentation de la démocratie européenne »[2], que l'idée selon laquelle « le cœur de la démocratie demeure très largement national »[3]. Ces carences portent ensuite sur la survivance de procédures spéciales d'adoption de ses actes, échappant ainsi à la codécision en certaines matières et assurant toujours un léger déséquilibre en faveur du Conseil, ainsi que sur l'absence de réels partis politiques européens qui contribueraient à la réalisation d'une conscience et d'une volonté commune en dehors des intérêts nationaux[4]. Sur ce dernier point, Jean-Paul Jacqué fait le même constat, observant que sur certains dossiers, « les clivages au sein du Parlement s'opèrent plus en termes d'appartenance nationale que d'appartenance à un groupe politique », pourtant il pondère ses propos par l'interrogation selon laquelle « une Europe parlementarisée ne deviendrait-elle pas une Europe centralisatrice, réductrice des identités nationales ? »[5]. L'organisation démocratique de l'Union dépend du bon vouloir des États membres et de leur volonté ou non de la renforcer. En l'état des transferts de compétences souveraines vers l'Union, ces derniers semblent toutefois satisfaits de l'équilibre obtenu et de la démocratisation de l'Union, puisque leurs propres Cours constitutionnelles ne se sont pas opposées sur ce point à la ratification du traité de Lisbonne par les parlements nationaux[6]. La démocratisation des institutions de l'Union est finalement le fruit d'un équilibre délicat et évolutif entre les éléments inhérents à la seule dimension européenne de la démocratie, créée en imitant la dimension nationale, et les éléments inhérents à la dimension nationale, incorporés dans le fonctionnement démocratique de l'Union.

[1] OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *op.cit.*, p. 471.
[2] SCHMIDT V., *La démocratie en Europe*, Paris, La découverte, 2010, p. 279.
[3] OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *op.cit.*, p. 479, l'auteur poursuit qu'une « Union européenne de citoyens est la dernière étape à franchir pour permettre l'avènement d'une démocratie à l'échelle du continent européen » ; voir dans le même sens MAUBERNARD C., « Vers une possible démocratie "transnationale" européenne ? Du discours à la méthode dans l'établissement d'une démocratie européenne », *op.cit.*, p. 188 et 189, selon lequel la « démocratie européenne est "stato-centrée".
[4] Voir MAGNETTE P., *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Les Presses De Sciences Po, 2006.
[5] JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2009, p. 80.
[6] Voir *supra* (§135 et s.), pour le contrôle des traités à l'aune du principe constitutionnel de démocratie.

B) La transparence du fonctionnement de l'Union

722. La nature démocratique de l'Union s'apprécie également au regard de la transparence de ses actes et de son fonctionnement[1]. Le principe de transparence des actions de l'Union est posé dès l'article 11 TUE impliquant notamment « un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile »[2], ou encore le recours « à de larges consultations des parties concernées »[3]. Il est également formalisé par l'article 15 disposant notamment de l'ouverture au public des débats du Parlement, du droit d'accès aux documents des institutions et en vertu duquel « chaque institution, organe ou organisme assure la transparence de ses travaux et élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents ». Un règlement vient encore finaliser son organisation puisque précisant, en remplacement de l'ancienne déclaration n° 17 auparavant annexée au traité, que « *la transparence permet d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, ainsi que de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique* »[4]. Est ajouté dans ce règlement que la transparence de l'Union « contribue à renforcer les principes de la démocratie et le respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont définis à [l'article 2] du traité UE et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »[5].

723. Le rapport étroit entre démocratie et droit d'accès aux documents tel qu'il était initialement posé par la déclaration et désormais par le règlement fut d'ailleurs établi à plusieurs reprises aussi bien par la Cour de justice que par ses avocats généraux, en réponse à des arguments, souvent étatiques, conciliés avec d'autres intérêts tels que la non-divulgation de certaines données sensibles[6]. À ce titre il est intéressant de relever les réflexions de

[1] Voir à ce sujet, VIDAL-NAQUET A., « La transparence », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 641 et 654, selon lequel : « la transparence est souvent perçue comme un attribut démocratique, par opposition à l'opacité, […] promue pour remédier à la crise, au "déficit" démocratique, qui affecte l'édifice communautaire », elle apparaît ainsi pour l'Union comme un outil de « légitimation de son ordre juridique ».
[2] Article 11§2 TUE.
[3] Article 11§3 TUE.
[4] Règlement n° 1049/2001 du Parlement et du Conseil , 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JO n° L 145 du 31/05/2001 pp. 43-48, considérant introductif n°2.
[5] *Ibidem*.
[6] Voir les arrêts CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c/ Conseil, Aff. C-58/94 , point 35 ; CJCE, 6 mars 2003, Interporc c/ Commission, Aff. C-41/00 P, points 38-39 ; CJCE, 18 décembre 2007, Suède c/ Commission, Aff. C-64/05 P, points 52-54 et 66 ; CJCE, 1er juillet 2008, Suède et Turco c/ Conseil, Aff. jointes C-39/05 P et C-52/05 P, points 34, 45, 46 et 67 ; CJUE, 9 novembre 2010, Schecke et Eifert, Aff. jointes C-92/09 et C-93/09, point 68 ; CJUE, 21 juillet 2011, Suède c/ Commission, Aff. C-506/08 P ; voir également les conclusions

l'avocat général Tesauro selon lequel l'inhérence de la publicité au système démocratique résulte à l'évidence « *de l'examen comparé des régimes des pays membres de la Communauté, qui reconnaissent tous largement aux citoyens le droit d'être informés, quoique le rang de la source normative reconnaissant et réglant ce droit varie d'un pays à l'autre, tout comme les limites imposées à ce même droit* »[1].

Encore une fois l'organisation démocratique de l'Union ici en matière de transparence prend source dans celles des États membres. En outre, il considère que ce droit d'accès aux documents « est l'expression du principe démocratique et contribue donc à définir la forme même de l'État »[2]. Cette dernière remarque opère un rapprochement non négligeable entre la démocratie et un élément relevant de l'identité nationale, tel qu'il fut identifié par la Cour de justice, c'est-à-dire la forme et l'organisation politique de l'État membre. L'ordre juridique de l'Union a ainsi permis tant aux États membres qu'à leurs ressortissants de se prévaloir de ce droit d'accès dans leur rapport avec l'Union, ce qui en dernier lieu leur garantit, au moyen de la transparence de son action, la continuité de la dimension nationale de la démocratie à son propre niveau.

724. La nature démocratique de l'Union s'appuie sur la dimension nationale de la démocratie en l'incorporant et en l'imitant, pour ensuite se superposer à celle-ci. Le développement d'une telle démocratie transnationale, c'est-à-dire dépassant le seul échelon national mais sans le détruire, est vérifié aussi bien dans la nature démocratique de ses institutions et dans l'équilibre institutionnel visé par les traités puis garanti par la Cour de justice, que dans la transparence de l'action de l'Union. L'Union a ainsi développé « une technologie de la gouvernance innovante qui a dépassé le paradigme de l'État-Nation en inaugurant des éléments de gouvernement transnational »[3]. C'est en cela que la démocratie à l'échelle de la construction européenne ne peut être considérée que de façon « composée », « multiple », afin que puisse être perçue l'émergence d'une « légitimité démocratique globale » qui combine « les éléments démocratiques (avec leurs atouts et leurs faiblesses) du système de l'Union et des systèmes nationaux »[4].

Certes « l'absence d'un *demos* européen » contribue à nier cette dimension

correspondantes à ces arrêts ; voir aussi Conclusions KOKOTT J., CJCE, 23 avril 2009, Commission c/ Conseil, Aff. C-370/07, point 57.

[1] Conclusions TESAURO M.-G., CJCE, 28 novembre 1995, Pays-Bas contre Conseil, Aff. C-58/94, point 14.

[2] *Ibid.*, point 16.

[3] LAMY P., *La démocratie-monde, pour une autre gouvernance globale*, Paris, du Seuil, 2004, p.56.

[4] BURGORGUE-LARSEN L., « La démocratie au sein de l'Union européenne. De la "constitution composée" à la "démocratie composée" », *in* BAUER H. et CALLIES C., *Les principes constitutionnels en Europe. Constitutional principles en Europe*, Bruxelles, Bruylant, Sakkoulas, Berliner, 2008, p. 84.

transnationale de la démocratie, mais « l'unité d'un peuple » n'a jamais constituée, comme le relève Christophe Maubernard « la condition à l'établissement d'un régime démocratique »[1]. Laurence Burgorgue-Larsen conçoit dans la même logique que « *si l'Union ne s'est pas construite de façon "démocratique" au sens classique du terme, elle n'a cessé toutefois de développer et d'assurer par des moyens divers et variés sa légitimité démocratique : en termes de représentation, de participation, de responsabilité et de transparence, qui sont autant d'éléments considérés comme constitutifs d'un fonctionnement démocratique pour toute entité politique* »[2]. La démocratie transnationale européenne n'est peut-être pas encore totalement réalisée, elle reste d'ailleurs pour certains « une utopie raisonnable »[3], mais elle est un processus dont les prémices sont largement perceptibles et dont les conséquences peuvent être d'ores et déjà tirées aux fins de déterminer l'identité de l'Union européenne. De façon générale, la nature démocratique et libérale de l'Union lui permet ainsi de ne pas remettre en cause dans son fonctionnement, cet élément identifié par les États comme relevant de leur identité constitutionnelle.

Or, pour que tel soit le cas, il faut non seulement qu'un équilibre soit maintenu au niveau institutionnel entre la dimension nationale et européenne de la démocratie, mais aussi au-delà de cet équilibre que la dimension proprement nationale puisse être prise en compte par l'Union lors de l'adoption de ses actes et de leur mise en œuvre par les États. Il est dorénavant nécessaire de déterminer si la dimension désormais strictement nationale peut également être directement respectée dans le processus d'adoption des actes de l'Union et lors du contrôle juridictionnel d'application du droit de l'Union par les États membres.

§ 2 : Une considération envers la dimension nationale de la démocratie

725. Outre le respect de l'équilibre entre la dimension nationale et européenne de la démocratie par la participation institutionnelle des États au moyen du Conseil et de la superposition de la citoyenneté de l'Union sur la nationalité des États membres, il s'agit ici de déterminer si l'Union respecte dans son fonctionnement démocratique la dimension strictement nationale de la démocratie. À ce sujet il est intéressant de relever qu'initialement

[1] MAUBERNARD C., « Vers une possible démocratie "transnationale" européenne ? Du discours à la méthode dans l'établissement d'une démocratie européenne », *op.cit.*, p. 188.
[2] BURGORGUE-LARSEN L., « La démocratie au sein de l'Union européenne. De la "constitution composée" à la "démocratie composée" », *op.cit.*, p 1-2.
[3] MAUBERNARD C., « Vers une possible démocratie "transnationale" européenne ? Du discours à la méthode dans l'établissement d'une démocratie européenne », *op.cit.*, p. 191.

le droit de l'Union ne consacrait pas sa propre nature démocratique, seuls étaient affirmés les « vœux des peuples démocratiques européens pour qui le Parlement européen, élu au suffrage universel, est un moyen d'expression indispensable»[1]. Ainsi, la prise en compte de la démocratie au sein de l'Union était en premier lieu celle des démocraties nationales. Si par la suite la nature démocratique de l'Union fut affirmée, cette démarche ne l'a pas empêchée de continuer à prendre en compte la dimension exclusivement nationale. Elle le fit d'une part en associant les parlements nationaux au fonctionnement de l'Union qui, bien qu'exclus du triangle institutionnel, peuvent néanmoins protéger leurs prérogatives au niveau interne en exerçant un certain contrôle sur l'action de l'Union (A), puis d'autre part en permettant aux États membres d'invoquer des éléments tirés de leur identité démocratique pour justifier une mauvaise application du droit de l'Union (B).

A) La participation des parlements nationaux et régionaux au fonctionnement de l'Union

726. La dimension nationale et même parfois locale de la démocratie est pour grande partie mise en œuvre par l'existence d'un parlement démocratiquement élu et par l'attribution à celui-ci de pouvoirs spécifiques notamment d'adoption de la norme et de contrôle du gouvernement ou d'un exécutif responsable devant lui. Pourtant la représentation de l'État dans l'Union est quasi-exclusivement assurée par son exécutif au sein du Conseil, le parlement national et/ou local étant dès lors exclu du processus d'élaboration de son droit. Cette exclusion eut donc pour effet de limiter le pouvoir législatif et le contrôle démocratique du parlement sur un droit national intégrant désormais une dimension européenne qui lui échappe. D'ailleurs une partie de la doctrine, tel Bruno de Witte, considérait dans les années 90 que cette « redistribution des cartes entre les institutions nationales » aboutissait « à un véritable bouleversement de l'équilibre institutionnel voulu par les Constitutions des différents États », ce dernier estimant que le principe « le plus malmené dans le processus d'intégration [était] celui de la démocratie représentative »[2]. Néanmoins depuis ces écrits, le rôle du Parlement européen et le recours à la procédure de codécision que l'auteur jugeait tous deux insuffisants ont largement évolués. Surtout, l'exclusion totale des parlements nationaux et locaux n'est plus d'actualité depuis un protocole annexé au traité d'Amsterdam et son insertion ultérieure dans le traité de Lisbonne. Ce dernier leur reconnaît désormais un rôle à jouer au sein de l'Union, bien que ce rôle reste largement cantonné à l'observation et au

[1] Préambule Acte unique européen, 1986.
[2] DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *op.cit.*, p. 90.

contrôle, ils se voient désormais attribuer des « pouvoirs [, qui] loin d'être purement formels, leur donnent au contraire les moyens de peser effectivement sur le fonctionnement au quotidien de l'Union » [1]. Ils deviendraient alors « des acteurs à part entière des processus décisionnels de l'Union », non plus appréhendés « comme des organes internes des États membres devant être sollicités afin d'assurer la pleine efficacité du droit de l'UE mais presque comme une composante même de la structure institutionnelle de l'Union »[2]. Il faut toutefois nuancer cette dernière réflexion car les parlements nationaux sont loin d'avoir intégré le triangle institutionnel de l'Union, de plus les pouvoirs leur étant attribués se limitent essentiellement au contrôle du principe de subsidiarité afin de préserver leurs compétences au niveau interne vis-à-vis de l'action européenne. Quoi qu'il en soit, aussi bien les parlements nationaux (1) que régionaux (2) sont désormais associés à l'action de l'Union européenne.

1. Le rôle du parlement national

727. Le rôle des parlements nationaux est affirmé en premier lieu par l'article 12 TUE selon lequel « les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union ». Cette contribution active est mise en œuvre par un certain nombre de moyens dans lesquels figurent essentiellement le pouvoir d'opposition en matière de révision des traités, le droit à l'information et enfin le pouvoir de contrôler le respect par l'Union du principe de subsidiarité.

728. S'agissant du premier moyen, sa mise en œuvre répond de la procédure prévue à l'article 48§3 TUE selon lequel : « le président du Conseil européen convoque une Convention composée de représentants des parlements nationaux, des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, du Parlement européen et de la Commission [...] qui examine les projets de révision et adopte par consensus une recommandation à une Conférence des représentants des gouvernements des États membres » et à l'article 48§4TUE selon lequel : « une Conférence des représentants des gouvernements des États membres est convoquée par le président du Conseil en vue d'arrêter d'un commun accord les modifications à apporter aux traités ». Ce pouvoir d'opposition est en outre complété par l'éventuelle participation interne du parlement national, lors de la ratification de la révision du traité qui

[1] ROLAND S., « Quand le performatif tient lieu d'argumentatif : la contribution des parlements nationaux au bon fonctionnement de l'Union européenne », p. 178.
[2] *Ibidem*.

est réalisée conformément aux règles respectives de chaque État[1].

S'agissant du second moyen, l'Union contraint l'ensemble de ses institutions à transmettre directement tout projet d'acte législatif ainsi que d'autres documents à l'ensemble des chambres parlementaires nationales[2]. Ce droit à l'information est un prélude à la faculté des parlements nationaux de contrôler le respect du principe de subsidiarité dans l'action de l'Union. Ce contrôle bien que limité, se symbolise dans le second moyen leur offrant la faculté de pouvoir adresser un avis motivé au président du Parlement, du Conseil et de la Commission en cas de doute sur la conformité avec le principe de subsidiarité d'un acte législatif qui leur aurait été transmis. L'article 12 précise en outre que ce contrôle est établi en lien avec le protocole n°2 annexé au traité sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité dont dispose également l'article 5 TUE.

729. S'agissant enfin du dernier moyen de participation relatif au contrôle du respect du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union, il faut préciser, comme l'ont d'ailleurs relevé Messieurs Priollaud et Siritzsky, que la subsidiarité est « un sujet étroitement lié à celui du rôle des parlements nationaux, tant l'absence d'un contrôle approprié [de son] respect peut entraîner une dépossession du champ de compétence parlementaire »[3], cette dépossession s'accompagnant inévitablement d'une atteinte à la dimension nationale de la démocratie compte tenu de l'importance du rôle du parlement en son sein. Ce contrôle n'est en outre pas étendu au principe de proportionnalité dont traite le même protocole, au motif qu'il fonderait l'interférence des parlements nationaux dans un processus législatif de l'Union au sein duquel ils n'ont ni la légitimité ni la compétence d'intervenir, contrairement à la logique du principe de subsidiarité qui les fonde à demander le respect de leurs propres compétences. Ainsi, si un tiers des parlements nationaux rend un avis motivé sur le non-respect du principe de subsidiarité au sujet d'un même projet législatif, alors l'institution initiatrice dudit projet devra revoir sa copie. Ce dispositif s'accompagne d'une nécessaire mise en réseau des parlements nationaux et de leurs observations dans une base de données nommée IPEX.

Enfin, le protocole susvisé évoque dans son article 8 que « *la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour se prononcer sur les recours pour violation, par un acte législatif, du principe de subsidiarité formés* [...] *par un État membre ou transmis par*

[1] Voir *infra* (§93 et s.).
[2] Ce droit d'information est précisé dans le protocole n°1 annexé au traité de Lisbonne sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne.
[3] PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, *op.cit.*, p.430.

celui-ci conformément à son ordre juridique au nom de son parlement national ou d'une chambre de celui-ci ». Il ne s'agit plus désormais d'une alerte préventive en amont de l'adoption de l'acte, mais d'une faculté de faire sanctionner l'acte après adoption. Ce dernier article ne transforme toutefois pas les parlements nationaux en requérants privilégiés, puisque ceux-ci n'ont un intérêt à agir que lorsqu'il est potentiellement porté atteinte au principe de subsidiarité et ne peuvent le faire que par le biais étatique conformément à leur propre ordonnancement juridique.

730. À ce stade plusieurs réflexions s'imposent. D'abord organiser la participation des parlements nationaux peut présenter le risque, soit de la « redondance » en ce qu'elle se cumule à celle des exécutifs nationaux, soit de « l'incohérence », puisqu'elle peut être le théâtre des dissensions politiques internes par exemple entre les chambres parlementaires d'un États n'étant pas de la même majorité politique[1]. Ensuite, l'association des parlements nationaux au processus législatif de l'Union reste très limitée et ne les transforme pas en créateurs de son droit, toutefois il s'agit bien d'une logique de « mise en valeur des représentants parlementaires des peuples d'Europe »[2]. Aussi cette association se comprend surtout comme la reconnaissance de leur rôle au sein de la démocratie nationale et *in fine* comme le respect de l'Union envers le fonctionnement démocratique purement interne de l'État membre. En ce sens, « *la présence des Parlements nationaux est parée d'une vertu essentielle : sinon abolir la distance entre le pouvoir central européen et les peuples des États, au moins offrir à ceux-ci la garantie qu'ils seront mieux à même, à travers leur représentation nationale, de scruter avec attention, voire d'infléchir, les choix politiques de l'Europe des Vingt-Sept* »[3]. Il ne s'agit donc plus seulement de la dimension européenne de la démocratie et de son équilibre avec la dimension nationale au moyen d'une organisation

[1] ROLAND S., « Quand le performatif tient lieu d'argumentatif : la contribution des parlements nationaux au bon fonctionnement de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 181, l'auteur soutient d'ailleurs p. 182 que « les modalités selon lesquelles est organisée l'intervention des parlements nationaux sont d'avantage porteuses de dérèglements qu'ils sont de nature à améliorer le fonctionnement de l'Union », considérant que l'effort aurait du d'avantage être porté au niveau constitutionnel à l'égard du « renforcement du contrôle des parlements sur les exécutifs nationaux », et que la reconnaissance de ces droits s'analyse finalement comme une « compensation [de ce] qu'on a pas pu ou voulu inscrire dans les constitutions nationales » ; voir également au sujet de la notion de compensation, FINES F., « L'association des parlements nationaux au contrôle du principe de subsidiarité », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, p. 196, qui évoque « la reconnaissance d'une compétence de compensation ».

[2] OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *op.cit.*, p. 476.

[3] ROLAND S., « Quand le performatif tient lieu d'argumentatif : la contribution des parlements nationaux au bon fonctionnement de l'Union européenne », *op.cit.*, p.179.

institutionnelle adaptée, mais surtout du « substrat national de la démocratie »[1], reconnu et respecté par l'Union dans l'association des parlements nationaux au contrôle de subsidiarité relatif à la mise en œuvre de ses compétences partagées qui, par définition, appartiennent aussi et encore aux parlements nationaux. Pourtant, la participation de tous les parlements nationaux tend à « les rassembler sur la base d'un lien horizontal, traduisant le décloisonnement des frontières nationales » et conduisant de nouveau à l'idée d'un « parlementarisme transnational »[2]. Dès lors cette association des parlements nationaux suppose que « la légitimation démocratique de l'UE devra puiser d'avantage à la source des *demoï* nationaux »[3].

2. Le rôle des parlements régionaux

731. Au sujet du principe de subsidiarité et de son contrôle par les parlements nationaux, le protocole n°2 prend également en considération la dimension locale de la démocratie, en mentionnant qu'il « leur appartient de consulter, le cas échéant, les parlements régionaux possédant des pouvoirs législatifs »[4]. L'objectif est ici clairement de faire d'une pierre deux coups, et d'associer à la participation des parlements nationaux celle des parlements régionaux, dans le respect cette fois de la démocratie de proximité. Cette précision concorde d'ailleurs avec la déclaration belge selon laquelle « *en vertu de son droit constitutionnel, tant la Chambre des Représentants et le Sénat du Parlement fédéral que les assemblées parlementaires des Communautés et des Régions agissent, en fonction des compétences exercées par l'Union, comme composantes du système parlementaire national ou chambres du Parlement national* »[5]. Mise en lien avec le renvoi à l'ordonnancement juridique de l'État membre pour la saisine de la Cour de justice sur demande d'une chambre parlementaire, il est permis de penser que les chambres Belges d'envergures locales soient également à même de demander à la Cour, par l'intermédiaire de l'État fédéral, la sanction d'un acte législatif de l'Union, qui ne serait pas conforme au principe de subsidiarité et qui atteindrait les compétences cette fois locales.

Cette question reste d'ailleurs étroitement liée à l'organisation territoriale de l'État

[1] CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2009) », *RFDC*, 2010, p. 416.
[2] FINES F., « L'association des parlements nationaux au contrôle du principe de subsidiarité », *op.cit.*, p. 194.
[3] ROLAND S., « Quand le performatif tient lieu d'argumentatif : la contribution des parlements nationaux au bon fonctionnement de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 179.
[4] Protocole n°2 annexé au traité de Lisbonne, article 6.
[5] Déclaration 51 annexée au traité de Lisbonne.

membre, identifiée par la Cour de justice comme composante matérielle de l'identité nationale. D'ailleurs au sujet de l'un des arrêts envisagés dans ce cadre, l'avocat général Sharpston notait dans ses conclusions que « *le principe de subsidiarité veut que les lieux de décision soient répartis au meilleur niveau. Dans ce contexte, la meilleure démocratie – et la meilleure interprétation de la souveraineté populaire – est celle qui met l'accent sur des niveaux de démocratie appropriés aux niveaux des lieux de pouvoir* »[1]. À partir de cette réflexion, il semble logique qu'un État puisse s'il le désire associer certaines institutions locales assurant la démocratie de proximité au contrôle du respect de la subsidiarité, celles-ci sont d'ailleurs doublement représentées dans la faculté de saisine de la Cour, puisque le comité des régions possède également cette prérogative.

732. L'Union semble donc respecter ou du moins prendre en compte le fonctionnement démocratique de l'État au niveau purement national comme au niveau local dans la création et le contrôle de son droit. Qu'en est-il de la faculté étatique d'invoquer devant la Cour de justice un élément issu de sa nature démocratique pour justifier une application incorrecte du droit de l'Union ?

B) La reconnaissance jurisprudentielle du principe démocratique dans le contrôle d'application du droit de l'Union

733. Le contexte ne se situe plus dans le cadre de l'adoption du droit de l'Union et de son contrôle *a priori* ou *a posteriori* par les parlements nationaux ou locaux, mais dans celui du contrôle effectué par la Cour de justice du respect du droit de l'Union par l'État membre. Dans ce domaine, deux affaires ont conduit l'État membre à justifier une transposition ou une application non conforme d'une directive par des éléments issus de sa nature démocratique, d'une part au sujet du contrôle parlementaire d'autorités indépendantes créées en application d'une directive (1) et d'autre part au sujet de la conformité avec une directive des garanties nationales de transparence des procédures de marché public (2).

[1] Conclusions SHARPSTON E., CJCE, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement Wallon c/ Gouvernement Flamand, précitées, note de bas de page 68.

1. La prise en compte du rôle du parlement lors du contrôle d'application du droit de l'Union

734. La reconnaissance du rôle du parlement dans la démocratie nationale et en conséquence le respect accordé au fonctionnement démocratique de l'État membre se retrouvent également dans la jurisprudence de la Cour de justice, cette fois dans le domaine du contrôle des autorités réglementaires indépendantes mises en place en application du droit de l'Union. Dans un arrêt en manquement opposant l'Allemagne à la Commission, cette dernière reprochait à la première de ne pas avoir transposé correctement la 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, « *en soumettant à la tutelle de l'État les autorités de contrôle compétentes pour la surveillance du traitement des données* [...] *dans les différents Länder et en transposant ainsi de façon erronée l'exigence de "totale indépendance" des autorités chargées de garantir la protection de ces données* »[1].

735. À cet égard l'Allemagne s'opposait à une interprétation large de cette notion d'indépendance considérant qu'une telle interprétation la contraindrait « à abandonner son système éprouvé et efficace de tutelle sur les autorités de contrôle »[2]. Elle appuyait cette opposition sur les références au principe de démocratie présentes à la fois dans sa Constitution et dans le traité qui exigeraient « une soumission de l'administration aux instructions du gouvernement, responsable devant le parlement »[3].

La Cour insista d'abord sur la nécessaire prise en compte du principe de démocratie dans l'interprétation du droit de l'Union, tout en considérant que « ce principe ne s'oppose pas à l'existence d'autorités publiques situées en dehors de l'administration hiérarchique classique et plus ou moins indépendantes du gouvernement » dans la mesure où leur création est fondée sur la loi ou sur la constitution nationale et « qu'elles sont soumises au respect de la loi, sous contrôle des juridictions compétentes »[4]. Ainsi, elle n'accueillit pas la justification du manquement invoquée par l'Allemagne, mais elle précisa que « l'absence de toute influence parlementaire sur ces autorités ne saurait se concevoir », raison pour laquelle la directive n'empêche pas la mise en place de telles influences comme la nomination des

[1] CJUE, 9 mars 2010, Commission c/ Allemagne, Aff. C-518/07, point 1.
[2] *Ibid.*, point 38.
[3] *Ibid.*, point 40.
[4] *Ibid.*, point 42.

membres de la direction des autorités, l'encadrement de ses compétences et l'exigence de rapports réguliers d'activité[1].

736. La Cour reconnaît donc ici l'importance du contrôle parlementaire au sein de la dimension démocratique nationale, en autorisant quelques entorses à une indépendance totale, mais limite son étendue au profit d'une interprétation relativement large de la notion d'indépendance des autorités visées. Si la nécessité de prendre en compte la dimension nationale de la démocratie notamment mise en œuvre au moyen du contrôle parlementaire est consacrée, le respect de la nature démocratique de l'État par l'Union doit être concilié avec le respect du droit de l'Union par l'État.

2. La prise en compte des notions connexes à la démocratie lors du contrôle d'application du droit de l'Union

737. Il reste un arrêt qui en dehors du rôle du parlement dans la dimension nationale de la démocratie, tend à laisser croire que l'État est en mesure d'invoquer d'autres éléments issus de son identité démocratique pour justifier une mauvaise transposition d'une directive devant la Cour de justice : l'arrêt Michaniki[2].

738. La Cour devait lors d'une procédure préjudicielle évaluer la compatibilité avec une directive d'une disposition constitutionnelle grecque qui, au motif d'assurer « la transparence complète et le caractère pluraliste de l'information »[3], interdisait la participation aux marchés publics des cadres dirigeants et des actionnaires majoritaires d'entreprises de médias d'information ainsi que de leurs conjoints et parents, mais aussi de toutes personnes ou sociétés économiquement dépendantes d'eux. La juridiction nationale demandait en substance si ladite directive, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et qui présente une liste des causes d'exclusion d'entreprises, entendait prévoir de façon limitative et exhaustive ces cas d'exclusion ou si au contraire, il était permis aux États membres « de prévoir des causes d'exclusion supplémentaires visant notamment [...] des objectifs d'intérêt général »[4].

Elle évoquait en l'espèce de tels objectifs « liés au fonctionnement de la démocratie et

[1] *Ibid.*, points 43-45.
[2] CJCE, 16 décembre 2008, Michaniki, Aff. C-213/07.
[3] Constitution grecque, précitée, article 14.
[4] CJCE, 16 décembre 2008, Michaniki, Aff. C-213/07, point 22.

à la garantie du pluralisme de la presse »[1], mais également à « la garantie de transparence dans les procédures de passation des marchés publics »[2]. Il est intéressant de noter de façon subsidiaire que le pluralisme, précédemment abordé dans le cadre de l'identité culturelle et la liberté d'expression, nourrit également des liens avec la nature démocratique de l'État membre[3]. La réponse de la Cour se fit alors en deux temps, elle se concentra d'abord sur l'analyse de la directive, puis sur celle de la mesure constitutionnelle nationale.

739. Dans le premier temps de sa réflexion, l'interprétation qu'elle retint de la directive est à double facette. Elle constata l'exhaustivité de la liste d'exclusion et en tira la conséquence qu'elle faisait « obstacle à ce que les États membres ou les pouvoirs adjudicateurs complètent la liste qu'il contient par d'autres causes d'exclusion fondées sur des critères relatifs à la qualité professionnelle »[4]. La Grèce ne peut donc selon ce raisonnement garantir comme elle le souhaiterait la nature pluraliste et l'indépendance de la presse. Pourtant cette mesure d'exclusion visait en premier lieu cet objectif et ne touchait que de manière dérivée et incidente les procédures de marché public. Par ailleurs il n'est pas interdit de penser que la directive concernée portant exclusivement sur les marchés publics de travaux n'ait pas pris en considération l'ensemble des objectifs d'intérêt général dont la réalisation pourrait être ainsi empêchée, en effet certaines carences peuvent toujours subsister. Cette première réflexion ne permet donc pas de considérer que la Cour marque un quelconque respect envers le fonctionnement de la démocratie grecque telle qu'elle était invoquée par l'État membre.

Pourtant le juge pondéra étrangement l'exhaustivité de la liste prévue par la directive, lorsqu'il considéra ensuite que celle-ci « n'exclut cependant pas la faculté des États membres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles destinées, notamment, à garantir, en matière de marchés publics, le respect du principe d'égalité de traitement, ainsi que le principe de transparence »[5]. Aussi le juge n'accepta à ce stade d'étudier la compatibilité de la mesure nationale que sur la base des objectifs d'intérêt général liés à la transparence des marchés publics, mais n'exclut pas que les autres objectifs poursuivis puissent entrer en ligne de compte par la suite. Cette pirouette intellectuelle bien que surprenante permit au juge de donner une chance de se réaliser à l'objectif premier de la mesure, sans pour autant diminuer la portée de la directive, cela toutefois au prix d'une confrontation de ladite mesure avec le

[1] *Ibidem*
[2] *Ibid.*, point 24.
[3] Voir *supra* (§509 ; §511 ; §520 ; §531 ; §534 ; §537 ; §543 ; §660)
[4] Arrêt Michaniki, précité, point 43.
[5] *Ibid.*, point 44.

principe de proportionnalité. Ayant dégagé ce raisonnement de la directive, le juge put désormais déterminer si la mesure constitutionnelle nationale poursuivait de façon proportionnée l'objectif de garantie de l'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence des marchés publics.

740. Dans ce second temps de l'analyse la Cour s'appuya sans aller toutefois aussi loin, sur les considérations de son avocat général selon lesquelles « *l'État membre concerné est le mieux à même de mesurer quels sont, dans le contexte national, les conflits d'intérêts les plus susceptibles de surgir et de menacer les principes de transparence et d'égalité de traitement dans le respect desquels les contrats publics doivent être passés* »[1]. Ce dernier soulignait d'ailleurs que dans le cas d'espèce « *les pouvoirs publics grecs font donc, en quelque sorte, valoir une appréciation constitutionnelle nationale des principes communautaires de transparence et d'égalité de traitement dans l'attribution des contrats publics* »[2], pour enfin cerner le problème juridique comme suivant : « *si le respect dû à l'identité constitutionnelle des États membres peut ainsi constituer un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire,* a fortiori *peut-il être invoqué par un État membre pour justifier son appréciation des mesures constitutionnelles qui doivent compléter la législation communautaire pour garantir le respect, sur son territoire, des principes et règles qu'elle énonce ou qui la sous-tendent* »[3].

La Cour ne s'engagea pourtant pas aussi explicitement sur le terrain de l'identité nationale. Elle prit néanmoins en compte la spécificité de chaque situation nationale et la marge de manœuvre étatique qui doit en découler, de même qu'elle valida la poursuite par la mesure nationale de l'objectif d'intérêt général en matière de transparence des marchés publics et d'égalité des soumissionnaires, qu'elle relia d'ailleurs également au premier objectif invoqué relatif au pluralisme et à l'indépendance des médias. Pourtant la mesure d'espèce fut sanctionnée sur la base du principe de proportionnalité, la Cour estimant qu'une exclusion aussi large, qui de surcroît était automatique et absolue, allait « au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs allégués de transparence et d'égalité de traitement »[4].

741. La Cour ne prit donc pas directement en compte la démocratie dans la détermination des objectifs d'intérêt général susceptible de justifier la mauvaise application de la directive,

[1] Conclusions MADURO P., CJCE, 14 janvier 2004, Michaniki, Aff. C-213/07, point 30.
[2] *Ibidem*.
[3] *Ibid.*, point 33.
[4] Arrêt Michaniki, précité, point 63.

bien qu'elle ait pris en considération l'ensemble des autres objectifs invoqués, ces derniers demeurant étroitement liés à cette notion. De même, elle ne mentionna pas l'identité nationale grecque dans sa décision. Néanmoins, il semble bien qu'elle ait accordé à la Grèce de la même façon qu'elle l'avait fait pour l'Allemagne dans l'arrêt précédent, la faculté d'invoquer des éléments tirés de son identité démocratique telle qu'elle est incluse dans son identité constitutionnelle, pour justifier l'incompatibilité d'une mesure nationale avec le droit de l'Union. Cette faculté n'est encore une fois pas illimitée, puisqu'assortie d'un contrôle de proportionnalité toujours aussi difficile à franchir, comme ces deux arrêts le démontrent encore, même dans le cadre d'un principe démocratique pourtant partagé tant par l'Union que par l'ensemble des autres États membres[1]. L'invocabilité d'éléments tirés de leur identité constitutionnelle par les États membres, reste donc fortement encadrée par la juridiction de l'Union, qui ne lui accorde pas un respect absolu, pas même en matière de démocratie.

742. Si finalement ni le traité, ni la jurisprudence n'intègrent expressément la démocratie dans le champ matériel du principe du respect de l'identité nationale, la nature démocratique étatique dont l'existence ne fait aucun doute, semble néanmoins respectée, d'abord par le fonctionnement lui-même démocratique et transparent de l'Union européenne, qui permet en continuité et sur la base des États, de garantir une légitimité de son droit équivalente à celle que possède le leur. Elle est également respectée par le maintien d'un équilibre délicat entre la dimension européenne et nationale de la démocratie, tout autant que dans l'association à ses travaux des acteurs de la dimension purement nationale, voire locale de la démocratie qui, bien qu'exclus du triangle institutionnel, n'en demeurent pas moins capables de contrôler le non-empiétement de leurs compétences et donc de préserver leur rôle dans la dimension nationale. Elle l'est enfin par la reconnaissance du but légitime que constitue la protection des éléments connexes à la notion de démocratie au niveau national tels que l'influence du parlement national, la transparence, le pluralisme et l'indépendance de la presse, même si ceux-ci n'ont en définitive jamais permis de valablement justifier une mauvaise transposition ou application d'une directive.

Ainsi par la conjugaison des dimensions nationales et européenne de la démocratie se dessine une certaine identité de l'Union, celle d'une démocratie transnationale. Cette démocratie transnationale permet non seulement une représentation indirecte des nationaux

[1] Voir en ce sens SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 37, selon lequel « si elle avait respecté le principe de proportionnalité, la disposition constitutionnelle grecque […] aurait été considérée comme légitime, sur la base, […] du respect d'un élément fondamental des garanties du pluralisme et de la politique anti-corruption tel que défini par l'État membre lui-même. ».

par le vecteur étatique, mais également une représentation directe des citoyens européens pour lesquels des procédés de démocratie directe ont même été incorporés, leur ouvrant alors également et dans une certaine mesure un droit de participation directe à l'exercice du pouvoir au niveau de l'Union. Il s'agit en ce sens d'une superposition des démocraties nationales et de l'Union, qui cumulée à la superposition des systèmes de protection des droits fondamentaux et des principes de l'État de droit, c'est-à-dire du constitutionnalisme libéral, conduit à qualifier cette construction de démocratie libérale « composée » ou multi-niveaux[1]. En définitive, la démocratie transnationale, encore parfois qualifiée de « démocratie cosmopolite »[2], suppose logiquement soit « de penser la démocratie en dehors de la souveraineté » c'est-à-dire « au-delà des nations, sans la négation des nations » comme le suggère Jean-Marc Ferry[3], soit de la penser comme le propose Jürgen Habermas en termes de « transnationalisation de la souveraineté populaire »[4], sans pour autant que l'État ne cesse alors « de jouer, dans son rôle d'État membre, sa partition constitutionnelle de garant du droit et de la liberté »[5].

Section 2 : La portée de l'identité de l'Union, vers un droit constitutionnel « composé »

743. Il vient d'être observé que la prise en compte des valeurs communes aux États membres par leur absorption dans le droit de l'Union conduit à l'émergence d'une identité de l'Union, puisqu'elle-même se fonde désormais sur ces principes pour exister. Il convient dès lors d'évaluer la portée juridique de cette identité au sein de l'ordre juridique de l'Union. Or, la construction de cette identité semble être le facteur d'un processus de constitutionnalisation (§1). De ce processus se décèle ainsi une identité constitutionnelle de l'Union qui par extension conduit à s'interroger non seulement sur l'existence d'un droit constitutionnel de l'Union, dont il faudra alors déterminer la nature, mais également sur son articulation avec l'identité constitutionnelle des États (§2).

[1] BURGORGUE-LARSEN L., « La démocratie au sein de l'Union européenne. De la "constitution composée" à la "démocratie composée" », *in* BAUER H. et CALLIES C., *Les principes constitutionnels en Europe. Constitutional principles en Europe*, Bruxelles, Bruylant, Sakkoulas, Berliner, 2008, pp. 83-99.
[2] FERRY J.-M., *Europe la voie kantienne, essai sur l'identité postnationale*, Paris, Cerf, 2005, p. 169 et s.
[3] *Ibid.*, p.169.
[4] HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, Paris, Gallimard, 2012, p. 78.
[5] *Ibid.* p. 78.

Paragraphe 1 : Les facteurs d'un processus complexe de constitutionnalisation de l'identité européenne

744. Il est possible de percevoir l'émergence d'une identité constitutionnelle de l'Union qui se réalise au moyen d'un processus complexe de constitutionnalisation. Ce processus a régulièrement été identifié par la doctrine dans la réalisation de trois phénomènes distincts qui tendent chacun dans une logique propre à lui conférer une dimension constitutionnelle[1]. La distinction de ces phénomènes est finalement une résultante de la polysémie du terme de constitutionnalisation qui, bien qu'évoquant de façon générale l'idée de conférer une valeur constitutionnelle à une norme, peut toutefois s'appréhender différemment selon le critère d'identification retenu. Dans le premier cas, un tel phénomène se perçoit selon un critère matériel, qui suppose l'émergence d'une identité constitutionnelle de l'Union fondée sur les valeurs du constitutionnalisme libéral partagées avec les États membres (A), alors que dans les deuxième et troisième cas, les deux autres phénomènes se conçoivent selon un critère d'abord fonctionnel, puis de façon diffuse selon un critère formel, conduisant alors dans les deux situations à la reconnaissance d'une identité constitutionnelle cette fois propre à l'Union (B).

A) Un phénomène de constitutionnalisation matérielle de l'identité de l'Union

745. Ce processus de constitutionnalisation appréhendé selon un critère matériel se conçoit en deux temps. Il résulte d'abord de l'identification préalable d'un processus de constitutionnalisation commun aux États européens, c'est-à-dire d'une convergence des droits constitutionnels nationaux de laquelle résulte l'émergence d'un patrimoine constitutionnel commun aux États membres (1). C'est l'absorption de ce patrimoine par l'Union européenne qui mène ensuite à penser que se réalise alors un phénomène de constitutionnalisation du droit de l'Union (2).

[1] Voir pour l'identification et la distinction de ces phénomènes, LAURANS Y., *Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, dir. PIERRÉ-CAPS S., soutenue à Nancy 2, 2009, p. 563.

1. La découverte préalable d'un patrimoine constitutionnel commun aux États

746. Un phénomène reconnu par la doctrine comme participant d'un processus de constitutionnalisation est celui de la convergence, en certains domaines spécifiques, des droits constitutionnels des États européens membres de la CEDH et pour partie membres de l'Union. Si ce phénomène ne concerne pas à proprement parler l'Union européenne, mais plus largement l'Europe et surtout les États européens, il tend vers la reconnaissance d'un patrimoine constitutionnel commun à ces États, qui n'est pas sans rapport avec la reconnaissance ultérieure des valeurs communes par l'Union[1]. Il s'agit d'un phénomène diffus en ce qu'il relate la transformation des droits constitutionnels nationaux et non pas du droit de l'Union, voire du droit de la CEDH. En effet, la découverte de ce phénomène est à attribuer pour l'essentiel à Dominique Rousseau[2], selon lequel la notion de patrimoine constitutionnel sert par choix d'analyse « *non pas à rechercher dans le droit de l'Union européenne ou dans celui du Conseil de l'Europe, les critères de convergence constitutionnels, mais à les découvrir, le cas échéant, dans les différents droits constitutionnels nationaux* […] *au moyen de l'interprétation comparative* »[3]. Empruntant également une attitude comparatiste, Didier Maus a pour sa part dégagé plus récemment dans ses travaux l'idée de « réalité constitutionnelle commune »[4]. Une attitude similaire a précédemment été observée de façon épisodique et a également permis de conclure que les États partagent bon nombre de principes constitutionnels qui, s'ils ne sont pas toujours mis en œuvre d'une manière identique, répondent néanmoins du constitutionnalisme libéral[5]. Ce phénomène de convergence horizontale n'est toutefois pas étranger à l'existence des organisations régionales issues de la

[1] Voir *infra* (§750).
[2] ROUSSEAU D., « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Le patrimoine constitutionnel européen, Strasbourg*, éditions du Conseil de l'Europe, 1996, pp. 16-37, voir http://books.google.fr/books?id=FtmFgQ37wAC&pg=PA3&hl=fr&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false ; ROUSSEAU D., « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Mélanges Philippe Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDI, 1999, pp. 27-46 ; voir aussi ROUSSEAU D., « Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux », *op.cit.*, pp. 159-168.
[3] ROUSSEAU D., « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *op.cit.*, p. 16.
[4] MAUS D., « L'Europe constitutionnelle », *op.cit.*, p. 131 et s ; voir également SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, p. 150 et s., utilisant l'expression de « valeurs fondamentales communes », apparaissant comme le « noyau dur » d'un « droit constitutionnel commun ».
[5] Voir *supra* (§169 et s. ; §295 et s. ; §333 et s.).

CEDH et des traités de l'Union, qui ont joué et jouent encore un rôle important en diffusant et en imposant aux États y ayant adhéré le respect de certaines valeurs[1].

747. Ce phénomène de convergence des droits constitutionnels est apprécié selon un critère matériel, puisqu'il consiste en l'identification d'un certain nombre de principes ou de valeurs qui apparaissent dans leur conception comme communs aux États européens. La convergence matérielle se situe alors autour de la notion de « démocratie constitutionnelle », équivalente à celle de démocratie libérale ou encore à celle de constitutionnalisme libéral, puisque faisant à la fois référence aux principes « d'élections libres » et « de protection constitutionnelle des droits fondamentaux »[2].

Il est alors question dans la première partie de l'énoncé de prendre en considération les similitudes en matière d'attribution de « pouvoir du suffrage » et de « souveraineté populaire », mais également « d'alternance démocratique », autant de signes qui confirment la réalité d'une « convergence du fonctionnement pratique des systèmes politiques européens »[3]. Dans la seconde partie de l'énoncé sont concernées la « similitude des listes et formulations des droits fondamentaux », « la primauté de la Constitution » et le « développement de la justice constitutionnelle », autant de facteurs permettant cette fois de conclure à la convergence du fonctionnement des systèmes juridiques, ces derniers se conformant aux principes de l'État de droit[4]. C'est d'ailleurs ce que considère également Wadgi Sabete, ce dernier relevant que « deux catégories de principes constituent des valeurs nationales et européennes : les principes des droits de l'homme et ceux de la démocratie pluraliste. C'est à travers ces deux catégories de principes constitutionnels communs que le droit constitutionnel européen forge sa matière première »[5].

748. Ces indices de convergence tendent ainsi à mettre en exergue une identité au-delà des nations, une « identité constitutionnelle » entendue dans son sens commun et qui provient alors « d'une adhésion à et d'une conviction dans un ensemble de principes que se partagent

[1] Voir sur ce point TRÉGUIER M.-L., « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européennes et droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 250 et s., selon laquelle il existe « une mécanique des rapprochements » expliquée par « des forces convergentes » que sont en plus des cours constitutionnelles, la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'Homme ; voir également GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 52 ; voir enfin ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La Convention européenne des droits de l'Homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux et du droit communautaire », *op.cit.*, p. 179 et s.
[2] ROUSSEAU D., « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *op.cit.*, p. 22.
[3] *Ibid.*, p. 22-24.
[4] *Ibid.*, pp. 25-27.
[5] SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », *op.cit.*, p. 170.

et dans lesquels se reconnaissent et se pensent les peuples européens »[1]. Néanmoins l'auteur poursuit que « l'identité du patrimoine », *a contrario* de celle de la nation « ne produit pas de l'unité ou de l'uniformité ; elle produit de l'harmonie », elle apparaît comme « une culture constitutionnelle commune » à la vertu socialisante[2]. La notion de patrimoine constitutionnel devient finalement le point d'ancrage non pas « du droit constitutionnel européen » entendu comme une constitution de l'Union, et qui ne pourrait vraisemblablement ni prendre sa source formelle dans les constitutions des États, ni y trouver une véritable unité matérielle, tant les divergences restent nombreuses et persistantes, mais « d'un droit constitutionnel européen » qui regroupe un certain nombre de principes communs[3].

Finalement l'idée de patrimoine constitutionnel commun renvoie à la doctrine du constitutionnalisme libéral en ce qu'il témoigne de la convergence des États européens vers la reconnaissance et l'application des principes qui le sous-tendent et qui conduisent à « créer la fiction d'une unité parmi les hommes », fiction trouvant toutefois une « confirmation empirique à l'échelle européenne »[4]. La reconnaissance de ce patrimoine commun n'est donc pas sans rapport avec l'idée de « patriotisme constitutionnel » défendu par Habermas[5].

749. Cette convergence constitutionnelle mise en lumière par la notion de patrimoine constitutionnel commun, est finalement un préalable nécessaire à l'absorption de ces principes par l'Union et à la construction de son identité[6], dont la portée serait en conséquence substantiellement constitutionnelle.

[1] ROUSSEAU D., « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *op.cit.*, p. 31 ; voir en sens contraire PIERRÉ-CAPS S., « Problématique de la constitution européenne », *op.cit.*, p. 139, selon lequel : « L'on peut finalement se demander si cette convergence des constitutions nationales en Europe ne témoigne pas, non d'une quelconque identité constitutionnelle européenne spécifique, mais du fait que l'Europe demeure sur ce plan bien plus en avance qu'ailleurs. ».
[2] *Ibid.*, p. 31.
[3] *Ibid.*, pp. 32-37.
[4] MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 424.
[5] HABERMAS J., *Sur l'Europe*, Paris, Bayard, 2006, 92 p. ; voir *infra* (§756), pour une explication du terme.
[6] Voir GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op.cit.*, p. 291, selon lequel : « Une homogénéité minimale entre le droit communautaire et les valeurs constitutionnelles communes est indispensable pour la cohésion de l'ensemble ».

2. Une constitutionnalisation matérielle par l'incorporation du patrimoine constitutionnel commun dans le traité

750. Un phénomène de constitutionnalisation concentré dans le droit de l'Union peut se déceler dans l'incorporation du droit constitutionnel des États membres au sein du traité[1]. La constitutionnalisation s'apprécie alors exclusivement selon un critère matériel, puisque les dispositions du traité opérant une telle incorporation demeurent de nature conventionnelle, bien qu'elles aient pour objet des valeurs propres au droit constitutionnel. Il s'agit selon Ségolène Barbou des Places de l'une des méthodes de la construction européenne, d'un « processus constitutionnel » procédant du « […] volontarisme, d'une ambition de constituer l'Europe comme Union politique et par mimétisme, en empruntant aux modèles et archétypes constitutionnels nationaux »[2]. Ainsi, l'insertion dans le droit de l'Union de certains principes constitutionnels tend à lui conférer une dimension matériellement constitutionnelle[3]. Il en va d'une part, de l'absorption des valeurs constitutionnelles communes qui concordent parfaitement avec la notion de patrimoine constitutionnel européen et d'autre part, de la référence aux constitutions nationales comme sources occasionnelles du droit de l'Union, par la mention des traditions constitutionnelles communes aux États membres[4].

751. Du patrimoine constitutionnel commun, est ainsi construit un patrimoine constitutionnel de l'Union sur lequel elle fonde désormais son existence. Si ces valeurs étaient

[1] Voir en ce sens CONSTANTINESCO V., « L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité : l'article 6§1 du traité sur l'Union (ex F § 1), tel que modifié par le traité d'Amsterdam », *op.cit.*, p. 300, selon lequel : « L'intégration de principes constitutionnels nationaux dans le traité instituant l'Union européenne représente une étape et une évolution de la constitutionnalisation du droit originaire régissant l'Union et les Communautés européennes » ; voir du même auteur, « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 318 ; voir également BLANCHARD D., *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Apogée, 2001, p. 111 et s. ; voir encore GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 325 et s. ; voir enfin RIDEAU J., « Les valeurs de l'Union européenne », *RAE*, 2012, p. 329 et s.

[2] BARBOU DES PLACES S., « Plaidoyer pour une approche rénovée des méthodes de la construction communautaire », in Mélanges en l'hommage du Professeur Jean CHARPENTIER La France, l'Europe et le Monde, Paris, Pedone, 2009, p. 258 ; voir également sur ce point SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 41, évoquant l'idée d'une « fusion-absorption des valeurs constitutionnelles nationales dans les valeurs constitutionnelles communes ».

[3] SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », *op.cit.*, p. 160, selon lequel les principes de démocratie, d'État de droit et de respect des droits de l'homme « font désormais figure de véritables principes constitutionnels de l'Union européenne » ; voir également CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2009) », *RFDC*, 2010, p. 412, qui au sujet de « la consécration du principe de démocratie européenne », correspondant à l'une des valeurs communes absorbée par l'Union, envisage « l'avènement non-dit du constitutionnalisme européen dans les traités », le traité de Lisbonne comportant « d'indéniables éléments de constitutionalisme ».

[4] Voir *supra*, (§611-§614 ; §643 ; §646-649 ; §664 ; §667 ; §682 ; §687), au sujet des traditions constitutionnelles communes ; voir également SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », *op.cit.*, p. 159 et s.

initialement le révélateur par leur convergence d'une identité constitutionnelle commune aux États membres, elles sont désormais le substrat d'une identité constitutionnelle de l'Union partagée avec l'ensemble des États membres. L'absorption de ces valeurs, qui en premier lieu répond de l'exigence des États membres, selon laquelle le droit de l'Union ne doit pas porter atteinte à leur identité constitutionnelle en matière de droit fondamentaux ou encore d'organisation démocratique, a non seulement permis à l'Union d'y parvenir en ne rompant pas avec l'unité de son droit, mais est en outre devenue la source d'une certaine homogénéité identitaire assise sur la doctrine du constitutionnalisme libéral. Les réserves de constitutionnalité sont ainsi apparues dans ce cadre comme « le moteur de l'intégration », l'adoption progressive d'un système de protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union finalisé par la CDF en est d'ailleurs le plus bel exemple[1]. C'est ainsi que les États transfèrent désormais systématiquement à la Cour de justice le contrôle des conflits normatifs entre droit de l'Union et ces valeurs communes, tout particulièrement dans le cadre des droits fondamentaux, dans une opération qui fut qualifiée de « translation du contrôle de constitutionnalité »[2]. Ce transfert tend de même à démontrer que la frontière entre droit constitutionnel et droit de l'Union est de plus en plus souple. Par ailleurs l'effort d'homogénéisation entrepris par l'absorption de ces valeurs, bien qu'inspirées des États membres, leur est en outre, dans une sorte de « cercle vertueux constitutionnel »[3], devenu opposable même à l'encontre de leur propre ordre constitutionnel et ce par des mécanismes de sanction politique.

752. Ainsi fondée sur les valeurs animant le patrimoine constitutionnel communs aux États européens, en faisant siennes les valeurs démocratiques et libérales, ainsi que les principes de l'État de droit, l'Union entre à son tour dans la sphère du constitutionnalisme libéral. Il se dessine ainsi une identité constitutionnelle de l'Union partagée avec les États membres[4].

[1] TRÉGUIER M.-L., « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européennes et droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 270 et s. ; voir aussi ZILLER J., « La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux et les traditions constitutionnelles communes aux États », *op.cit.*, p. 671 et s.

[2] Voir BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 69 et s. ; voir également *supra* (§366).

[3] GAUDIN H., « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op.cit.*, p. 547.

[4] Voir en ce sens BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDI., 2012, pp. 62-6.

B) Des phénomènes de constitutionnalisation fonctionnelle et formelle de l'identité de l'Union

753. C'est par le constat de spécificités inhérentes au droit de l'Union, le distinguant du droit international et le rapprochant du droit constitutionnel que deux autres phénomènes ont été perçus comme source de sa constitutionnalisation. Ils permettent alors l'identification d'une identité constitutionnelle propre à l'Union. Dans le premier cas, il est question de reconnaître au regard de ces caractéristiques, une fonction constitutionnelle de certains principes gouvernant son droit (1), lorsque dans le second, il s'agit dans la continuité du premier phénomène, d'une même reconnaissance de ces caractéristiques, mais par les États, ayant alors conduit d'un point de vue formel et d'une façon diffuse à la constitutionnalisation du droit de l'Union par l'européanisation des constitutions nationales (2).

1. Une constitutionnalisation fonctionnelle par la reconnaissance de caractéristiques constitutionnelles du droit de l'Union

754. Une « conception extensive » de la Constitution[1], sortie de son contexte étatique afin de désigner plus largement tout acte ayant pour objet d'établir les règles de fonctionnement et la structure d'un organisme donné, est parfois envisagée pour établir l'existence d'un processus de constitutionnalisation des traités institutifs d'organisations internationales et plus particulièrement encore du droit primaire de l'Union. Or, le traité demeure formellement un acte de droit international, puisqu'adopté selon une procédure multilatérale. Ainsi, l'identification d'un processus de constitutionnalisation répond uniquement ici d'un critère fonctionnel qui, au moyen d'une appréciation matérielle du traité par analogie avec celle des constitutions étatiques, conduit à reconnaître qu'il a « *la même signification et exerce les mêmes fonctions que* [ces dernières] *: il représente l'acte fondateur de l'organisation, son statut juridique qui détermine les buts, les principes fondamentaux, les compétences ainsi que les organes et leurs rapports, c'est-à-dire la structure institutionnelle de l'organisation dont il établit ainsi à la fois la légitimité et l'ordonnancement juridique interne* »[2]. À cela, certains

[1] LAURANS Y., *Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, *op.cit.*, p. 435 et s.
[2] GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, p. 528.

répondront que même les clubs de golf[1], ou encore les monastères possèdent une constitution[2]. En effet, on peut considérer que le traité est institutif, mais possède-t-il pour autant un véritable caractère constitutionnel ? Si la seule fonction organisationnelle n'apparaît pas comme pleinement convaincante pour reconnaître à l'ensemble des traités institutifs d'organisation internationale un quelconque caractère constitutionnel, force est toutefois de constater que la spécificité de l'Union européenne, générée tant par le traité que par la jurisprudence dynamique de la Cour, donne du crédit à cette conception extensive de la Constitution[3].

755. D'abord l'architecture institutionnelle de l'Union vise au moyen du quadripartisme à permettre l'expression « des légitimités différentes, communautaire pour la Commission, interétatique pour le Conseil de l'Union européenne, démocratique pour le Parlement européen et juridique pour la Cour de justice », de telle sorte que « les dispositions institutionnelles des traités correspondent parfaitement aux trois significations, juridique, politique et idéologique de la constitution étatique »[4]. De même, l'organisation démocratique du Parlement ayant pour objet d'assurer la représentation des ressortissants des États membres, pour lesquels un statut de citoyen européen a spécifiquement été crée, tend dans une moindre mesure à assurer les fonctions normatives et de contrôle d'un parlement national, notamment lorsque l'on considère la question de l'équilibre institutionnel régulièrement tranchée par la Cour de justice en faveur du Parlement[5].

756. Ensuite, les traités portant sur l'Union européenne ne sont pas seulement institutifs en ce qu'ils ne sont pas uniquement voués à la création de ses institutions et à l'organisation des rapports qu'elles entretiennent. En effet, ils sont également constitutifs, puisqu'ils visent aussi à établir une communauté de droit, un droit transnational qui, par « l'exercice de compétences

---

[1] Voir en ce sens LAURANS Y., *Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, *op.cit.*, p. 434 ; voir également BIRKINSHAW P., « Constitutions, Constitutionalism and the State », *European Public Law*, 2005 p. 34 ; voir aussi DASHWOOD A, « The European Union Constitution - What Will Really Change ? », *in The Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* 2004-2005*,* p. 32.

[2] Voir MAUS D., « Gouvernance et identité en Europe. La problématique de la Constitution pour l'Europe », *Revue européenne de droit public*, 2004, p. 310 ; voir aussi VERGÈS J., « Réflexions sur le constitutionnalisme européen », *in* GRAF VITZHUM W. et PENA M. *, L'identité de l'Europe, Aix-en-Provence*, PUAM, 2002, p. 202.

[3] Voir dans le même sens BLANCHARD D., *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 411 ; Voir en sens contraire DEROSIER J.-P., « Constitutionnalisation ? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 105, l'auteur rejette l'idée de constitutionnalisation du droit de l'Union sur la base de ce critère, et lui préfère celui de « centralisation ».

[4] GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, pp. 529-530.

[5] Voir *supra*, (§720).

de nature étatique »[1], « liées à l'exercice de la souveraineté »[2] et transférées à cette dernière, s'adresse non seulement aux États, mais également à leurs ressortissants. D'ailleurs, certains des principes régulateurs de son ordonnancement juridique, qui répondent de cette nature constitutive, sont à ce point singuliers, soit dans leur existence, soit dans leur interprétation, qu'ils dépassent largement le stade d'une simple fonction organisationnelle pour parvenir à celui d'une fonction constitutionnelle.

Il en va ainsi des libertés de circulation et plus particulièrement encore de la création d'une citoyenneté européenne. Cette dernière renforce la protection des droits conférés aux citoyens, dont les libertés de circulation font parties, et conduit en outre, avec plus ou moins de succès, à générer un « patriotisme constitutionnel » au niveau européen qui s'appuie également sur le partage de valeurs communes[3], résultante logique d'une Union qui n'est plus seulement économique, mais également politique. Il s'agit en ce sens de « créer une nouvelle solidarité sortant du paradigme de l'identification traditionnelle au sein des États membres »[4], mais sans toutefois la détruire. Il en va de même du principe de primauté qui, cumulé à l'applicabilité directe et à l'effet direct, vient garantir tant l'unité du droit de l'Union que le respect des droits qu'il confère aux ressortissants des États membres, le tout étant en dernier lieu contrôlé par la Cour de justice devenant alors « gardienne de la Communauté de droit, au même titre que les juridictions constitutionnelles internes sont garantes de l'État de droit »[5]. Une analogie entre la primauté du droit de l'Union et la suprématie constitutionnelle est ainsi inévitable, même si la première se situant en dehors d'une relation hiérarchique suppose seulement une primauté d'applicabilité et non de validité. En outre certains principes tels que ceux de coopération loyale et du respect de l'identité nationale, qui présentent une certaine connexion avec le principe de primauté en ce qu'ils permettent respectivement son renforcement[6] ou sa modulation[7], semblent à ce titre présenter une même fonction constitutionnelle, puisqu'ils participent tous deux à la structuration et à la régulation de la communauté de droit, en gouvernant les rapports nés du processus d'intégration entre l'Union

[1] GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, p. 529.
[2] MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 108.
[3] HABERMAS J., *Sur l'Europe*, *op.cit.*, p. 35-37, il s'agit selon l'auteur d'un « processus de formation de la conscience post-nationale », au sein duquel « la solidarité entre les citoyens naît de l'appartenance à une communauté politique démocratique et constitutionnelle formée par des sociétaires libres et égaux ».
[4] BLAIRON K., « La question démotique et la problématique d'une constitution européenne », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel, Athènes*, 2007, p.13.
[5] GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, p. 531.
[6] Voir *supra*, (§238 ; §277 ; §285 ; §291).
[7] Voir *supra*, (§395-397 ; §601).

et les États. Ils seraient d'ailleurs même à l'origine de l'émergence d'un statut des États membres de l'Union[1].

757. À ce sujet, ces principes confèrent à l'égard des ordres juridiques nationaux une véritable autonomie au droit de l'Union, qui ne saurait dès lors être contesté dans sa validité ou son applicabilité sur la base de critères internes. L'autonomie de l'Union se poursuit d'ailleurs dans la définition de ses propres notions juridiques qui peuvent à ce titre se distinguer des définitions retenues en droit national. De même et surtout, elle bénéficie d'une autonomie vis-à-vis du droit international, la Cour de justice n'excluant pas le contrôle de conformité des actes du droit de l'Union visant à l'application du droit international « avec la charte constitutionnelle de base » qu'est le TUE[2], notamment dans le cadre des droits fondamentaux et des valeurs communes, ce qui apparaît d'ailleurs comme une « compensation » au dessaisissement des États en la matière, lorsqu'est concerné le droit de l'Union. Dans ce cadre, il est possible de considérer que le traité joue en conséquence « le rôle de bouclier d'une Constitution »[3].

758. Il s'agit ici aussi de la définition de l'identité constitutionnelle de l'Union européenne. Néanmoins, ce n'est plus une identité partagée avec les États membres qui est ici concernée, mais une identité propre à l'Union[4], qui se conçoit alors d'une façon similaire aux caractéristiques spécifiques de l'identité constitutionnelle des États, ici de nature essentiellement politico-institutionnelle. À ce titre si une certaine analogie est de mise, il ne

[1] Voir *infra*, (§777 et s.).
[2] Arrêt Kadi, précité, point 81.
[3] Voir en ce sens et de façon générale au sujet des rapports entre autonomie et constitutionnalité du droit de l'Union, POTTEAU A., « Les dimensions constitutionnelles de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 196 ; voir également sur ce point SIMON D., « La constitution européenne comme mythe », *op.cit.*, p. 212 ; voir aussi BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, pp. 67-68 ; Voir encore SCHMIED F., *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, *op.cit.*, p. 96 ; voir enfin SIMON D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, Paris*, Pedone, 2000, p. 229, selon lequel cette expression singularise « incontestablement la reconnaissance progressive d'une dimension constitutionnelle de la construction communautaire, laquelle est en quelque sorte le corollaire en termes positifs de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire par rapport au droit international général ».
[4] Voir en ce sens BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 63.

s'agit pas tout à fait des mêmes principes ou de la même conception de ceux-ci, de sorte qu'il est ici question d'un « droit constitutionnel autonome »[1].

2. Une constitutionnalisation formelle par l'européanisation des constitutions nationales

759. Il fut observé que les États membres ont, dans une grande majorité des cas, adopté au sein de leur constitution des clauses d'intégration encore surnommées « clauses Europe », visant à autoriser l'application du droit de l'Union au sein de leur ordre juridique ou plus généralement à autoriser la participation de l'État à la construction européenne[2]. Initialement le droit de l'Union était appréhendé au moyen de clauses constitutionnelles s'adressant au droit international en général. Néanmoins, le processus d'intégration et les effets du droit de l'Union sur leur ordre juridique ont dans une certaine mesure contraint les États membres eux-mêmes à reconnaître la spécificité du droit de l'Union[3], telle que précédemment décrite, et à lui attribuer en conséquence une place particulière au sein de l'échiquier constitutionnel.

La raison essentielle tient au principe de primauté qui, pour ne pas remettre en cause la suprématie constitutionnelle, fut transformé en exigence découlant non pas du droit de l'Union, comme la Cour de justice le conçoit, mais comme une exigence à valeur constitutionnelle reconnue par les juges constitutionnels en tant que conséquence des clauses Europe. Aussi, il s'agit désormais pour les juges nationaux de concilier une exigence constitutionnelle avec les autres dispositions de la constitution.

760. Il en résulte un mouvement croisé d'européanisation des constitutions nationales, si l'on prend en considération l'objet matériel de la clause d'intégration, et de constitutionnalisation du droit de l'Union, si l'on prend cette fois en considération sa nature juridique. Il s'agit en ce sens d'un phénomène de constitutionnalisation formelle dans l'ordre juridique interne. En effet, la disposition a pour objet le droit de l'Union mais présente sans aucun doute une nature constitutionnelle dont l'adoption répond des formes prescrites par la constitution.

La constitutionnalisation ne peut dans l'absolu être conçue ici de façon générale, puisqu'est seul concerné le droit interne de chaque État membre. Pourtant, la répétition de ce

[1] GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, p. 532.
[2] Voir *supra* (§163 et s. et §295 et s.).
[3] Voir en ce sens MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 108 et s ; voir également RIDEAU J., « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », *op.cit.*, p. 262 et s.

phénomène dans la plupart des États, nonobstant certaines divergences relatives à la conception et aux limites de cette exigence constitutionnelle, conduit à reconnaître si ce n'est une valeur constitutionnelle au droit de l'Union, qui s'étendrait par juxtaposition sur la quasi-totalité des territoires nationaux dans lesquels le droit de l'Union à vocation à s'appliquer[1], au moins ses « racines constitutionnelles »[2]. Ce phénomène de constitutionnalisation, bien que diffus, peut donc être perçu par extension comme reflétant pour partie un processus de constitutionnalisation morcelé ou diffus du droit de l'Union selon un critère formel. Ce dernier phénomène confirme ainsi le précédent, en ce qu'il consacre au niveau interne et selon un critère formel la constitutionnalité de certaines caractéristiques du droit de l'Union, dont la fonction semblait de même lui donner une envergure constitutionnelle.

761. Ces phénomènes de constitutionnalisation sont des réalités tangibles dont il convient de prendre en compte l'existence. D'abord, ils permettent d'identifier une synchronisation des constitutions nationales que ce soit en termes de convergence des valeurs, ou de prise en compte du droit de l'Union. Ensuite, ils participent conjointement à la réalisation d'un processus « complexe » de constitutionnalisation du droit de l'Union[3]. Ils présentent en outre un mouvement circulaire de constitutionnalisation fondé sur une logique de vases communicants. D'un côté, les États dans un mouvement de convergence possèdent des caractéristiques communes que l'Union reconnaît et absorbe. De l'autre, l'Union se voit progressivement attribuer des caractéristiques constitutionnelles propres à la régulation et la structuration de son ordre juridique, que les États reconnaissent et absorbent à leur tour au sein de leur ordre juridique. Il s'agit d'un même processus, tenant à l'absorption d'une matière juridique externe par un ordre juridique donné, mais qui se réalise dans une direction inverse selon que l'on s'attache à l'analyse de l'un ou l'autre des phénomènes.

Enfin, si tous deux participent à la consécration d'une identité constitutionnelle de l'Union[4], ils ne concernent toutefois pas les mêmes composantes de cette identité[5]. Dans le

[1] Voir en ce sens CHALTIEL F., « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des États membres », *op.cit.*, p. 75, selon laquelle « le constitutionnalisme européen, né de l'européanisation successive des Constitutions nationales, est spécifique. Ce sont en effet les États qui décident souverainement de la manière d'inscrire l'Union au sommet de leur hiérarchie normative ».

[2] CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 310 et s.

[3] Voir en ce sens VRABIE G., « Le Constitutionnalisme européen – phénomène complexe et intégrateur », *op.cit.*, p. 7.

[4] Voir en ce sens BLANCHARD D., *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 48 et s.

[5] Voir en ce sens, MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 425, selon lequel : « 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

premier cas il s'agit d'une identité constitutionnelle partagée entre l'Union et les États, lorsque dans le second il s'agit d'une identité constitutionnelle propre à l'Union. De la même façon que les États, l'identité constitutionnelle de l'Union se structure ainsi autour de ces deux catégories matérielles, une identité commune et une identité propre de nature politico-institutionnelle.

Paragraphe 2 : La caractérisation du droit constitutionnel européen et l'articulation des identités constitutionnelles

762. L'existence d'un processus de constitutionnalisation de l'identité et plus largement du droit de l'Union étant identifiable, il apparaît nécessaire de s'interroger désormais sur la nature d'un droit constitutionnel de l'Union européenne. Or il sera observé que l'inadéquation du concept classique de constitution et l'échec d'une hybridation entre la forme conventionnelle et constitutionnelle tentée dans le TECE conduisent à envisager la théorie d'un droit constitutionnel « composé » ou multi-niveaux. En effet, cette théorie doctrinale relativement récente, proposée par Ingolf Pernice et Franz C. Mayer, tente dans une approche renouvelée de faire coïncider d'une part le processus de constitutionnalisation du droit de l'Union, dont la réalité n'est plus contestable, et d'autre part la notion de constitution qui dans sa conception statique ne permet pas de rendre fidèlement compte de ce processus dynamique (A). Cette considération selon laquelle il existe plusieurs niveaux complémentaires et non véritablement hiérarchisés du constitutionnalisme, impose ainsi de revenir rapidement sur l'idée du pluralisme constitutionnel, afin d'examiner l'existence d'un équilibre entre les différents sites de production constitutionnelle. Il faudra alors de nouveau se pencher sur l'articulation entre les identités constitutionnelles respectives et partagées, mais aussi et surtout s'interroger dans ce cadre sur la dimension constitutionnelle du principe du respect de l'identité nationale, qui pourrait alors être perçu comme le révélateur d'un statut de l'État membre, duquel résulte l'émergence de droits fondamentaux des États, dont celui de voir leur identité respectée (B).

---

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'Union.

A) La nature du droit constitutionnel de l'Union

763. Afin de déterminer la nature du droit constitutionnel de l'Union européenne, il convient d'abord de déterminer s'il est possible de formellement retenir l'existence d'une constitution de l'Union, soit dans une conception classique au sens étatique du terme, soit dans une forme hybride mêlant forme constitutionnelle et forme conventionnelle (1). Il sera ensuite question de déterminer si un droit constitutionnel d'une autre nature ne doit pas plutôt, en remplacement d'une vision formaliste, être retenu pour qualifier le dynamisme de la dimension constitutionnelle de l'Union (2).

1. L'inadéquation à l'Union du concept formel de constitution

764. Le terme de constitution est par définition attaché au système étatique, en ce qu'elle apparaît à la base juridique de son existence. Elle est habituellement définie comme la norme fondamentale de l'ordre juridique étatique, de laquelle toute autre norme tire sa validité. Elle tient en ce sens une place centrale dans la définition de l'État de droit au sens kelsenien du terme. Elle vise à la régulation et à l'encadrement du pouvoir étatique tels que décidés par le souverain intervenant en tant que constituant originaire ou dérivé et seul à même de lui conférer sa valeur suprême. Dans une conception moderne de l'État, c'est-à-dire démocratique, le peuple souverain est alors désigné comme le constituant, agissant directement ou par le biais de ses représentants démocratiquement élus. La constitution a ainsi comme objet essentiel de déterminer la forme politique et institutionnelle de l'État par la désignation des institutions et l'attribution à ces dernières de pouvoirs, de compétences initialement détenues par le souverain. Elle précise de même les modalités de participation du peuple à l'exercice du pouvoir, ainsi que les droits dont il peut se prévaloir à l'encontre de l'action de l'État. Elle est donc un acte souverain visant à l'organisation générale des modalités d'exercice des compétences souveraines, de même que de leur éventuel transfert vers une organisation externe. Est-il ainsi possible de déplacer le concept de constitution, consubstantiellement relié au phénomène étatique[1], en dehors du prisme de l'État pour

[1] Voir en ce sens MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2*,* 2004*,* p. 106 ; voir également SIMON D., « La constitution européenne comme mythe », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone*,* 2010*,* p. 210 ; voir également GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*,

considérer l'avènement d'une Constitution au niveau de l'Union européenne[1] ? Si les conditions de l'Union ne semblent guère adaptées à la consécration d'une Constitution formelle au sens classique du terme (a), il faut en outre observer que la tentative d'hybridation formelle entre norme constitutionnelle et norme conventionnelle fut dans le cadre du TECE un échec cuisant (b).

a) Des conditions inadaptées à la consécration d'une constitution au sens formel

765. Il fut non seulement observé que la souveraineté est une qualité étatique au sens du droit international, en ce qu'elle permet d'identifier l'État comme tel, mais également que cette qualité, entendue comme une liberté de faire ou de ne pas faire, c'est-à-dire comme une maîtrise pleine et entière de la compétence de la compétence, ne peut valablement être accordée à l'Union européenne, qui ne dispose que de compétences d'attribution[2]. L'Union ne peut donc faire que ce que les États eux-mêmes l'ont autorisée à faire.

De surcroît, l'Union ne disposant pas de la souveraineté, mais seulement de compétences souveraines transférées par les États, il paraît incongru de désigner un souverain unique en son sein, qui serait en mesure d'adopter un acte constituant[3]. Tout au plus est-il possible d'identifier des souverains que sont les États et leur peuples respectifs à l'origine des traités[4]. La procédure de révision des traités répond en ce sens aux règles classiques du droit international en se fondant sur une méthode multilatérale[5].

766. Certes le premier temps de la procédure est confié aux institutions européennes, mais la formulation du projet de révision dépend en définitive des tractations étatiques au sein du Conseil européen, lorsque son adoption ne peut que se réaliser par la juxtaposition de

---

Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 64 et s. ; voir enfin SUEUR J.-J., « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 39.

[1] Cette question se pose régulièrement au sein de la doctrine, voir par exemple GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, p. 526 ; MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 106 et 114 ; DEROSIER J. P., « Constitutionnalisation ? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 96 ; GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op.cit.*, p. 85 et s. ; DAUPS T., « De la fédération d'États-Nations et de sa constitution », *op.cit.*, p. 7 ; PIERRÉ-CAPS S., « Problématique de la constitution européenne », *Civitas europa*, 2000, p. 126 et s.

[2] Voir *supra* (§80 et s.).

[3] GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 536 et s.

[4] Voir *ibidem*, voir également en ce sens MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 107 et s.

[5] Voir en ce sens GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, p. 533.

ratifications unilatérales dans chaque État membre. Ainsi, d'un point de vue formel, le traité ne répond pas d'une procédure constitutionnelle dépendant de la volonté d'un souverain unique, mais d'une procédure conventionnelle, multilatérale, c'est-à-dire d'un accord entre États souverains.

L'Union n'est pas un État, ni une Nation et n'a d'ailleurs pas vocation à le devenir. Il n'existe pas un peuple européen, pas plus que de souveraineté européenne qui permettrait l'adoption démocratique d'une constitution de l'Union[1]. Comme le précise Stéphane Pierré-Caps, « *l'hypothèse d'un pouvoir constituant européen semble bien devoir être écartée ab initio, faute de l'existence, en fait comme en droit, d'un demos européen, c'est-à-dire d'un substrat humain animé d'un vouloir-vivre ensemble apte à justifier la proclamation et l'exercice d'un pouvoir constituant* »[2]. Dès lors il apparaît, dans une conception stricte de la notion de constitution, que l'Union ne peut en l'état se voir doter d'un acte juridique d'une telle nature[3]. Cela est d'autant plus vrai que le droit de l'Union, bien que bénéficiant d'une certaine primauté, n'a pas remis loin s'en faut la suprématie constitutionnelle en question, mais il est tout au plus à l'origine de son adaptation. Il y a donc une concurrence des systèmes juridiques dont ne saurait pouvoir rendre compte l'idée d'une constitution globale européenne conçue au sens formel. Dans ces conditions, reconnaître un tel type de constitution qui primerait par définition, tant en termes d'applicabilité que de validité, sur les constitutions nationales est parfaitement illusoire, en ce qu'elle n'est pas une représentation exacte du droit positif[4].

b) L'échec de la tentative d'hybridation opérée par le TECE

767. Lorsqu'il fut question de doter l'Union d'un acte constitutif de nature formellement constitutionnelle, du moins par sa dénomination, ses rédacteurs ne pouvaient guère le concevoir, compte tenu des observations précédentes, comme une constitution étatique de

[1] Voir en ce sens MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 112 ; voir aussi FELDMAN J.-P., « Le traité établissant une constitution pour l'Europe et le constitutionnalisme. Un point de vue critique », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel, Athènes*, 2007, p.4 .
[2] PIERRÉ-CAPS S., « Problématique de la constitution européenne », *op.cit.*, p. 130.
[3] DEROSIER J.-P., « Constitutionnalisation ? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 95 et s. ; Voir GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, p. 527.
[4] Voir *supra* (§161 et s. ; §295 et s.).

sorte que la méthode conventionnelle s'imposa[1]. Le choix porta en conséquence sur une sorte d'hybridation entre la nature conventionnelle et constitutionnelle de l'acte. Une conception de même nature se retrouve dans une certaine mesure et en certaines occasions au sein de la jurisprudence de la Cour de justice, lorsqu'elle qualifie le traité de « charte constitutionnelle de base »[2]. Toutefois les réflexions suivantes se concentreront exclusivement sur le TECE.

768. De prime abord, la juxtaposition des termes traité et constitution dans le même intitulé apparaît quelque peu antinomique, pour ne pas dire qu'elle relève du « syndrome de l'oxymore »[3]. En effet, ce dernier établissait une connexion directe et explicite entre les sources juridiques pourtant formellement distinctes que sont le traité et la Constitution. La dénomination retenue s'attachait d'abord à l'origine purement conventionnelle de l'acte, qui en considération de son mode d'adoption demeurait formellement un traité[4]. C'est donc uniquement par sa fonction, sa vocation, que ce traité était alors abordé comme visant à établir du point de vue fonctionnel, voire matériel, une Constitution pour l'Europe. Si une certaine « sémiologie constitutionnelle » était alors empruntée par ses rédacteurs[5], tant dans un aspect sémantique que symbolique[6], pour caractériser la vertu constitutionnalisante du traité, de même qu'était identifié puis regroupé un certain nombre de principes fondateurs et régulateurs de l'action européenne qui, d'un point de vue fonctionnel, sont comparables à l'objet constitutionnel, force est de constater qu'il ne transformait en rien la procédure multilatérale de révision en une procédure constituante, pour lequel le peuple européen aurait été désigné comme détenteur d'une souveraineté que l'Union ne se voyait de toute façon toujours pas attribuée. Finalement, en considération de l'échec tenant à sa ratification, peu importe de déterminer si le TECE aurait véritablement conduit à mettre en place une Constitution pour l'Europe ou préparé le terrain pour son avènement futur. En effet, le traité de Lisbonne s'est vu déconstitutionnalisé, de telle sorte qu'en chassant « les mots pour garder les choses », il fut question de « tuer le mythe constitutionnel en détruisant les signes »[7].

---

[1] Voir en ce sens, MAGNETTE P., « La constitutionnalisation des traités européens - Forces et limites de la "méthode conventionnelle" », *in* NIHOUL P. et SCHUTTER O., *Une Constitution pour l'Europe - Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 31 et s.
[2] CJCE, 23 avril 1986, "Les Verts" c/ Parlement, Aff. C-294/83, point 23 ; Arrêt Kadi, précité, point 81.
[3] SIMON D., « La constitution européenne comme mythe », *op.cit.*, p. 210.
[4] Voir en ce sens LEBON V., *Le constitutionnalisme européen*, Limoges, Pulim, 2007, p. 71 et s.
[5] SIMON D., « La constitution européenne comme mythe », *op.cit.*, p. 204.
[6] Voir sur ce point, PHILIP C., « Les symboles de l'Europe », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 173-177.
[7] SIMON D., « La constitution européenne comme mythe », *op.cit.*, p. 208.

769. Ainsi, il paraît impossible d'identifier en l'état de la construction européenne une source constitutionnelle de l'Union au sens formel du terme. Or, comme le propose Denys Simon, « sans valider un hermaphrodisme juridique systématique », il apparaît nécessaire de ne pas rester prisonnier d'une « vision binaire » selon laquelle les catégories juridiques seraient parfaitement étanches et exclusives l'une de l'autre[1]. En effet, si un acte de nature constitutionnelle ne peut être retenu ni dans sa forme pure, ni dans sa forme hybride pour formellement qualifier l'acte constitutif de l'Union, force est de constater que d'un point de vue dynamique, il est possible de percevoir un processus de constitutionnalisation qui, s'il ne peut aboutir à reconnaître pour l'Union une constitution de même nature que celles des États, peut toutefois conduire à envisager un droit constitutionnel de l'Union d'une autre nature[2], qu'il convient dès lors d'analyser selon une approche renouvelée.

2. L'adéquation à l'Union du concept de constitution « composée »

770. Afin de dépasser l'idée selon laquelle la notion de constitution est étroitement liée à l'existence d'un État et ne peut en conséquence exister sans s'appliquer à une structure étatique, il est ainsi proposé de sortir de la « doctrine "étatiste" » pour embrasser la « doctrine "contractualiste" »[3]. Plutôt que de partir du point de vue selon lequel l'État précède la constitution, cette dernière n'ayant alors que pour seul et unique but l'organisation de son ordre juridique et l'encadrement de son pouvoir, il est ici question de porter une attention accrue à la notion de légitimité et plus encore de légitimité démocratique. Par le recours à la théorie du « contrat social », la constitution est alors perçue comme l'accord entre les membres d'une communauté sur un territoire donné, ayant pour but de constituer et organiser « les pouvoirs publics », de se définir « eux-mêmes comme citoyens » de cette communauté et de fixer « leur statut » au sein de cette dernière par la reconnaissance de droits et

[1] *Ibid.*, p. 212, selon l'auteur « Une réalité n'est pas nécessairement ou "A" ou "non A", elle peut se rattacher à X, qui ne serait ni "A", ni "non A", mais qui serait construite comme une nouvelle catégorie émergente ; en outre, l'affirmation rigide de l'étanchéité des catégories juridiques conduit à un handicap méthodologique, qui consiste à refuser qu'entre "A" et "non A" puissent exister des situations intermédiaires conduisant à une échelle de glissements progressifs dans un continuum incertain entre deux pôles bien définis » ; voir dans le même sens VRABIE G., « Le Constitutionnalisme européen – phénomène complexe et intégrateur », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel, Athènes*, 2007, selon laquelle : « Tout en ajoutant ici d'autres catégories fondées par la théorie classique du droit constitutionnel – comme État, souveraineté, source de droit etc. – dont les définitions ne correspondent plus à la réalité, il faut accepter l'idée de la nécessité de leur redéfinition ».

[2] Voir en ce sens LEBON V., *Le constitutionnalisme européen*, *op.cit.*, p. 70, qui évoque l'idée d'un « constitutionnalisme *sui generis* […] dont les éléments constitutifs sont différents du constitutionnalisme issu de la philosophie des lumières ».

[3] MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », *RTDE*, 2000, pp. 624-626 ; voir pour une même démarche DAUPS T., « De la fédération d'États-Nations et de sa constitution », *op.cit.*, p. 6-7.

d'obligations[1]. C'est en somme cet accord qui donne sa légitimité à tout pouvoir exercé dans la communauté ainsi créée, dès lors que cet exercice est respectueux des conditions fixées par ledit accord. Ainsi, la « spécificité » de la constitution ne réside plus dans « son lien étroit avec le concept d'État », mais dans « le lien étroit du concept de constitution avec la légitimité d'un pouvoir public »[2].

Est donc proposée l'idée « d'un contrat social européen sur lequel l'intégration européenne est basée »[3]. Pour appuyer cette idée, il est ainsi avancé que les traités de l'Union bénéficient d'une légitimité démocratique fournie par chaque peuple des États membres qui, lors des procédures internes de ratification, sont appelés à intervenir, soit indirectement par le biais de leur représentants démocratiquement désignés, soit directement par le recours à la procédure référendaire, dernière solution qui, circonscrite aux traités de l'Union, devient de plus en plus fréquente. L'Union européenne résultant d'un tel accord apparaît en ce sens comme « une autorité publique européenne qui est originaire et autonome et dont la légitimité repose uniquement sur la volonté commune des citoyens »[4]. Les caractéristiques du traité sont alors similaires à celles de la constitution entendue au sens de la doctrine contractualiste, puisque conformément à la volonté des citoyens, il établit de « nouvelles institutions supranationales » dotées de « certaines prérogatives de puissance publique au regard des États membres et des particuliers », « des principes fondamentaux et des valeurs communes », « des procédures à suivre » et « un statut de citoyen »[5]. De ce premier constat, est ainsi non seulement admise l'idée qu'il existe « une constitution de l'Union européenne », mais également que les citoyens des États membres, entendus comme citoyens européens, deviennent « le pouvoir constituant de cette Union »[6].

---

[1] MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », *op.cit.*, p. 625.
[2] *Ibid.*, p. 634.
[3] *Ibidem.*
[4] MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », *op.cit.*, p. 634.
[5] *Ibidem.*
[6] *Ibid.*, p. 635 ; Voir dans un même sens PIERRÉ-CAPS S., « Problématique de la constitution européenne », *op.cit.*, p. 131 et s., l'auteur évoquant l'idée d'une « cogestion nationale du pouvoir constituant européen », ce dernier ajoute par ailleurs que « c'est bien une *dualité* qui est ainsi susceptible de fonder l'exercice d'un pouvoir constituant européen, au rebours de la conception traditionnelle de celui-ci, […]. Celle-ci est d'ailleurs nécessaire pour que les nations concernées par le processus européen puissent y trouver, non leur propre anéantissement, mais au contraire les conditions de leur préservation et de leur pérennisation, sauf à se réfugier derrière l'exclusivité de l'État-Nation en une réaction défensive, « nationaliste », de sauvegarde d'une identité menacée par l'affaiblissement de la nation en tant que réalité politique » ; voir également sur ce point *DAUPS T., « De la fédération d'États-Nations et de sa constitution », op.cit.*, pp. 12-14 ; voir aussi MARTI G., « *Le pouvoir constituant européen »*, dir. RITLENG D., soutenue à Nancy 2, 2008, p. 589 et s.

771. Par ailleurs, le statut de citoyen européen n'est pas exclusif, mais composé en ce sens qu'il se cumule avec celui de citoyen d'un État membre[1]. Dans ce cadre, il existe « un dédoublement du rôle de légitimateur du pouvoir de l'individu » qui demeure également à l'origine du pouvoir constituant de l'État[2]. Il y a ainsi au sein de l'Union deux niveaux de légitimité, national et supranational, desquels résultent l'existence de plusieurs *« sites et processus constitutionnels »*[3] qui deviennent d'une certaine manière « un système constitutionnel composé »[4], les deux apparaissant alors comme « complémentaires »[5]. L'existence de ces différents sites et leur interconnexion se perçoivent d'ailleurs à plusieurs titres et avec une acuité particulière, lorsque l'on envisage les différents phénomènes participant de façon générale au processus de constitutionnalisation du droit de l'Union[6]. Or, si ces deux niveaux du constitutionnalisme ne sont pas étanches, puisqu'ils présentent de nombreuses interactions réciproques et autres influences croisées, ils ne peuvent être conçus comme véritablement hiérarchisés[7], tel que cela fut précédemment observé, c'est-à-dire que le droit constitutionnel européen n'est pas « exclusif », mais « inclusif » en faisant ainsi appel à une logique de « complémentarité » et de « coopération »[8]. Cette complémentarité est telle qu'il est d'ailleurs désormais impossible d'appréhender convenablement l'un des deux niveaux sans avoir recours à l'analyse de l'autre[9].

---

[1] Voir dans le même sens, PIERRÉ-CAPS S., « Problématique de la constitution européenne », *op.cit.*, p. 133, selon lequel : « Ainsi le citoyen européen est-il porteur, non d'une multiplicité d'identités, mais d'une identité duale. C'est bien ce que tendrait à exprimer cette co-gestion nationale du pouvoir constituant européen ».

[2] *MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », op.cit., p. 635.*

[3] WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *op.cit.*, p. 27 ; voir aussi LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *op.cit.*, p. 450 ; voir également CARROZZA P., « Constitutionalism's Post-Modern Opening », *in* LOUGHLIN M. et WALKER N., *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press*,* 2007*,* p. 186.

[4] SCHMIED F., *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, *op.cit.*, p. 57.

[5] ARNOLD R., « Peut-on définir le phénomène d'européanisation des droits constitutionnels nationaux », *in* ZILLER J., *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan*,* 2003*,* p. 87 et s. ; Voir également FLAVIER H., *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 23.

[6] Voir, CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 319, selon lequel il faudrait parler pour ce qui concerne l'Union, « d'une constitutionnalisation à double degré ou à double étage […], l'Union puisant à la fois dans les constitutions nationales et dans l'évolution jurisprudentielle communautaire des éléments de sa structuration constitutionnelle » ; voir également *supra* (§745 et s.).

[7] Voir en ce sens DAUPS T., « De la fédération d'États-Nations et de sa constitution », *op.cit.*, p. 10.

[8] Voir en ce sens, ROLAND S., « Quand le performatif tient lieu d'argumentatif : la contribution des parlements nationaux au bon fonctionnement de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 180 ; voir également LADENBURGER C., « Towards a Post-National Constitution, Federal, Confederal or Genuinely Sui Generis ? Introductory Comments on the Convention Method, and on Some Features of an Improved Constitutional Character », *Revue européenne de droit public*, 2004, p. 104 ; voir aussi MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », *op.cit.*, p. 635 ; voir enfin *supra*, (§717 et s. ; 726 et s.), au sujet de la collaboration entre les institutions étatiques et européennes dans le cadre de la démocratie transnationale européenne.

[9] DE WITTE B., « European Treaty Revision : a Case of Multilevel Constitutionalism », *in* PERNICE I. et ZEMANEK J., *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos

Plutôt qu'une simple logique de « délégation ou de transfert de compétences », est ainsi plutôt développée l'idée d'une mise en commun de leur exercice, dans « une sorte de réaménagement des responsabilités respectives entre les autorités publiques nationales et communautaires par le souverain, le peuple »[1]. En somme, l'exercice de la souveraineté, de même que la démocratie qui lui apparaît étroitement liée dans les sociétés modernes, mais aussi le statut de citoyen et les fonctions des institutions nationales se manifestent désormais comme composés ou dédoublés, de telle sorte que le droit constitutionnel lui-même adopte cette même caractéristique. Nonobstant la critique persistante d'un certain déficit démocratique d'ailleurs progressivement comblé, l'on discerne alors ici l'importance de l'organisation démocratique de l'Union qui, en tant que démocratie transnationale, peut non seulement apporter cette légitimité nécessaire au droit de l'Union, pour que le niveau démocratique des États ne soit pas affecté par une telle construction, mais également générer un patriotisme constitutionnel qui, nécessaire à la structuration d'un *demos* européen, paraît indispensable à l'existence d'un véritable pouvoir constituant européen partageant un but et des aspirations communes.

772. Il reste que si plusieurs niveaux de droits constitutionnels non hiérarchisés donnent naissance à une constitution composée de l'Union, alors il faut s'interroger sur la recherche d'un équilibre entre ces différents niveaux.

B) La recherche d'un équilibre dans le contexte du constitutionnalisme multi-niveaux

773. La reconnaissance de ce droit constitutionnel « composé », suppose d'aborder à nouveau la question de l'articulation des identités constitutionnelles en présence. En effet par définition, une approche multi-niveaux si elle permet de déceler l'émergence d'une identité constitutionnelle de l'Union, ne remet pas en cause l'existence des droits constitutionnels nationaux et plus encore des identités constitutionnelles nationales. Il faudra donc revenir de façon générale sur l'existence et l'articulation de plusieurs identités constitutionnelles (1), mais aussi plus précisément sur le principe du respect de l'identité nationale, dont l'analyse doit désormais être menée dans le contexte de ce droit constitutionnel composé, afin d'en percevoir toute le portée (2).

Verlag, 2005, p. 61. ; Voir également PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, *op.cit.*, p. 24 ; voir également MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », *op.cit.*, p. 631 et 633.

[1] Voir PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, *op.cit.*, p. 53.

1. Les identités en présence et leur articulation

774. S'il existe plusieurs sites constitutionnels distincts mais complémentaires, il est alors possible de concevoir, comme précédemment abordé, l'existence d'une identité constitutionnelle propre à chacun de ces sites. Si l'on revient sur les réflexions des auteurs du pluralisme constitutionnel, ce dernier suppose, « une reconnaissance et un respect mutuel » entre des ordres constitutionnels non hiérarchisés bien qu'enchevêtrés[1], c'est à dire un respect réciproque de leurs « identités » respectives[2].

Or, s'il fut longuement observé que les États mettent en avant leur propre identité constitutionnelle dans ses éléments spécifiques, comme partagés avec les autres États membres, il vient d'être démontré que l'Union européenne possède également une telle identité. Cette identité est elle-même scindée entre des valeurs propres à son ordre juridique et d'autres communes qui recouvrent, par leur absorption, celles partagés par les États membres. Il existe ainsi, au sein de ce droit constitutionnel composé, trois identités constitutionnelles, dont il convient d'analyser l'articulation : une identité constitutionnelle spécifique aux États, une identité constitutionnelle spécifique à l'Union et une identité commune à tous les sites constitutionnels[3].

775. D'abord, le respect par l'Union des traits spécifiques de l'identité constitutionnelle des États membres est garanti au moyen du principe du respect de l'identité nationale. En cas d'échec, il est alors question d'une réactivation des compétences souveraines de l'État et plus particulièrement de celles du juge constitutionnel, celui-ci agissant alors en tant que gardien de l'État de droit et des principes constitutionnels sur lesquels l'État se fonde. Le respect par les États de l'identité constitutionnelle de l'Union est quant à lui gouverné par le principe de

[1] WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *op.cit.*, p.343 ; voir dans le même sens, BRUNET P., « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », *op.cit.*, p. 54 selon lequel les ordres juridiques en présence ne doivent pas nier « l'indépendance ou la normativité de l'autre » ; voir enfin WEILER J. H. H., « In defense of the status quo : Europe's constitutionnal *Sonderweg* », *in* WEILER J. H. H. et WIND M., *European constitutionnalism beyond the state*, Cambridge, University of Cambridge press, 2003, p. 15 et s., qui au surplus d'évoquer cette nécessité de reconnaissance et de respect mutuels envisage l'existence d'un « principe de tolérance » qui s'imposerait à l'Union.

[2] MADURO P., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *op.cit.*, p. 526 ; voir au sujet de la conciliation entre les identités de l'Union et nationale, LAITIER L., « Le peuple de l'Union européenne », in BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., CUJO E., Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier, Paris, Pedone, 2012, p. 198, selon laquelle, « Cette identité de l'Union, pour importante qu'elle soit en vue de légitimer la construction d'ensemble, n'en constitue pas moins un paradoxe. Elle tente à la fois de réaliser une certaine unité au sein de l'Union tout en étant appelée à ne demeurer que partielle puisqu'elle entend protéger la diversité qui lui est inhérente ».

[3] Voir en ce sens BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *op.cit.*, p. 63.

coopération loyale et garanti par les principes de primauté, d'effectivité, d'applicabilité directe et d'effet direct, ainsi qu'en dernier lieu par les compétences de la Cour de justice venant assurer l'unité du droit de l'Union, en tant que « gardienne de la Communauté de droit »[1]. L'analyse de la conciliation de ces deux identités spécifiques à l'Union et aux États membres sera plus amplement développée par la suite[2], afin de se concentrer plus précisément ici sur leur articulation avec l'identité constitutionnelle commune.

776. Ensuite, l'identité commune bénéficie certes d'une protection assurée par le droit et les juges constitutionnels nationaux, mais également d'une protection désormais intégrée dans le droit primaire et juridictionnellement opposable, à l'encontre des États pour l'application du droit de l'Union, puis à l'encontre des institutions européennes lors de son adoption. Fondée sur les valeurs communes du constitutionnalisme libéral, elle est ainsi conçue comme une limite à l'action de l'ensemble des pouvoirs politiques, qu'ils se localisent au niveau étatique, comme à celui de l'Union. Elle justifie alors la transposition des contrôles de constitutionnalité vers le juge de l'Union, mais n'exclut toutefois pas la prise en compte d'interprétations nationales spécifiques, lorsque ces dernières ne menacent pas plus que nécessaire l'effectivité du droit de l'Union et pour ainsi dire l'identité constitutionnelle de l'Union. Si une conciliation est possible entre les identités spécifiques respectives par une méthode dialogique et par la mise en œuvre de principes de reconnaissance mutuelle des légitimités réciproques, il est toutefois possible d'observer un renforcement de la protection accordée à l'identité commune. En ce sens, il apparaît qu'à l'instar des identités constitutionnelles nationales, qui furent notamment identifiées par certains États membres dans les dispositions constitutionnelles bénéficiant d'une protection renforcée, soit par une clause d'éternité, soit par une clause rendant plus complexe la révision de la constitution, l'identité constitutionnelle commune bénéficie quant à elle d'une même protection au sein des traités, en venant matériellement limiter les futures révisions constitutionnelles nationales.

En effet, l'article 7 TUE, en ce qu'il prévoit la sanction politique des États membres pour violation des valeurs communes, leur interdit au moins de façon théorique de donner un sens ou de réviser leur constitution d'une telle manière qu'elle ne serait plus conforme à ces valeurs, de sorte que « les États membres se sont placés sous la tutelle de l'Union [...], habilitée désormais à sanctionner leur manquement »[3]. En ce sens, les États ne seraient plus

[1] GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *op.cit.*, p. 531.
[2] Voir *infra*, (§777 et s.).
[3] Voir en ce sens CONSTANTINESCO V., « L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité : l'article 6§1 du traité sur l'Union (ex F § 1), tel que modifié par le traité d'Amsterdam », *op.cit.*, p. 310.

totalement maîtres de leur constitution[1], puisque tenus, sur la base du traité, de respecter des valeurs qui peuvent alors se concevoir comme supraconstitutionnelles[2]. Se dessine ainsi une relation circulaire entre les sites constitutionnels dans laquelle un véritable renversement de perspective se réalise, puisque d'une identité commune aux États que ces derniers rendaient opposable à l'Union, s'est construite une identité constitutionnelle de l'Union, elle-même devenue opposable aux États. Cela reste toutefois à nuancer en considération du précédent autrichien et de l'actualité hongroise[3], qui tendent tous deux à démontrer que ce mécanisme de protection est largement insuffisant pour contraindre efficacement les pouvoirs constituants nationaux, puisqu'il dépend avant tout de la volonté politique et unanime des États membres et non d'une procédure juridictionnelle intégrée. Cette disposition apparaît néanmoins comme une garantie de l'homogénéité identitaire que l'article 49 TUE vient compléter, en identifiant ces valeurs comme des critères d'adhésion de nouveaux États membres, et en proscrivant alors de même, que ces valeurs communes et donc l'homogénéité identitaire ne puissent en définitive être atteintes par de nouvelles adhésions.

2. Le principe du respect de l'identité nationale, un droit fondamental inhérent au statut d'État membre

777. Au sein du droit de l'Union, furent identifiés certains principes qui lui conféraient une identité constitutionnelle propre. En faisait notamment partie, le principe du respect de l'identité nationale qui marque, par sa présence originale au sein d'une organisation internationale, la singularité de la construction européenne. Or, cette originalité se déduit notamment des liens qu'il nourrit avec d'autres, tels que le principe de coopération loyale et implique de se questionner sur l'apparition d'un statut d'État membre de l'Union européenne. L'article 4 TUE, issu en grande partie dans sa formulation de l'article I-5 du TECE alors

[1] MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », *op.cit.*, p. 640.

[2] Voir en ce sens CONSTANTINESCO V., « L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité : l'article 6§1 du traité sur l'Union (ex F § 1), tel que modifié par le traité d'Amsterdam », *op.cit.*, p. 308, qui nuance toutefois cette idée par le fait qu'une telle clause répond avant tout du consentement de l'État à y être lié, « celle-ci, en définitive, peut être utile − comme une image − pour décrire le phénomène de superposition normative que représente l'inclusion de principes constitutionnels nationaux dans le traité » ; voir du même auteur CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *op.cit.*, p. 320, ce dernier précisant alors que ce mécanisme s'apparente « aux clauses que l'on rencontre dans certaines constitutions fédérales, par lesquelles il est prohibé aux États fédérés de porter atteinte à des valeurs jugées essentielles par le constituant fédéral. », ce mécanisme marquant alors « le caractère constitutionnel de l'appartenance des États membres à l'Union ».

[3] Voir sur ce point, SIMON D., « Hongrie : valeurs de l'Union versus identité constitutionnelle des États membres », Europe, Août 2013 ; voir également MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 374 et s.

intitulé « Relations entre l'Union et les États membres », met à lui seul en lumière l'interconnexion entre ces principes.

Un renvoi d'abord au principe d'attribution des compétences qui d'une part fonde l'existence de cette relation entre l'Union et les États membres sur le volontarisme de ces derniers et qui d'autre part limite, certes de façon relative[1], l'action de l'Union au champ des compétences lui étant effectivement dévolues[2]. Des droits ensuite attribués aux États membres, non seulement de voir leur identité nationale et leurs fonctions essentielles respectées, mais également leur égalité, d'ailleurs détachée dans ce contexte de l'égalité souveraine telle que formulée en droit international classique[3]. Des devoirs enfin qui, non sans rappeler les principes de primauté et d'effectivité, sont symbolisés par le principe de coopération loyale. Ce dernier suppose certes une obligation réciproque de respect et d'assistance mutuelle « dans l'accomplissement des missions découlant des traités », mais surtout l'obligation étatique de prendre d'une part « toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union »[4], c'est-à-dire une « obligation de résultat »[5] et d'autre part de faciliter « l'accomplissement par l'Union de sa mission » en s'abstenant « de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union »[6], c'est-à-dire d'une « obligation de comportement »[7], conduisant alors à « l'instrumentalisation de l'État qui ne se limite pas à l'exécution des normes européennes »[8]. Ce principe de coopération loyale renvoie d'ailleurs lui-même de façon implicite à l'identité de l'Union, telle que précédemment définie, et finalement au devoir réciproque de l'État de la respecter[9].

Or, reconnaître subséquemment au sein d'un même article du traité, des droits et des obligations aux États ne revient-il pas à finalement établir, à l'instar d'ailleurs de celui reconnu aux citoyens européens, « un statut de l'État intégré » dans l'Union[10] ?

---

[1] Voir *supra* (§91 et §248 et s.).
[2] Article 4§1.
[3] Article 4§2.
[4] Article 4§3 alinéa 1 et 2.
[5] NEFRAMI E., « L'État membre au service de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 51.
[6] Article 4§3 alinéa 3.
[7] NEFRAMI E., « L'État membre au service de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 51.
[8] *Ibidem*.
[9] Voir en ce sens NEFRAMI E., « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 201 et s., selon lequel « le principe de coopération loyale s'approprie d'une fonction identificatrice des éléments de qualification de l'Union européenne qui constituent son autonomie ».
[10] Voir en ce sens, MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *op.cit.*, p. 418, selon lequel : « tout se passe comme si étaient rassemblés dans cette disposition tous les éléments fondamentaux du statut de "l'État intégré" : d'un coté droit au respect de

778. Plus encore que la définition d'un statut, la nature de ces droits peut également faire l'objet d'une précision. Il a été évoqué par le passé une théorie des droits fondamentaux des États en droit international[1]. Elle fut mise en échec et rejetée en considération de la nature souveraine des États, qui excluait d'une part la nécessité et la pertinence d'attribuer de tels droits à une entité qui n'était soumise à aucune autre limite que celles auxquelles elle aurait consenti, et qui supposait d'autre part que si des droits devaient être reconnus à l'État, ces droits découlaient exclusivement de la souveraineté. Non pas fondamentaux, ils étaient alors conçus comme des droits souverains[2], « des corrélats de la souveraineté »[3]. Une telle doctrine subit également un autre écueil, « celui de l'anthropomorphisme », dans la mesure où elle impliquait l'attribution à l'État, de droit fondamentaux habituellement considérés comme éminemment subjectifs[4].

Pourtant il fut démontré que l'autolimitation des États, telle qu'acceptée au sein du projet européen, conduit si ce n'est à la remise en cause formelle de leur souveraineté, au moins à la réduction significative de leur capacité à l'exercer, c'est-à-dire à une désactivation de leurs compétences souveraines, ne pouvant en définitive être réactivées qu'au moyen du retrait, ou de la violation de leurs obligations de laquelle résulterait leur sanction. Ainsi, la théorie des droits fondamentaux des États devient plus que jamais pertinente dans le contexte de l'Union européenne et semble à même de décrire ces nouvelles relations qui se dessinent entre elle et les États devenus « sujets de droit » de l'Union et bénéficiant à ce titre « d'un

---

l'identité nationale et aux fonctions essentielles, de l'autre, obligations inhérentes au principe de coopération loyale. » ; voir également dans le même sens GAUDIN H., « L'État vu de la Communauté et de l'Union européennes », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2*,* 2004*,* p. 254 et s. ; voir enfin CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 298 selon lesquels : « Le statut de l'État membre de l'Union comporte de nombreuses obligations spécifiques qui vont bien au-delà de la seule obligation d'exécuter les traités constitutifs de bonne foi. […]. Ce statut comporte aussi des droits, notamment celui de voir son identité nationale respectée par l'UE. ».

[1] Voir notamment sur ce point, POIRAT F., « La doctrine des droits fondamentaux de l'État », *Droits*, 1992, pp. 83-91.

[2] POIRAT F., « Les droits fondamentaux de l'États en droit international public », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D*., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 243et s.

[3] MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone 2009, p.416.

[4] POIRAT F., « Les droits fondamentaux de l'États en droit international public », *op.cit.*, p. 238 ; voir également sur ce point WACHSMANN P., « Personnes publiques et droits fondamentaux », *in La personnalité publique, actes du colloque organisé par l'AFDA,* Paris, Litec, 2007, p.147 et s. ; voir aussi du même auteur « Droits fondamentaux et personnes morales », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D*., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 225-235 ; voir de même MOUTON J.-D., « Introduction : présentation d'une proposition doctrinale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D*., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1.

statut d'État membre »[1]. Le droit des États au respect de leur identité nationale, condition même de leur consentement à être soumis au droit de l'Union, apparaîtrait-il alors comme un droit fondamental, justifié par l'abandon de leur capacité souveraine à la protéger unilatéralement sans violer le droit de l'Union, ou devoir s'en retirer et obtenu en compensation de cet abandon ?

779. En effet, ce droit au respect de l'identité nationale, reconnu aux États n'est alors plus inhérent à leur souveraineté, à « l'être État », mais devient justement un « avoir de l'État » conçu comme sujet de droit[2]. C'est en substance la proposition formulée par Jean-Denis Mouton[3]. La nature fondamentale de ce droit serait reconnue sur la base d'un double critère formel et matériel[4]. Formel d'abord, puisque saisi tant par les droits constitutionnels nationaux que par le traité, la reconnaissance de ce droit des États membres est assurée par les textes ayant la plus haute valeur juridique. Matériel ensuite, puisque ce droit peut d'une part mettre en défaut, désormais de façon autonome, l'application des principes les plus fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union, tels que la citoyenneté européenne, les libertés de circulation ou même de façon plus générale le principe de primauté et d'autre part apparaître, au regard de l'importance de ce qu'il permet de protéger pour les États, comme inhérent à leur survie en tant qu'État nation.

780. De la sorte, si la subjectivisation des États membres en leur reconnaissant un droit fondamental au respect des caractéristiques spécifiques de leur identité ne retranscrit pas une situation clairement établie par le droit positif et n'est pas admise par l'ensemble de la doctrine[5], elle tend dans une approche dynamique à faciliter la compréhension d'un processus en voie de réalisation. Cette proposition doctrinale possède en ce sens un grand intérêt prospectif, doublé d'une valeur « heuristique », tant elle permet l'appréhension des « objets

[1] MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *op.cit.*, p. 415.
[2] *Ibidem*.
[3] Voir notamment, 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 - Études en l'honneur de J.C GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 472-477 ; voir de même, MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *op.cit.*, pp. 409-420 ; voir enfin MOUTON J.-D., « Introduction : présentation d'une proposition doctrinale », *op.cit.*, pp. 1-17.
[4] MOUTON J.-D., « Introduction : présentation d'une proposition doctrinale », *op.cit.*, p. 8 et s.
[5] Voir notamment BARBOU DES PLACES S., « Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une position doctrinale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 289-326 ; WACHSMANN P., « Droits fondamentaux et personnes morales », *op.cit.*, p. 225 ; MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op.cit.*, p. 413.

familiers selon un cadre théorique rénové »[1], celui de déterminer avec une plus grande acuité l'orientation de la construction européenne, par la caractérisation des nouvelles relations qui se dessinent entre l'Union et l'État membre dans le contexte d'un constitutionnalisme composé.

781. Si l'État membre formellement souverain est également intégré dans une organisation plus vaste, bénéficiant d'un pouvoir de contrainte politique et juridique à son encontre et lui imposant alors le respect de certaines obligations, il possède aussi des droits, dont celui de voir ses caractéristiques essentielles prises en compte par cette organisation et en définitive préservées. Au regard de l'application du principe du respect de l'identité nationale, assurant la prise en compte des spécificités identitaires des États, l'Union ne peut ainsi se construire au dépend de l'État-Nation, dont l'existence même persiste de droit après l'adhésion. Ainsi, le principe du respect de l'identité nationale, reflet d'une pluralité dans l'unité, est l'une des conséquences logiques, voire le révélateur du caractère composite du droit de l'Union, en ce qu'il « montre clairement […] le trait non unitaire du *Verfassungsverbund* européen »[2].

Mieux, l'identification d'un droit constitutionnel de l'Union, qui ne peut être que composé en l'absence d'un État européen, met particulièrement en exergue la nécessité de s'appuyer sur les États-nations dont l'existence est liée à la préservation de leur identité nationale. Le principe apparait alors certes comme un révélateur, mais aussi et surtout comme la clé de voûte d'un droit constitutionnel à son échelle, qui « doit, par sa nature même, être une constitution composée »[3]. Dès lors, garantir le respect de l'identité nationale des États membres apparaît paradoxalement pour l'Union comme une caractéristique de sa propre identité constitutionnelle.

782. Un processus complexe de constitutionnalisation mène à reconnaître une portée constitutionnelle à l'identité de l'Union, qui est non seulement construite sur des valeurs partagées par les États membres et fondatrices de leur ordre juridique, mais également sur des valeurs propres à l'Union, de sorte qu'elle possède aussi sa propre identité politico-institutionnelle se distinguant de celles des États. Ce processus conduit en outre à s'interroger sur la question d'une Constitution européenne. Or cette étude aboutit irrémédiablement à un débordement des frontières marquant la séparation de catégories juridiques pourtant

[1] BARBOU DES PLACES S., « Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une position doctrinale », *op.cit.*, p. 296.
[2] MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », *op.cit.*, p. 647.
[3] *Ibidem*.

traditionnellement considérées comme étanches, celles des traités d'un côté et des constitutions de l'autre.

Il devient donc nécessaire de renouveler les concepts bien établis du droit pour parvenir à saisir dans toute son originalité, une construction européenne qui, sans pour autant correspondre à celle du droit étatique, ne s'inscrit décidemment plus dans la même logique que celle du droit international. C'est ce que se propose de faire la doctrine du constitutionnalisme multi-niveaux, qui combinée aux méthodes de conciliation du pluralisme, ouvre de nouvelles perspectives de recherche sur le droit de l'Union, en permettant alors de rendre compte de toute sa singularité. Or, l'un des traits de cette singularité réside à n'en pas douter dans la transformation progressive des États membres, en tant que sujet de droit d'une communauté politique supranationale, dont résulte l'émergence d'un statut qui regroupe non seulement des devoirs, mais aussi des droits fondamentaux.

Conclusion du chapitre 2 :

783. La reconnaissance et l'absorption des valeurs communes aux États membres a permis la construction d'une identité de l'Union européenne. Ainsi, construite sur le plus petit dénominateur commun aux États, démocratie, droits fondamentaux et État de droit, il fut permis de qualifier l'identité de l'Union de démocratie libérale transnationale. Cette qualification répond d'abord d'une logique d'imitation de l'échelon national au niveau de l'Union, mais également de son assimilation dans le fonctionnement de cette dernière. Elle découle ensuite de la prise en compte persistante de l'échelon proprement national dans l'organisation procédurale de l'Union et dans l'interprétation de son droit, qui ne doivent pas avoir pour effet de remettre en cause son existence.

Or, l'identité de l'Union recouvre ainsi des valeurs habituellement saisies par le droit constitutionnel, de telle sorte que s'en dégage désormais une dimension matériellement constitutionnelle du droit de l'Union. Mieux, l'identité de l'Union se voit elle-même complétée de valeurs et principes propres à la construction européenne qui, par leurs fonctionnalités, confèrent à son droit des caractéristiques similaires à celles des constitutions nationales. Ces caractéristiques sont d'ailleurs reconnues par de nombreux États membres au sein de leur constitution, de telle sorte que s'en déduit alors une dimension fonctionnellement et formellement constitutionnelle du droit de l'Union. Se dessine ainsi une identité constitutionnelle de l'Union répondant d'un processus complexe de constitutionnalisation et

menant à s'interroger sur l'existence, ou plutôt l'émergence d'un droit constitutionnel en dehors de l'État. Ce droit constitutionnel ne peut toutefois être que composé, c'est-à-dire multi-niveaux. En effet, dans la logique du principe du respect de l'identité nationale, la dimension constitutionnelle nationale n'a pas vocation à disparaître, de sorte que le droit constitutionnel de l'Union ne peut pas avoir pour conséquence de le remplacer, mais au mieux de s'y adjoindre.

784. La question de la légitimité du droit de l'Union demeure à ce titre une question centrale qui, appuyée en premier lieu sur la volonté du peuple de chaque État membre lors de ratification des traités, ne doit pas pour autant négliger la construction d'une légitimité plus globale assise sur un véritable patriotisme constitutionnel européen. Cette légitimité globale est en effet une condition essentielle afin de poursuivre la création d'une démocratie transnationale, dont l'existence demeure encore non seulement balbutiante, mais également parfois contestable à l'aune de l'argument tenant au déficit démocratique.

Conclusion du titre 2 :

785. La volonté des États membres de préserver, par des réserves de constitutionnalité, les traits communs et universalistes de leur identité constitutionnelle n'est pas traitée en droit de l'Union de la même façon que leur aspiration à voir les spécificités de leur identité respectée. En effet, la prise en compte de ces caractéristiques constitutionnelles communes a conduit, d'une part à la création progressive et désormais aboutie d'un système intégré de protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'adoption et de l'interprétation du droit de l'Union, et d'autre part à l'émergence d'une démocratie transnationale européenne.

Une telle revendication n'a donc non seulement pas affaibli l'unité du droit de l'Union, mais a de plus contribué à la renforcer, en lui conférant une dimension matériellement constitutionnelle. Elle a alors permis l'affirmation dans ce cadre d'une identité de l'Union devenue opposable aux États, non seulement en tant que critère d'adhésion, mais également en tant que motif de sanction politique. S'en déduit donc une exigence d'homogénéité identitaire au sein de la construction européenne. Il ne s'agit plus ainsi de concilier la pluralité avec l'unité, mais plutôt d'affirmer l'unité parfois dans la pluralité des interprétations. À ce titre, la revendication des États à voir les traits communs de leur identité respectés renseigne plus sur la construction européenne que sur eux-mêmes, en participant au renforcement de l'unité politique et désormais même constitutionnelle de la construction européenne.

786. Néanmoins, il existe un risque à la captation des identités communes par l'ordre juridique de l'Union, celui de l'uniformité aux dépens des identités constitutionnelles, qui même dans le cadre commun présente parfois des interprétations proprement nationales d'un droit fondamental ou une mise en œuvre singulière des principes de la démocratie et de l'État de droit. Si le schéma visant à la prise en compte des caractéristiques spécifiques, par l'application du respect de l'identité nationale conçu en tant que droit fondamental des États membres, peut ici être utilement transposé à la prise en compte de caractéristiques communes bénéficiant d'interprétations particulières, force est de constater que l'identité de l'Union tend pourtant de plus en plus régulièrement à s'imposer dans ce cadre, au risque de laisser alors se réaliser les réserves de souveraineté que l'absorption des valeurs communes avait justement, au même titre que le principe du respect de l'identité nationale, pour objet d'éviter. La construction de cette identité apparaît néanmoins être la source, au-delà de la pluralité des

États membres, d'une véritable unité du droit de l'Union confortée en dernier lieu par son entrée dans l'ère du constitutionnalisme libéral.

Conclusion de la partie 2

787. La prise en compte des valeurs et principes, assimilés par les États comme relevant de leur identité constitutionnelle, est assurée en droit de l'Union par l'intermédiaire de deux méthodes distinctes et complémentaires. Lorsque les traits spécifiques sont respectés en tant que composante de l'identité nationale, les traits communs sont quant à eux absorbés comme valeurs de l'Union.

Dans le premier cas, il s'agit de concilier l'unité avec la pluralité en prenant alors en compte des normes étatiques, qui par définition sont externes au droit de l'Union. Ont pu en bénéficier l'organisation institutionnelle, juridictionnelle, territoriale et politique de l'État, de même que le lien particulier qui l'unit à sa population en considération de la nationalité. Il s'agit alors de la reconnaissance d'une dimension constitutionnelle de l'identité nationale, d'ailleurs clairement envisagée au sein du traité. Or, ont également été pris en compte, sous l'impulsion de la jurisprudence, des éléments relevant d'une dimension socioculturelle de l'identité nationale, c'est-à-dire non seulement culturels, mais également sociaux. Dans le premier groupe, sont concernés la langue, l'enseignement, les supports culturels non sans rapport avec la notion de diversité culturelle, la religion et le patrimoine historique et artistique, lorsque dans le second sont visés le système de sécurité sociale, l'ordre social ou encore l'organisation des horaires de travail. Les composantes de l'identité nationale respectées par l'Union renvoient alors à la définition de l'État-Nation, puisque correspondantes aux caractéristiques d'une communauté politique et culturelle à l'organisation autonome et spécifique. Dans le deuxième cas, il est question de concilier le droit de l'Union avec lui-même, c'est-à-dire avec les valeurs de l'Union, telles qu'inspirées des valeurs communes aux États membres. En ont ainsi bénéficié les droits fondamentaux, les principes de l'État de droit et les valeurs démocratiques. Ces valeurs communes renvoient quant à elles au constitutionnalisme libéral, puisque correspondant à la logique de limitation du pouvoir étatique par la reconnaissance et la garantie de droits fondamentaux notamment politiques aux individus.

Ainsi, les deux grandes catégories de valeurs et principes identifiés par les États comme relevant de leur identité constitutionnelle ont effectivement été prises en compte par la Cour. Cette prise en compte n'est pas sans justifier l'ouverture des États au pluralisme. En

effet, l'existence de principes communs de discussion, identité constitutionnelle et nationale d'un coté, et valeurs partagées de l'autre, permet d'éviter que l'État ne recourt à une protection unilatérale de son identité et qu'au contraire il puisse ouvrir un dialogue avec l'Union et sa juridiction qui, par la conciliation des intérêt respectifs, puisse permettre de parvenir à une résolution apaisée des conflits normatifs.

788. Il faut néanmoins préciser que selon l'emploi de l'une ou l'autre de ces deux méthodes, les techniques déployées et les effets sur le droit de l'Union ne sont pas les mêmes. En effet, la prise en compte fonctionnelle de l'identité nationale des États membres par l'Union, selon que l'élément invoqué soit spécifique à un État ou partagé par l'ensemble de ceux-ci, permet finalement d'entrevoir l'apparition d'un outil de résolution des conflits normatifs propre à établir un équilibre fluctuant entre les exigences du centre, l'unité de l'Union, et celle de la périphérie, la pluralité des États membres.

D'un coté, lorsqu'il est question d'un conflit normatif entre le droit de l'Union et une composante spécifique de l'identité constitutionnelle, l'application du principe du respect de l'identité nationale conduit alternativement à éviter le conflit normatif ou à le dépasser. Dans la première branche de l'alternative, l'évitement est possible, soit par l'interprétation des notions fondamentales du droit de l'Union d'une façon qui puisse permettre d'écarter l'existence d'un conflit de norme, soit en ne reconnaissant pas l'existence du conflit lui-même au moyen d'un rejet de sa compétence par la Cour. Dans la seconde branche de l'alternative, le dépassement du conflit est possible par la modulation du principe de primauté, puisqu'est alors justifiée une restriction portée au droit de l'Union, soit par la création d'un lien entre identité nationale et raisons d'ordre public ou objectifs d'intérêt général, soit en reconnaissant directement l'identité nationale comme motif autonome de justification. Dans tous les cas, la prise en compte de la pluralité se fait alors nécessairement aux dépens de l'unité et de l'effectivité du droit de l'Union, mais sous le contrôle de la Cour.

De l'autre coté les valeurs étatiques communes, répondant du constitutionnalisme libéral, sont désormais directement protégées par l'ordre juridique de l'Union, sans qu'une médiation, par la prise en compte du droit des États, ne soit alors rendue nécessaire, à l'exception des interprétations nationales spécifiques pour lesquelles l'ordre public rentre de nouveau en ligne de compte. De la sorte, l'unité de l'Union n'est non seulement pas menacée, mais elle en sort renforcée. Renforcée d'abord, car en intégrant au sein de son identité des valeurs inhérentes au constitutionnalisme, il lui est conféré une dimension matériellement constitutionnelle. Renforcée ensuite, car cette identité de l'Union est désormais devenue, dans

un véritable renversement de perspective, opposable aux États eux-mêmes, qui pourtant se prévalaient initialement de ces valeurs à l'encontre de la construction européenne. Non seulement la prise en compte des valeurs communes n'affaiblit pas l'unité, mais leur absorption et leur protection désormais intégrée tendent à maintenir une certaine homogénéité identitaire entre les États membres, elle est donc vectrice d'unité.

789. Or, l'attribution d'une dimension constitutionnelle à l'identité de l'Union conduit nécessairement à s'interroger plus largement sur la constitutionnalisation de son droit. Ainsi, par la reconnaissance d'un processus complexe de constitutionnalisation composé de plusieurs phénomènes répondant de critères d'identification distincts, il est possible de déceler l'existence, à l'instar de l'identité constitutionnelle des États, de deux grandes catégories d'éléments qui composent l'identité constitutionnelle de l'Union. Des valeurs partagées avec les États qui viennent d'être abordées, mais également des principes et des valeurs qui lui sont propres tels que la citoyenneté européenne, son organisation institutionnelle, la primauté de son droit et le respect de l'identité nationale des États membres.

Par ailleurs, reconnaître l'existence d'un processus de constitutionnalisation du droit de l'Union, mène nécessairement à s'interroger sur la nature d'un droit constitutionnel de l'Union qui ne peut être, en l'état de la construction européenne, de même nature que le droit constitutionnel d'un État. Il est alors avancé la théorie d'un droit constitutionnel composé, encore appelé multi-niveaux, au sein duquel le principe du respect de l'identité nationale prend toute sa portée, puisque garant de la nature composite de ce droit constitutionnel. S'en dégage alors l'existence d'un droit fondamental des États, inhérent à leur statut d'État membre, de voir leur identité nationale respectée.

En somme, le principe du respect de l'identité nationale est la marque de fabrique du droit de l'Union et apparaît en conséquence comme une composante de sa propre identité constitutionnelle, ce qui permet à nouveau d'en souligner toute la fondamentalité en tant que droit reconnu aux États membres, puisqu'à la base du « contrat social européen » qui permet une union sans cesse plus étroite entre les États et les peuples européens. C'est peut être en cela que Miguel Poiares Maduro considérait dans ses conclusions sur l'arrêt Michaniki que ce principe participe « 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 »[1]. Or cette caractéristique de l'identité constitutionnelle de l'Union ne serait-elle pas de

[1] Conclusions MADURO P., CJCE, Michaniki, précitées, point 31.

même révélatrice de sa nature fédérale, en ce que le fédéralisme à notamment pour raison d'être, celle de garantir « la conservation par les États membres de leur existence politique »[1] ?

[1] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit.*, p. 321 et s.

Conclusion générale :

790. Les deux temps de l'analyse ont permis de démontrer que le principe du respect de l'identité nationale met en exergue d'une part, dans sa connexion avec la notion d'identité constitutionnelle, toute la singularité des rapports normatifs entretenus par les États avec l'Union et d'autre part, dans sa complémentarité avec la protection des valeurs communes, ce qu'est paradoxalement l'identité de l'Union.

Les rapports normatifs entre États et Union ont ainsi été abordés à l'aune du pluralisme, qui non seulement est perceptible au niveau des États, ces derniers s'ouvrant au dialogue inter-juridictionnel même pour ce qu'ils ont de plus précieux, leur identité constitutionnelle, mais également au niveau de l'Union garantissant quant à elle, par la prise en compte des composantes de cette identité, que le dialogue puisse être fructueux. L'identité nationale, en lien avec l'identité constitutionnelle est par conséquent devenue un principe commun de discussion, permettant la conciliation des exigences existentielles respectives. De la sorte, le spectre d'une réactivation de leurs compétences souveraines par les États est écarté. Ensuite, sous le prisme du respect de l'identité nationale, l'identité de l'Union est finalement apparue, à l'instar de celle des États, comme composée de deux catégories de valeurs et principes. Une première catégorie partagée avec les États, sur les fondements du constitutionnalisme libéral et une seconde qui lui est propre et au sein de laquelle il peut être intégré le respect de l'identité nationale de ses État membres. Mieux, cette identité a elle-même été qualifiée de constitutionnelle, en considération d'un processus complexe de constitutionnalisation qui renseigne sur la nature de son droit ; un droit constitutionnel composé, en ce qu'il s'appuie sur l'existence de plusieurs sites de production constitutionnelle. Cette nature du droit constitutionnel de l'Union contribue ainsi à renforcer l'idée que le respect de l'identité nationale, en tant que droit fondamental des États, est inhérent à l'identité constitutionnelle de l'Union, puisque participant à l'essence même du projet européen.

Or, les deux temps de l'analyse convergent alors vers le même constat. Ils apportent des éléments de réponse sur la nature de l'Union et tendent à nourrir la théorie d'un fédéralisme européen. En effet, dans le premier cas, la désactivation progressive de l'exercice étatique de la souveraineté dans les rapports avec l'Union, renvoie à la condition *sine qua non*

de formation d'une organisation de type fédéral, qui ne peut être justement appréhendée à la lumière de la souveraineté. Dans le second cas, l'intégration du principe du respect de l'identité nationale des États membres au sein de l'identité constitutionnelle de l'Union, en tant que droit fondamental de ces derniers, la rapproche d'une organisation fédérale, en ce que le fédéralisme a notamment pour raison d'être, celle de garantir « la conservation par les États membres de leur existence politique »[1].

791. Lorsqu'il est ici fait référence à la qualification fédérale, il n'est pas question d'envisager l'existence d'un État fédéral européen, puisqu'il fut observé que si les États se voient concurrencer dans l'exercice de la souveraineté, ils n'en demeurent pas moins les seuls souverains au sens formel du terme. Dans ce cadre le qualificatif de fédéral renvoie à la notion de « Fédération » telle que développée par Olivier Beaud. L'auteur prône l'idée que « l'on mette entre parenthèse la souveraineté pour mieux comprendre le fédéralisme », dans la mesure où « L'examen du fédéralisme à partir de la souveraineté aboutit à un non sens »[2]. En effet, soit la souveraineté conduit à retenir l'existence d'une confédération, si les entités supposées fédérées la possèdent encore, soit elle conduit à consacrer l'existence d'un État fédéral, si l'entité fédérale se la voit transférer. Or, un tel raisonnement ne permet pas de rendre compte du processus qu'est le fédéralisme, ce dernier ne se résumant pas à ces deux seuls pôles alternatifs, qui ne conviennent d'ailleurs ni l'un, ni l'autre à la qualification de l'Union. Néanmoins, il ne suffit pas de vouloir mettre la souveraineté de côté pour penser la construction européenne à l'aune du fédéralisme, encore faut-il que l'exclusion de cette dernière soit possible sans que le raisonnement n'en devienne alors aberrant.

En ce sens, l'aménagement des méthodes de protection de l'identité constitutionnelle par les États et leur ouverture au pluralisme autorisent finalement, par l'infléchissement, voire l'évincement de la protection souveraine, à exclure la souveraineté de l'équation, afin de mieux comprendre les relations originales qui se nouent entre l'Union et les États. En effet, Olivier Beaud relève d'une part que « *l'ambigüité du fédéralisme, mais toute sa force également, réside dans cette formule d'une autonomie relative, révélant que les unités*

[1] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit.*, p. 321 et s.
[2] *Ibid.*, p. 59 ; voir dans le même sens, CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 293 et s. selon lesquels : « La mise en œuvre de ces principes donne naissance à un ordre politique composé : la *Fédération*, qui n'est pas un État, et dans laquelle la question de savoir à quel niveau se localise la souveraineté, si elle se concentre ou si elle se divise, n'a pas de sens. La *Fédération* est une forme non étatique d'organisation du pouvoir politique. Comme la souveraineté est historiquement et intrinsèquement liée à l'État, et comme la *Fédération* se construit en dehors de ce paradigme, il ne peut y avoir de point de rencontre entre la *Fédération* et la souveraineté. La localisation de la souveraineté deviendrait dès lors une question non pertinente dans la *Fédération*, celle-ci s'analysant en un dépassement, une mise à l'écart de la souveraineté. ».

politiques se fédérant ne sont plus totalement souveraines, tout en restant suffisamment indépendantes pour être encore considérées comme des entités politiques »[1], et d'autre part que « par le seul effet de la formation fédérale, les relations mutuelles entre les États membres [cessent] d'être des relations internationales (relevant du « monde interétatique ») pour devenir des relations "internes" »[2]. Or le pluralisme tend particulièrement bien à mettre en lumière ces deux phénomènes, puisque non seulement il se construit sur l'exclusion des rapports de souveraineté, mais également sur le rapprochement des ordres juridiques par des méthodes dialogiques qui peuvent justement être perçues comme des relations distinctes des « relations internationales », pour se rapprocher de ces « relations internes ». Le rapprochement entre pluralisme et fédéralisme apparaît du reste implicite dans les propos de Stéphane Pierré-Caps et Vlad Constantinesco, lorsque ces derniers précisent que « pour comprendre l'originalité du lien fédéral, il faut mettre l'accent sur l'égalité entre le tout et les parties : leur rapports ne sont pas des rapports hiérarchisés, mais des rapports coordonnés »[3]. Or, n'est ce pas justement les relations normatives que tend à décrire le pluralisme, en faisant référence à la coordination de normes imbriquées ?

Cette idée du fédéralisme se rapproche en définitive de la théorie du « fédéralisme normatif » développée par Georges Scelle[4]. S'agissant de cette théorie, « *il importe de mettre en évidence que la notion du fédéralisme normatif apparaît dans l'œuvre de Georges Scelle à travers, tout d'abord, celle d'« abandons de souveraineté* »[5]. Ici, l'abandon n'est pas total, mais fait plutôt référence à l'abandon progressif et volontaire de compétences souveraines. En définitive, il apparaît que la réactualisation des rapports normatifs entre les États et l'Union, à l'aune du pluralisme, tende finalement à rapprocher la construction européenne de ce « fédéralisme normatif ».

792. Il faut ensuite remarquer que le consentement initial de l'État désirant participer au projet européen, clairement fondé sur la souveraineté entendue comme une liberté à l'instar du droit international, n'est toutefois pas incompatible avec l'idée même de fédéralisme, ici

---

[1] *BEAUD O., Théorie de la fédération, op.cit.,* p.321.
[2] *Ibid*. p. 206.
[3] CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 294.
[4] SCELLE, G., *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, t. 1, p. 31 ; voir également cette théorie de George Scelle sur la le fédéralisme normatif tel qu'éclairée par les recherches de DUPÉRÉ O., « La nature fédérative des « rapports de système » : la théorie du « fédéralisme normatif » développée par Georges Scelle », *in VIIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC, Nancy*, 16, 17 et 18 juin 2011, voir http:// www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/dupereT5.pdf.
[5] *Ibid*. p. 76, l'auteur s'appuie notamment sur les écrits suivants : SCELLE, Georges, « Le problème du fédéralisme », *Politique étrangère*, 1940, n°2, pp. 143-163, spéc. p . 147 ; SCELLE, Georges, *Le sens international*, Paris, P.U.F., collection « Bibliothèque du peuple », volume n° 55, 1942, 62 p.

normatif. En effet, si le fonctionnement d'une organisation de type fédéral, tel qu'il est décrit dans l'ouvrage d'Olivier Beaud ne peut être compris au moyen de la souveraineté, il en va autrement de son mode de formation. Comme le note l'auteur, « il n'y a de fédéralisme authentique que si les éléments constitutifs s'unissent de leur propre chef en vertu du principe de la "libre volonté" […] ; inversement tout fédéralisme imposé par la force ou la contrainte est inauthentique et trahit le concept même de fédération »[1]. Or la souveraineté, symbole de la liberté étatique, est la seule base possible d'une fédération composée d'États initialement souverains. La protection souveraine de l'identité par le refus d'adhérer coïncide clairement avec l'idée de « liberté fédérative »[2]. Ce « fondement de nature conventionnelle » est d'ailleurs présenté par ce même auteur comme l'un des « éléments déterminants » de l'idée fédérale[3]. Il souligne en effet la proximité entre la formation du droit international et celle du droit fédératif qui correspond « à une parenté de structure entre deux types d'ordres juridiques fondés sur le principe d'égale souveraineté des États »[4]. Non contradictoire avec l'idée d'une fédération européenne, cette première méthode de protection de l'identité constitutionnelle fondée sur la souveraineté y apparaît finalement comme une condition de sa réalisation.

793. L'ouverture au pluralisme entreprise par les États et partagée avec l'Union, serait finalement le marqueur d'une transition de la construction européenne vers un fédéralisme normatif, pour lequel le consentement souverain initial de l'État est une condition indispensable[5]. Or, cette considération semble corroborée par le simple fait de reconnaître qu'il est de l'essence de l'Union, en tant qu'élément de son identité, de « préserver l'existence politique des États »[6]. En effet cette formule correspond en tous points avec la réflexion d'Olivier Beaud selon laquelle « La Fédération a pour but de maintenir l'existence politique

[1] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit*., p.117 ; voir également sur ce point PIERRÉ-CAPS S., « L'Union européenne peut-elle être comparée à un empire ? À propos d'une déclaration du président de la Commission », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, p. 436 et 437.
[2] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit*., p.111.
[3] *Ibidem*.
[4] *Ibid.*, p. 117.
[5] Voir en ce sens avec une certaine nuance CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 295 : « Seule l'UE (dont la nature juridique demeure incertaine) pourrait illustrer, par une évolution non encore accomplie, la catégorie de la *Fédération* et en fournir le seul exemple, à condition d'observer toutefois, que les États membres revendiquent encore fortement pour eux-mêmes la possession de la souveraineté et ne semblent pas disposés à l'écarter du débat » ; les auteurs ajoutent p. 300 : « D'autres font observer que précisément une *Fédération* authentique permettrait de ne pas s'enfermer dans le dilemme fédération/confédération et pourrait faire l'économie d'une localisation de la souveraineté : reste à le démontrer dans la pratique ! ».
[6] Conclusions MADURO P., CJCE, Michaniki, précitées, point 31.

de ses composantes »[1]. De même, George Scelle considérait pour sa part qu'un « *pacte fédéral garantit l'existence personnelle des communautés politiques préalablement existantes et leur garantit aussi l'usage des compétences qui sont nécessaires pour gérer leurs intérêts autonomes. Cette garantie est d'essence constitutionnelle, c'est-à-dire qu'elle fait partie des grands principes de vie de la nouvelle communauté sociale à laquelle ils appartiennent* »[2]. Or, par la démonstration que le respect de l'identité nationale est inhérent à l'identité constitutionnelle de l'Union, il s'agit bien là de reconnaître ce principe comme l'un « des grands principes de vie » de l'Union. Mieux, il faut alors se demander si la caractérisation du principe du respect de l'identité nationale, en tant que droit potentiellement fondamental inscrit dans un statut d'État membre, ne contribuerait pas désormais à l'émergence d'un fédéralisme de type non plus seulement normatif[3], mais également institutionnel. En effet, si l'on s'appuie de nouveau sur la pensée d'Olivier Beaud, le fédéralisme institutionnel suppose « de décrire le passage "du contrat au statut", de l'Union d'État à l'institution fédérale »[4]. L'auteur ajoute que les États membres d'une Fédération « ont des droits et des obligations résultant du pacte fédératif […], ceux-ci, sous la forme métamorphosée d'États membres continuent à exister en tant qu'êtres politiques et à être juridiquement autonome »[5]. L'existence d'un droit fondamental des États membres de l'Union au respect de leur identité constitutionnelle, et tel qu'articulé avec certaines obligations comme la coopération loyale, serait finalement un révélateur de ce passage du « contrat au statut »[6].

794. Quelle que soit la nature normative ou institutionnelle du fédéralisme, l'existence du principe du respect de l'identité nationale contribue significativement à rapprocher l'Union européenne de ce type d'organisation. En effet, il met en lumière l'existence d'une tension dialectique entre le centre (l'Union) et la périphérie (les États), visant d'un coté à renforcer l'Unité et de l'autre à maintenir la pluralité. Cette tension dialectique n'est pas sans rappeler

[1] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit.*, p. 322.
[2] SCELLE G., *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Nancy, Centre européen universitaire, 1952, p. 14.
[3] MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *op.cit.*, p. 418-419, selon l'auteur, « Que l'on admette ou pas l'idée d'une transposition des droits fondamentaux des individus aux États, en tout état de cause, l'affirmation d'un droit pour les États membres de l'Union au respect de leur identité nationale, me semblerait particulièrement révélatrice de la singularité du fédéralisme européen. » ; voir également sur ce point MARTI G., « Droits fondamentaux des États et Fédération », in BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 267-288.
[4] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit.*, p. 159.
[5] *Ibid.*, p. 157.
[6] MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *op.cit.*, p. 418.

le « *telos* fédératif », c'est-à-dire la raison d'être du fédéralisme, qui est justement cette « particularité de juxtaposer deux fins contradictoires », l'une décrivant l'aspiration des États à « demeurer des entités politiques autonomes », l'autre décrivant « leur volonté de s'unir »[1]. Ainsi, cette contradiction expliquerait la nécessité « de rechercher constamment un équilibre entre ces deux fins pour éviter la dissolution de la Fédération, soit par éclatement, soit par l'absorption complète des membres en un seul et même État »[2]. Prenant naissance dans cette tension dialectique, le principe du respect de l'identité nationale permet ainsi le maintien d'un équilibre au sein de cette tension[3], en empruntant au fédéralisme certaines de ses méthodes. Porteur des germes du fédéralisme, il nourrit l'idée que l'Union tend à se rapprocher de ce type d'organisation. Il conduit également à insister sur le fait que si fédération il doit y avoir, elle ne se construira, ni ne se développera aux dépends de l'existence des États-Nations. En effet, lorsque l'Union prend en compte l'identité nationale des États membres, c'est-à-dire une identité politico-institutionnelle et une identité socioculturelle, ce sont les caractéristiques inhérentes à la nature de l'État-Nation dont elle garantit la persistance[4]. Il ne pourrait donc s'agir si fédération il doit y avoir, que d'une fédération d'État-Nation[5], ou encore, comme le considère Jean Denis Mouton eu égard à la situation territoriale particulière de certains États membres, d'une « fédération plurinationale »[6]. Enfin, il est possible de qualifier une fédération selon que le « curseur » visant à la protection du centre et de la périphérie penche d'un coté ou de l'autre[7]. En l'espèce, le qualificatif de plurinational laisse présager que la balance penche toujours en faveur des États membres, qui demeurent, il faut le rappeler, les maîtres souverains tant des Traités, que de leur consentement à s'y soumettre.

---

[1] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit.*, p. 276 et s.
[2] *Ibid.*, p. 280.
[3] Voir sur ce point, DAUPS T., « De la fédération d'États-Nations et de sa constitution », *op.cit.*, p. 10, l'auteur évoquant « le contrat constitutionnel entre les États et l'Union européenne », puis les « équilibres du contrat », parmi lesquels la clause du respect de l'identité nationale.
[4] Voir notamment, MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *op.cit.*, p. 209.
[5] Voir en ce sens, RICARD-NIHOUL G., *Pour une fédération européenne d'États-Nations - La vision de Jacques Delors revisitée*, Bruxelles, Larcier, 2012, 208 p. ; voir aussi QUERMONNE J.-L., « La "Fédération d'États Nations" : concept ou contradiction ? », *RFDC*, 2010, pp. 677-692 ; voir également BLANQUET M., « De l'identité constitutionnelle des États membres à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne », La semaine Juridique édition générale, 2012, p. 1142 ; selon lequel : « La conjugaison de ces deux traits [mise en commun de certains éléments d'identité et respect des choix politiques] définit ce qu'est l'Union : une Union d'États, des États intégrés, certes, mais demeurant pleinement des États. Il s'agit peut-être de la première approche juridique du concept de « Fédération d'États-Nations» qui restait largement incantatoire et indéterminé ».
[6] MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *op.cit.*, p. 209, selon lequel « C'est la jonction de ces deux aspects de l'identité nationale, l'aspect politico-institutionnel et l'aspect culturel, qui permet d'évoquer l'émergence d'une fédération plurinationale. ».
[7] BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op.cit.*, p.282.

Bibliographie générale

Actes de colloques ou de conférences (80)

AKSOY E.-E., « La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus », *in Actes du Colloque de la FIPP à Stavern du 25-28 juin 2008 portant sur les Politiques pénitentiaires et droits des détenus,* Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, pp. 45-61.

AUVRET P., « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 379-403.

AZOULAI L., « La formule de l'entrave », *in* AZOULAI L.*, L'entrave dans le droit du marché intérieur,* Paris, Bruylant, 2011, pp. 1-21.

BAILLEUX A., « Entrave et droits fondamentaux », *in* AZOULAI L.*, L'entrave dans le droit du marché intérieur,* Paris, Bruylant, 2011, pp. 225-256.

BARBATO J.-C., « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 49-71.

BARBATO J.-C. et PETIT Y., *L'union européenne, fédération plurinationale en devenir ?*, Bruylant, actes à paraître d'un colloque organisé à Nancy le 12 Avril 2013.

BARBOU DES PLACES S., « Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une position doctrinale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 289-326.

BARBOU DES PLACES S., « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », *in* POTVIN-SOLIS Laurence*, Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne, Septièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet de Metz,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 65-89.

BLAIRON K., « La question démotique et la problématique d'une constitution européenne », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel,* Athènes, 2007.

BLUMANN C., « La fonction législative dans l'Union "modifiée" », *in* BLANQUET M.*, La prise de décision dans le système de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 31-59.

BOULAD-AYOUB J., « Le jour de saint Marc vs le jour de l'oignon », *in Rapport mondial sur la diversité culturelle (Unesco), Sous-groupe «Identité religieuse et identité culturelle»*.

BRUCE E., « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in VIe Congrès de droit constitutionnel,* Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005.

BURGORGUE-LARSEN L., « La dignité saisie par les juges en Europe », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*,* Bruxelles, 2011, pp. 262.

BURGORGUE-LARSEN L., « L'identité constitutionnelle en question(s) », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 155-168.

CARTIER M.-E., « Le mandat d'arrêt européen », *in* CARTIER M.-E.*, Le mandat d'arrêt européen,* Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 422 et s.

CURZON S., « Fundamental rights and the internal market. The state of affairs following Schmidberger and Omega », *in* RIDEAU J., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 109-129.

DEROSIER J.-P., « La limite au pouvoir de révision constitutionnelle, du concept à la notion », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel,* Athènes, 11-15 juin 2007.

DEROSIER J.-P., « Le noyau constitutionnel identitaire frein à l'intégration européenne, contribution à une étude normativiste comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *in VIIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011.

DUBOS O., « Le paradigme du "multi-level governance" est-il soluble dans le droit », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., *L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 144-149.

DUBOUT E., « De la primauté "imposée" à la primauté "consentie" – Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *in IVe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005.

DUBOUT E., « La dignité dans la jurisprudence de la CJCE », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, 2011, pp. 79-111.

FELDMAN J.-P., « Le traité établissant une constitution pour l'Europe et le constitutionnalisme. Un point de vue critique », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel,* Athènes, 2007.

FERREIRA DA CUNHA P., « Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle entre le pouvoir constituant et la constitution matérielle. Une illustration dans le contexte lusophone », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel,* Athènes, 11-15 juin 2007.

FINES F., « L'association des parlements nationaux au contrôle du principe de subsidiarité », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., *L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 192-196.

GAUDIN H., « La procédure de révision des traités », *in* BLANQUET M., *La prise de décision dans le système de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 231-255.

GEORGOPOULOS T., « Doctrine de séparation des pouvoirs et intégration européenne », *in* BLANQUET M., *La prise de décision dans le système de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 3-30.

GIORGI F., « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », *in VIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

GOETSCHY J., « Construction de l'Europe sociale et droits sociaux », *in* RIDEAU J., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 175-195.

GUILLARD C., « La lecture étatique des compétences non exclusives de l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y., *L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 159-168.

HAENEL H., « Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne », *in Journée de travail à la Cour de justice de l'Union européenne,* Luxembourg, 7 février 2011.

HAGUENAU-MOIZARD C., « Sanction nationale du droit communautaire : "sanctions effectives, proportionnées et dissuasives" », *in* DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droit nationaux,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 205-223.

HÉRITIER A., « Le respect du patrimoine culturel des États membres dans le droit de l'Union européenne », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 73-111.

HEUSCHLING L., « La dignité de l'être humain dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, 2011, pp. 115-162.

HOURQUEBIE F., « Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites », *in VIIe Congrès international de droit constitutionnel,* Athènes, 11-15 juin 2007.

ILIOPOULOU A., « Entrave et citoyenneté de l'Union », *in* AZOULAI L., *L'entrave dans le droit du marché intérieur,* Paris, Bruylant, 2011, pp. 191-222.

JOSSO S., « Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?-», *in VIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Paris, 25-27 septembre 2008.

KESSEDJIAN C., « Entrave et disparité de législations », *in* AZOULAI L.*, L'entrave dans le droit du marché intérieur,* Paris, Bruylant, 2011, pp. 25-46.

KOMBILA H., « Les principes constitutionnels face au droit communautaire, l'Union dans la diversité de l'identité constitutionnelle européenne », *in VIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Paris, 25-27 septembre 2008.

KUKAWKA P., « Typologie de la décentralisation en Europe », *in Séminaire « Régions, décentralisation et coopération internationale »* Kinshasa, 2008, pp. 1-6.

LAULHE SHAELOU S., « "Nous les peuples". L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences tchèque, polonaise et lettone », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 133-152.

MADURO P., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *in* Walker Neil*, Sovereignty in Transition,* Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 502-537.

MARCIALI S., « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 345-377.

MARTI G., « Droits fondamentaux des États et Fédération », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 267-288.

MATHIEU B., « La République sociale », *in* MATHIEU B. et VERPEAUX M.*, La République en droit français,* Paris, Economica, 1992, pp. 175 et s.

MAUBERNARD C., « Vers une possible démocratie "transnationale" européenne ? Du discours à la méthode dans l'établissement d'une démocratie européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 185-191.

MAYER F. C., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 63-87.

MOUTON J.-D., « Introduction : présentation d'une proposition doctrinale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1-17.

MOUTON J.-D., « L'Europe élargie, un nouvel enjeu de civilisation et de cultures ? », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J. et GESLOT C.*, Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement, actes du colloque de Besançon 17 et 18 octobre 2002,* Paris, La Documentation française, 2005, pp. 533-538.

MOUTON J.-D., « L'État membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 204-209.

NABLI B., « L'État membre de l'UE : une figure constitutionnelle à visages multiples », *in VIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

NABLI B., « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 210-215.

NEFRAMI E., « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 197-203.

PEIFFERT O., « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », *in VIIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC,* Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011.

PETIT J., « Rapport de synthèse », *in La personnalité publique, actes du colloque organisé par l'AFDA,* Paris, Litec, 2007, pp. 243-256.

PETIT Y., « L'architecture institutionnelle de l'Union européenne sous les fourches caudines de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Observations sur l'arrêt Lisbonne du 30 juin 2009 », *in VIIIe Congrès français de droit constitutionnel de l'AFDC,* Nancy, 16, 17, 18 juin 2011.

PFERSMANN O., « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne : théorie, pratique et limites », *in La Révision de la Constitution,* Paris, Economica, 1993, pp. 7-65.

PICOD F., « L'étendue du contrôle du juge sur l'activité communautaire d'éxécution », *in* DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J.*, L'éxecution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droit nationaux,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 89-108.

PLATON S., « Le respect de l'identité nationale des États membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 150-158.

POIRAT F., « Les droits fondamentaux de l'États en droit international public », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 237-266.

PONTHOREAU M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », *in VIIe Congrès mondial de l'AIDC,* Athènes, 11-15 juin 2007.

POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113-156.

PRECHAL S., « La mise en œuvre des décisions-cadres une leçon pour les futures directives pénales ? », *in* DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J.*, L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droit nationaux,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 225-251.

RAPOPORT C., « La participation des États tiers à la prise de décision communautaire », *in* BLANQUET M.*, La prise de décision dans le système de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 273-313.

RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 21-47.

RITLENG D., « Les États membres face aux entraves », *in* AZOULAI L.*, L'entrave dans le droit du marché intérieur,* Paris, Bruylant, 2011, pp. 303-324.

ROLAND S., « Quand le performatif tient lieu d'argumentatif : la contribution des parlements nationaux au bon fonctionnement de l'Union européenne », *in* CHALTIEL F., DELCAMP A. et MONJAL P.-Y.*, L'Union européenne et ses États membres après le traité de Lisbonne - Quelle place et quel rôle dévolus aux États et pour quelle Union ?,* Paris, RMCUE, Mars 2012, pp. 178-184.

ROUDIER K., « L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : le dialogue direct entre les juges finalement instauré », *in VIIe Congrès français de droit constitutionnel de l'AFDC,* Paris, 25 et 27 septembre 2008.

ROUSSEAU D., « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Le patrimoine constitutionnel européen,* Strasbourg, éditions du Conseil de l'Europe, 1996, pp. 16-37.

ROUSSEAU D., « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne (L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle française) », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 89-100.

SAIZ-ARNAIZ A., « L'identité nationale et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 101-131.

SAUVÉ J.-M., « Dignité humaine et juge administratif », *in Rencontres européennes de Strasbourg,* Strasbourg, 2009.

SIMON D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles,* Paris, Pedone, 2000, pp. 207 à 249.

SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 27-43.

SUEUR J.-J., « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 15-43.

SZYMCZAK D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 45-60.

TRÉGUIER M.-L., « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européennes et droits fondamentaux », *in* RIDEAU J.*, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 250-275.

VERGÈS J., « Réflexions sur le constitutionnalisme européen », *in* GRAF VITZHUM W. et PENA M. *, L'identité de l'Europe,* Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 181-209.

VIALA A., « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », *in* BURGORGUE-LARSEN L.*, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe,* Paris, Pedone, 2011, pp. 7-24.

VRABIE G., « Le Constitutionnalisme européen – phénomène complexe et intégrateur », *in VIIe congrès mondial de droit constitutionnel,* Athènes, 2007.

WACHSMANN P., « Droits fondamentaux et personnes morales », *in* BARBATO J.-C. et MOUTON J.-D.*, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 225-235.

WACHSMANN P., « Personnes publiques et droits fondamentaux », *in La personnalité publique, actes du colloque organisé par l'AFDA,* Paris, Litec, 2007, pp. 145-165.

ZAGREBELSY V., « table ronde », *in La Commission européenne et le Droit - Dynamique institutionnelle et régulation de la concurrence dans une Communauté de droit,* Paris, 25 au 27 juin 2006.

Articles (171)

ALCAUD D., « Patrimoine, construction nationale et invention d'une politique culturelle : les leçons à tirer de l'histoire italienne », *Culture et Musées*, 2007, pp. 39-68, voir http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/pumus_1766-2923_2007_num_9_1_1427.

ALEMANNO A., « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur, quelques réflexions à propos des arrêts Schmidberger et Omega », *RDUE*, 2004, pp. 709-751.

AMIEL O., « Diversité culturelle et droit communautaire », *RDP*, 2001, pp. 247-253.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », *Europe*, Octobre 1998.

AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F., « Citoyenneté de l'Union et respect de l'identité nationale », *AJDA*, 2011, pp. 264-265.

AZOULAI L., « En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale ! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, pp. 843-851.

BAILLEUX A., « Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le "flou" au cœur de la jurisprudence communautaire », *JDE*, 2009, pp. 157-163.

BAILLEUX A., « Les droits de l'homme face à la libre circulation – un nouveau conflit porté devant la Cour de justice (C-470/03 A.G.M. Cos.MET Srl c. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen,17 avril 2007) », *RTDH*, 2007, pp. 1171-1184.

BARBATO J.-C., « Commentaire de l'arrêt CJCE, 5 mars 2009, Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) contre Administración General del Estado, Aff. C-222/07 », *RIJDEC*, voir http://www.fd.ulaval.ca/sites/default/files/recherche/article_barbato.pdf.

BARBOU DES PLACES S., « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *RAE*, 2011, pp. 29-50.

BAUER M.-B., « Constitutionnalité du Traité de Lisbonne, "Conditions et contrôles constitutionnels de la validité interne du droit de l'Union" », *RTDE*, 2009, pp. 799-844.

BEAUD O., « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, pp. 1045-1068.

BEAUD O., « Le Souverain », *Pouvoirs*, 1993 n°67, pp. 33-45.

BENOÎT-RHOMER F., « Droit et liberté fondamentaux », *RTDE*, 2011, pp. 145-169.

BERLIN D., « Dans le silence du texte, ce qui n'est pas interdit est permis… voire préconisé », *La semaine juridique édition générale*, juin 2013, pp. 1230-1231.

BIANCARELLI J. et GALMOT Y., « Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire », *RTDE*, 1985, pp. 270-291.

BIRKINSHAW P., « Constitutions, Constitutionalism and the State », *European Public Law*, 2005 pp. 31-45.

BLANQUET M., « De l'identité constitutionnelle des États membres à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne », *La semaine Juridique édition générale*, 2012, p. 1142.

BON P., « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-2/presentation-du-tribunal-constitutionnel-espagnol.52867.html.

BRUNESSEN B., « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, janvier 2012, pp. 6-13.

BURGORGUE-LARSEN L., « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/la-declaration-du-13-decembre-2004-dtc-n-1-2004-br.51927.html.

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, pp. 25-45.

CANIVET G., « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales », *RSC*, 2005, pp. 799 et s.

CARASSO G., « La communauté européenne face au rejet helvétique de l'espace économique européen et à l'avenir de ses relations avec la Suisse », *Relations internationales*, 2007/2, pp. 111-133.

CARPANO E., « Droits fondamentaux et libertés communautaires de circulation : brèves remarques sur le développement du système communautaire de protection des droits fondamentaux », *LPA*, juin 2005, pp. 22-29.

CAVALLINI J., « L'obligation d'employer exclusivement la langue nationale pour rédiger les contrats de travail constitue une entrave disproportionnée », *La Semaine Juridique Social*, 2013, p. 1278 et s.

CHALTIEL F., « Constitution française, Constitution européenne, vers l'osmose des ordres juridiques, à propos de la révision constitutionnelle du 28 février 2005 », *RMCUE*, 2005, pp. 280-287.

CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2004-2006) », *RFDC*, 2007, pp. 161-173.

CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2007) », *RFDC*, 2008, pp. 339-350.

CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2008) », *RFDC*, 2009, pp. 367-375.

CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2009) », *RFDC*, 2010, pp. 407-416.

CHALTIEL F., « Droit constitutionnel européen (2010) », *RFDC*, 2011, pp. 305-314.

CHALTIEL F., « D'une pierre, deux coups : primauté et responsabilité renforcées », *LPA*, février 2007, pp. 5-9.

CHALTIEL F., « La souveraineté », *LPA*, février 2009, pp. 6-25.

CHALTIEL F., « Le traité de Lisbonne : le processus de décision », *LPA*, janvier 2008, pp. 3-8.

CHALTIEL F., « Le Traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne », *LPA*, juillet 2009, pp. 4-15.

CHALTIEL F., « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, développements récents », *RMCUE*, juin 2007, pp. 361-372.

CLERC E., « Le concept de juridicité à l'aune du droit de l'Union européenne », *Politeia*, 2010, pp. 363-383.

COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993 n°67, pp. 47-58.

DAUPS T., « De la fédération d'États-Nations et de sa constitution », *LPA*, juillet 2002, pp. 4-23.

DAUPS T., « Le compromis constitutionnel entre la langue de la République et les langues régionales ou les limites et les potentialités de l'unicité », *LPA*, 2002, pp. 18-23.

DAUPS T., « Limites et virtualités du respect de l'identité nationale des États membres par l'Union européenne », *LPA*, avril 2005, pp. 7-16.

DE WITTE B., « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits*, 1991, pp. 87-96.

DELMAS-MARTY M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 951-957.

DIEU F., « Le conseil d'État face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel : une position délicate », *RTDE*, 2007, pp. 473-490.

DONNARUMMA M. R., « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des cours constitutionnelles », *RFDC*, 2010, pp. 719-750.

DORD O., « Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-4/le-controle-de-constitutionnalite-des-actes-communautaires-derives-de-la-necessite-d-un-dialogue-entre-les-juridictions-supremes-de-l-union-europeenne.52843.html.

DRAGO R., « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, juillet-aout 1998, pp. 130-135.

DUBOS O., « Droit administratif et droit communautaire », *JurisClasseur administratif fasc. 24*, 2006, pp. 1-85.

DUBOS O., « L'après-Lisbonne - Les moyens du changement : à la recherche des temps futurs », *Europe*, juillet 2008, pp. 65-72.

DUBOUT E., « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une supraconstitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, pp. 451-482.

DUPÉRÉ O., « Jurisprudence constitutionnelle : le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne », *RFDC*, 2005/1, pp. 147-169, voir http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2005-1-page-147.htm.

DUPÉRÉ O., « La nature fédérative des « rapports de système » : la théorie du « fédéralisme normatif » développée par Georges Scelle », *in VIIIe congrès de droit constitutionnel de l'AFDC, Nancy*, 16, 17 et 18 juin 2011.

EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Recueil Dalloz* 1997, pp. 185-192.

EFTIMIE A., « Le concept de citoyenneté européenne : vers des identités et appartenances multiples », *Politeia*, 2010, pp. 327-342.

FAURE B., « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP*, 2008, pp. 233-246.

FAVOREU L., « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993 n°67, pp. 71-77.

FROMONT M., « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-15/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-federale-d-allemagne.51993.html.

GAUDEMET-TALLON H., « Interdiction de diffuser des informations au sujet de cliniques pratiquant des interruptions volontaires de grossesse dans d'autres Etats membres », *RTDE*, 1992, pp. 167-180.

GAZIN F., « Mandat d'arrêt européen. Reconnaissance mutuelle versus protection des droits fondamentaux : prévalence accordée à la première en droit pénal de l'UE », *Europe*, avril 2013, pp. 23-25.

GROSCLAUDE L., « La clause de retrait du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, réflexions sur un possible marché de dupes », *RTDE*, 2005, pp. 533-544.

GUASTINI R., « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-9/la-primaute-du-droit-communautaire-une-revision-tacite-de-la-constitution-italienne-sup1-sup.52498.html.

GUYOMAR M., « Conclusion sur CE ass., 8 février 2007, société Arcelor », *RTDE*, 2007, pp. 378 et S.

GUYOMAR M. et SIMON D., « La hiérarchie des normes en Europe », *Gazette du Palais*, février 2009, pp. 11-22.

HANF D., « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la cour constitutionnelle fédérale », *CDE*, 2009, pp. 639-710.

HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, pp. 193-236.

HAURIOU M., « L'ordre social, la justice et le droit », *RTD civ.*, 1927, pp. 795-825.

HECQUARD-THERON M., « La notion d'État en droit communautaire », *RTDE*, 1990, pp. 693-711.

IDOT L., « Nouvelles prises de positions de la Cour sur le statut des jeux et des paris », *Europe*, janvier 2004, pp. 18-19.

JACQUÉ J.-P., « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2011, pp. 7-8.

JACQUÉ J.-P., « CJCE, Eugen Smidberger, Internationale Transporte und Planzüge, 12 juin 2003, C-112/00 », *L'Europe des libertés*, Novembre 2003, voir http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=96&id_rubrique=6.

JACQUÉ J.-P., « Du Traité constitutionnel au Traité de Lisbonne (Tableau d'une négociation) », *RDP*, 2008, pp. 822-831.

JACQUÉ J.-P., « L'affaire Matthews (suite et fin) », *L'Europe des libertés*, septembre 2006, pp. 2-4, voir http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=199&id_rubrique=40.

JACQUÉ J.-P., « Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE*, 2008, pp. 439-483.

JACQUÉ J.-P., « L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, pp. 3-37.

JACQUÉ J.-P., « Protection nationale des droits fondamentaux et libertés fondamentales communautaires : conflit ou conciliation (Arrêt du 14 octobre 2004, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-Gmbh, affaire C-36/02) », *L'Europe des libertés*, juin 2005, voir http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id article=32&id_rubrique=10.

JAKAB A., « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *Jus Politicum*, décembre 2008, voir http://www.juspoliticum.com/La-neutralisation-de-la-question,28.html.

KADO K., « Revisiter la notion de souveraineté », *Droits*, 2012, pp. 215-239.

KARYDIS G., « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE*, 2002, pp. 1-26.

KARYDIS G., « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *RTDE*, 1994, pp. 551-561.

KAUFF-GAZIN F., « Droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen », *Europe*, novembre 2006, pp. 8-9.

KELSEN H., « Qu'est ce que la théorie pur du droit », *Droit et société*, 1992, pp. 551-568.

KORTMANN C., « Le juge et le contrôle de constitutionnalité aux Pays-Bas », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-21/le-juge-et-le-controle-de-constitutionnalite-aux-pays-bas.50565.html.

LABAYLE H. « Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013 p. 691.

LADENBURGER C., « Towards a Post-National Constitution, Federal, Confederal or Genuinely Sui Generis ? Introductory Comments on the Convention Method, and on Some Features of an Improved Constitutional Character », *Revue européenne de droit public*, 2004, pp. 75-111.

LAFAILLE F., « L'identité catholique de l'Italie est-elle soluble dans l'État de droit constitutionnel (national et européen) ? », *RDP*, 2010, pp. 771-787.

LAURANS Y., « De la friture sur la ligne ? Les limites du dialogue des juges dans l'affaire « Arcelor » », *Politeia*, automne 2009, pp. 73-100.

LAURANS Y., « La résistances des cours suprêmes à la primauté du droit de l'Union européenne : entre dialogue horizontal et monologues parallèles », *Civitas Europa*, juin 2008, pp. 239-261.

LE PILLOUER A., « "De la révision à l'abrogation de la constitution" : les termes du débat », *Jus Politicum*, décembre 2009, voir http://www.juspoliticum.com/De-la-revision-a-l-abrogation-de.html.

LEMAIRE F., « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFDC*, 2012, pp. 821-850.

LENAERTS K., « Constitutionnalism and the Many faces of Federalism », *American journal of comparative law*, 1990, pp. 231 et s.

LENAERTS K., « Le développement de l'Union sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ERA forum - scripta iuris europaei*, 2008, pp. 61-97.

LENAERTS K. et BERNARDEAU L., « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *CDE*, 2007, pp. 19-110.

LEPOUTRE N., « Le renvoi préjudiciel et l'instauration d'un dialogue des juges - Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne et du juge administratif français », *Jurisdoctoria*, 2011, pp. 43-74, voir http://www.jurisdoctoria.net/pdf/numero6/aut6_LEPOUTRE.pdf.

LEPSIUS O., « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemagne.51426.html.

LEVADE A., « Anatomie d'une première: renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice ! », *La Semaine juridique édition générale*, 2013, pp. 1111-1114.

LEVADE A., « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, pp. 133-137.

LEVADE A., « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *RDP*, 2004, pp. 910 et s.

LUCIANI M., « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-de-constitutionnalite-des-lois-constitutionnelles-en-italie.51428.html.

LYON-CAEN G., « Note de jurisprudence », *RTDE*, 1976, pp. 141-144.

MACCORMICK J. P., « Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution », *European Constitutional Law Review*, 2006, pp. 398-423.

MADURO P., « The Three Claims of Constitutional Pluralism », 2012, voir http://cosmopolis.wzb.eu/content/program/conkey_Maduro_Three-Claims-of-Pluralism.pdf.

MAGNON X., « La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG . - Brèves réflexions sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, CPE », *Europe*, juin 2006, pp. 6-7.

MAGNON X., « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, août-septembre 2004.

MARTIN S., « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », *RFDC*, 2012, pp. 13-44.

MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire », *Recueil Dalloz*, 1996, pp. 282.

MATHIEU B., « La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, mars 1995, pp. 12 et s.

MATHIEU B., « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national », *RFDC*, 2007/4, pp. 675-693, voir http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-4-page-675.htm.

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 211-213.

MAUBERNARD C., « Le "droit fondamental à la dignité humaine" en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDH*, 2003, pp. 483-513.

MAUS D., « Gouvernance et identité en Europe. La problématique de la Constitution pour l'Europe », *Revue européenne de droit public*, 2004, pp. 305-321.

MAYER F. C. et PERNICE I., « De la Constitution composée », *RTDE*, 2000, pp. 623-647.

MENGOZZI P., « La contribution du droit à la détermination de l'identité de l'Union européenne », *RDUE*, 2012, pp. 15-29.

MICHEL V., « Défense et promotion des langues nationales officielles », *Europe*, mai 2009, pp. 18.

MICHEL V., « De la confrontation des divisions communautaires belges avec la libre circulation des travailleurs » *Europe*, Juin 2013.

MOREIRA V., « Le Tribunal constitutionnel portugais : le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/le-tribunal-constitutionnel-portugais-le-controle-concret-dans-le-cadre-d-un-systeme-mixte-de-justice-constitutionnelle.52132.html.

MOUTON J.-D., « L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ? », *RDP*, 2008, pp. 755-773.

MOUTON J.-D., « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottman », *RGDIP*, 2010, pp. 257-280.

NÉGRIER E., « La politique du patrimoine de l'Espagne », *Culture et musées*, 2007, pp. 23-38, voir http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/pumus_1766-2923_2007_num_9_1_1426.

OST F. et VAN DER KERCHOVE M., « De la pyramide au réseau ? », *RIDC*, 2003, pp. 730 et s.

PATAUT E., « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTDE*, 2011, pp. 571-576.

PEYROU-PISTOULEY S., « Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien », *RFDC*, 2001/2, pp. 237-264.

PFERSMANN O., « Qu'entend-on exactement par l'expression "concurrence des systèmes juridiques" ? », *Cahiers de la méthodologie juridique n°22*, 2008, voir http://www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/Pfersmann.pdf.

PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux », *AJDA*, juillet 1998, pp. 2-42.

PIERRÉ-CAPS S., « Problématique de la constitution européenne », *Civitas europa*, 2000, pp. 125-142.

PLIAKOS A., « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », *CDE*, 2010, pp. 487-514.

POIRAT F., « La doctrine des droits fondamentaux de l'État », *Droits*, 1992, pp. 83-91.

PONTHOREAU M.-C., « Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales », *DPCE*, 2007, pp. 1576-1588.

PONTIER J.-M., « Les données juridiques de l'identité culturelle », *RDP*, 2000, pp. 1271-1289.

PUIG P., « Vers un nouveau "dialogue des juges" constitutionnel et européen », *RTD civ.*, 2013, pp. 564 et s.

QUERMONNE J.-L., « La "Fédération d'États Nations" : concept ou contradiction ? », *RFDC*, 2010, pp. 677-692.

RADUCU I. et LEVRAT N. , « Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique) », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2007, pp. 111-147.

RICARD-NIHOUL G., « Réviser les traités européens : le moment Convention Six arguments pour la sauvegarder, six propositions pour la réformer », *Notre Europe*, 2007, voir http://notreeurope.elteg. info/media/Policypaper31-Convention-fr_01.pdf.

RIDEAU J., « Les valeurs de l'Union européenne », *RAE*, 2012, pp. 329-349.

RIGAUX A., « Libre circulation des marchandises et prix du livre en Autriche », *Europe*, juin 2009, pp. 19-21.

RIOU A., « La culture et le traité de Rome », *LPA*, 1996, pp. 37-41.

RITLENG D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, pp. 677-697.

RITLENG D., « Le pluralisme juridique vu par le Conseil d'État français, un bon pluralisme ? », *Informations de l'Institut de droit européen 2/08*, 2008, pp. 3-6, voir http://www.unifr.ch/euroinstitut/assets/files/pdf/Publikationen/Newsletter/newsletter2_08.pdf.

RITLENG D., « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD Eur.*, 2013 p. 267

ROUSSEAU D., « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *La gazette du palais*, mai 2013, pp. 13-18.

ROUX J., « La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution (à propos de l'arrêt d'Assemblée du 8 février 2007, Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres) », *RDP*, 2007, pp. 1031-1071.

SALICETI A.I., « Constitution et primauté: un bilan jusqu'à l'arrêt "melki et Abdeli" », *RDUE*, 2010, pp. 583-624.

SAURUGGER S., « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum*, septembre 2012, voir http://www.juspoliticum.com/Theoriser-l-Etat-dans-l-Union.html.

SCANDAMIS N., « L'État dans l'Union européenne Passion d'un grand acteur », *RDP*, 2012, pp. 1339-1380.

SIMON D., « Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif », *Europe*, octobre 2007, pp. 235-236.

SIMON D., « Constitution européenne - Constitution française : la guerre des droits n'aura pas lieu », *RLDA*, février 2005, pp. 6-10.

SIMON D., « Faites vos jeux, rien ne va plus », *Europe*, mai 2007, pp. 17-18.

SIMON D., « "Il y a toujours une première fois". - À propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe*, mai 2013, pp. 6-10.

SIMON D., « Jurisprudence constitutionnelle », *Europe*, Mars 2011.

SIMON D., « La Cour de Karlsruhe et le traité de Lisbonne : oui, mais... », *Europe*, août 2009.

SIMON D., « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », *Europe*, juillet 2013, pp. 4-5.

SIMON D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, mars 2009, pp. 17 et s.

SIMON D., « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, Octobre 2006, pp. 42-43.

SIMON D., « Nouvelle confirmation de la fonction de l'obligation d'interprétation conforme. », *Europe*, juillet 2012, pp. 268-269.

SIMON D., « Reconnaissance du nom patronymique », *Europe*, février 2011, pp. 11-13.

SIMON D., « Solange, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe*, juillet 2010.

SIMON D., « Hongrie : valeurs de l'Union versus identité constitutionnelle des États membres », *Europe*, Août 2013.

SINOPOLI L., « Les droits fondamentaux, clef de l'imbrication des ordres juridiques: la CJCE restitue le dernier mot à l'ordre juridique de l'Union européenne », *Gazette du Palais*, février 2009, pp. 39-52.

SUPIOT A., « Revisiter les droits d'action collective », *Droit Social*, 2001, pp. 687-704.

TROPER M., « La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2001, voir http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-9/en-guise-d-introduction-la-theorie-constitutionnelle-et-le-droit-constitutionnel-positif.52472.html.

VAHLAS A., « Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne », *RDP*, 2005, pp. 1565-1601.

VAN DER SCHYFF G., « The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States : The Role of National Identity in Article 4(2) TEU », *European Law Review*, 2012, pp. 563-583.

VEDEL G., « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993 n°67, pp. 78-97.

VILA J.-B., « La sortie d'un État membre dans le Traité sur l'Union européenne, d'un mécanisme utopique à un protée juridique », *RTDE*, 2011, pp. 273-289.

VODOZ L., « La prise de décision par consensus : pourquoi, comment et à quelles conditions ? », *Environnement et Société*, 1994, pp. 57-66, voir http://www.dsge-arlon.ulg.ac.be/SEED/images/stories/documents/vodozcrv2.pdf.

VON UNGERN-STERNBERG A., « L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ? », *RDP*, 2010, pp. 171-195.

WALKER N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, pp. 317-359.

WALTUCH J., « La guerre des juges n'aura pas lieu : à propos de la décision Honeywell de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *RTDE*, 2011, pp. 329-360.

Discours et conférences (4)

GOTSEV V., *Limitations du pouvoir de révision des Constitutions*, voir lien : http://www.enelsyn.gr/papers/w9/Paper%20by%20Vassil%20Gotsev.pdf.

MAZAEAUD P., *Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République* Paris, 3 janvier 2005, p., voir lien: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-18/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51930.html.

SANTER J., *Discours à la cérémonie d'ouverture de l'année académique 1995-1996 au collège d'Europe-Natolin*, Pologne, 26 septembre 1995, 4 p., voir lien : http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/95/182&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en.

Manuels (15)

BOULOUIS J., *Droit institutionnel des communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1990, 321 p.

CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2011, 564 p.

DAILLIER P., FORTEAU M., QUOC DINH N., PELLET A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 1722 p.

DUBOUIS L. et BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2012, 805 p.

FAVOREU L.GAÏA P.GHEVONTIAN R. et MESTRE J.-L., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2008, 1055 p.

GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2007, 792 p.

ISAAC G., *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 1990, 311 p.

JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2009, 790 p.

JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2010, 757 p.

MANIN P., *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004, 555 p.

OBERDORFF H., *L'Union européenne*, Grenoble, PUG, 2010, 332 p.

PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, Paris, La Documentation française, 2008, 523 p.

RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1994, 893 p.

RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2010, 1464 p.

SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 779 p.

ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1999, 642 p.

Monographies (79)

BAILLEUX A., Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur, Bruxelles, Bruylant - publication F.U.S.L., 2009, 733 p.

BARBATO J.-C., La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 599 p.

BARRAUD B., Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : Pour une conception pragmatique du droit, Paris, l'Harmattan, 2012, 392 p.

BEAUD O., La puissance de l'État, Paris, PUF, 1994, 512 p.

BEAUD O., Théorie de la fédération, Paris, PUF, 2007, 433 p.

BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne* Bruxelles, Bruylant, 2007, 782 p.

BLANCHARD D., La constitutionnalisation de l'Union européenne, Rennes, Apogée, 2001, 476 p.

BLOETZER S., L'Union européenne – Un ordre cosmopolitique européen en émergence ?, Genève, Euryopa, 2004, 207 p.

BON P. et MAUS D., Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes, Paris, Dalloz, 2008, 846 p.

BORGETTO M. et LAFORE R., La République sociale – contribution à l'étude de la question démocratique en France, Paris, PUF, 2000, 367 p.

BOUCHARD N. et DANIEL M.-F., Penser le Dialogue en éducation éthique, Québec, PUQ, 2010, 203 p.

BURDEAU G., Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français, Paris, Macon, 1930, 349 p.

CALDERON T. E.HANSON S.MICHEL Q.PAILE S.PIET G. et STANS D., La construction européenne : entre idées reçues et faux-semblants Liège, Les éditions de l'université de Liège, 2008, 154 p.

CARPANO E., État de droit et droits européens, l'évolution de l'État de droit dans le cadre de l'européanisation des systèmes juridiques, Paris, l'Harmattan, 2005, 662 p.

CARRÉ DE MALBERG R., Contribution à la théorie générale de l'État, Paris, Dalloz-Sirey, réédition de 2003, 638 p.

CHALTIEL F., La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'état membre, Paris, LGDJ, 2000, 624 p.

CHOPIN T., L'héritage du fédéralisme ? États-Unis / Europe, Paris, Fondation Robert Schuman, 2002, 89 p.

CJCE, Les Juridictions des États membres de l'Union européenne - État des systèmes juridictionnels au 1er janvier 2007, Bruxelles, OPOCE, 2009, 731 p.

CONSIDÈRE-CHARON M.-C., IRLANDE, une singulière intégration européenne, Paris, Economica, 2002, 291 p.

DE BERRANGER T., Constitutions nationales et construction communautaire, Paris, Montchrestien, 1995, 592 p.

DELMAS-MARTY M., Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, Paris, MSH, 1997, 337 p.

DELMAS-MARTY M., Les forces imaginantes du droit II - Le pluralisme ordonné, Paris, du Seuil, 2006, 360 p.

DELVALLEZ C.-E., Le juge administratif et la primauté du droit communautaire, Paris, L'Harmattan, 2011, 355 p.

DOLLAT P., La citoyenneté européenne - Théorie et statuts, Bruxelles, Bruylant, 2008, 712 p.

ESPING-ANDERSEN G., The Three Worlds of Welfare Capitalism, Cambridge et Princeton, Polity Press & Princeton University Press, 1990, 260 p.

FERRY J.-M., Europe la voie kantienne, essai sur l'identité postnationale, Paris, Cerf, 2005, 216 p.

FERRY J.-M., La question de l'État européen, Paris, Gallimard, 2000, 322 p.

FERRY J.-M., La République crépusculaire, Paris, du Cerf, 2010, 306 p.

FLAVIER H., La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union Européenne, Bruxelles, Bruylant, 2009, 885 p.

GELLNER E., Nations et nationalisme, Paris, Payot, 1999, 208 p.

GERKRATH J., L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p.

GÖZLER K., Le pouvoir de révision constitutionnelle, Villeneuve, PU du Septentrion, 1996, 774 p.

GÖZLER K., Pouvoir constituant, Bursa, Ekin Kitabevi, 1999, 120 p.

GREWE C. et RUIZ FABRI H., Droits constitutionnels européens, Paris, PUF, 1995, 661 p.

GROTIUS H., Le droit de la guerre et de la paix, Paris, PUF, 2005, 867 p.

GUILLARD C., L'intégration différenciée dans l'Union européenne Bruxelles, Bruylant, 2007, 619 p.

GUINCHARD S.CHAINAIS C.DELICOSTOPOULOS C.-S.DELICOSTOPOULOS L.-S.DOUCHY-OUDOT M.FERRAND F.LAGARDE X.MAGNIER V.RUIZ FABRI H. SINOPOLI L. et SOREL J.-M., Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable, Paris, Dalloz, 2009, 1307 p.

HABERMAS J., La constitution de l'Europe, Paris, Gallimard, 2012, 240 p.

HABERMAS J., L'Intégration républicaine : Essais de théorie politique, Paris, Fayard, 1998, 386 p.

HABERMAS J., Sur l'Europe, Paris, Bayard, 2006, 92 p.

HAMONIAUX T., L'intérêt général et le juge communautaire, Paris, L.G.D.J, 2001, 179 p.

HART H.L.A, Le concept de droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p.

HUGO V., Pamphlets pour la sauvegarde du patrimoine, guerre aux démolisseurs ! , Forcalquier, Archange Minotaure, 2006, 54 p.

JELLINEK G., L'État moderne et son droit, Paris, Panthéon Assas, vol. I, 2005, 655 p.

KANT E., Fondement de la métaphysique des mœurs. Doctrine du droit, Paris, Vrin, 1952, p.

KANT E., Pour la paix perpétuelle Lyon, PUL, 1985, 188 p.

LAMY P., La démocratie-monde, pour une autre gouvernance globale, Paris, du Seuil, 2004, 90 p.

LEBON V., Le constitutionnalisme européen, Limoges, PULIM, 2007, 370 p.

LECOURT R., L'Europe des juges, Bruxelles, Bruylant, 2008, 321 p.

LOUIS J.-V. et RONSE T., L'ordre juridique de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2005, 458 p.

MACCORMICK N., Questioning sovereignty law, state, and nation in the european commonwealth, La Haye, Kluwer Law International, 2002, 222 p.

MADURO P., We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 EC, Oxford, Hart Pub., 1998, 194 p.

MAGNETTE P., Le régime politique de l'Union européenne, Paris, Les Presses De Sciences Po, 2006, 310 p.

MER J., La Norvège, entre tradition et ouverture, Paris, La Documentation française, 1996, 155 p.

MORANGE J., La liberté d'expression, Bruxelles, Bruylant, 2009, 240 p.

MUCHIELLI A., L'identité, Paris, PUF, 1999, 127 p.

ONDUA A., Étude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France – L'ordre constitutionnel comme guide au renforcement de la construction européenne, Paris, L'Harmattan, 2001, 480 p.

OST F. et VAN DER KERCHOVE M., De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 596 p.

PASCAL B., Pensées, Paris, Ledoux, vol. 2, 1836, 239 p.

PERNICE I., Fondements du droit constitutionnel européen, Paris, Pedone, 2004, 93 p.

PESCATORE P., Études du droit communautaire européen, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1006 p.

PESCATORE P., L'ordre juridique des communautés européennes. Études des sources du droit communautaire, Liège, presses universitaires de Liège, 1971, 316 p.

PEYROU-PISTOULEY S., La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche, Paris, Economica, 1993, 455 p.

RICARD-NIHOUL G., Pour une fédération européenne d'États-Nations - La vision de Jacques Delors revisitée, Bruxelles, Larcier, 2012, 208 p.

RICOEUR P., Soi-même comme un autre, Paris, Seuil, 1990, 424 p.

RIGAUX F., Pour une déclaration universelle des droits des peuples: identité nationale et coopération internationale, Lyon, Chronique sociale, 1990, 169 p.

ROSANVALLON P., La Crise de l'État-providence, Paris, du Seuil, 1981, 183 p.

ROSANVALLON P., La Démocratie inachevée - Histoire de la souveraineté du peuple en France, Paris, Gallimard, 2000, 440 p.

ROSANVALLON P., La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence, Paris, du Seuil, 1995, 222 p.

ROUSSEAU J.-J., Du contrat social, p.

SABOURIN P., L'État-Nation Face Aux Europes, Paris, PUF, 1994, 304 p.

SCELLE G., Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques, Nancy, Centre européen universitaire, 1952, 57 p.

SCELLE, G., *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932-1934, T. I, 558 p.

SCHAFFNER H., *La Suisse et les discussions sur l'intégration européenne, exposé à l'Union suisse du commerce et de l'industrie*, Zurich, 20 septembre 1958, 32 p.

SCHMIDT V., La démocratie en Europe, Paris, La découverte, 2010, 380 p.

SCHMITT C., Théorie de la Constitution, Paris, PUF, 1993, 576 p.

SCHWOK R., Suisse - Union européenne : L'adhésion impossible ? , Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2010, 149 p.

THIESSE A-M, La création des identités nationales, Paris, du Seuil, 2001, 307 p.

VOLMERANGE X., Le fédéralisme allemand face au droit communautaire, Paris, L'Harmattan, 2000, 362 p.

ZILLER J., L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe, Paris, l'Harmattan, 2003, 336 p.

Contributions à des ouvrages collectifs (128)

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La Convention européenne des droits de l'Homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux et du droit communautaire », *in* GAUDIN H., *Droit*

constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, pp. 169-204.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 15-21.

ARNOLD R., « Peut-on définir le phénomène d'européanisation des droits constitutionnels nationaux », *in* ZILLER J., *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 85-95.

AUBY J-M., « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public éléments de problématique », *in Mélanges dédiés à R. Pelloux*, Lyon, L'Hermès, 1980, pp. 21-37.

BARBOU DES PLACES S., « Plaidoyer pour une approche rénovée des méthodes de la construction communautaire », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, pp. 247-260.

BARBOU DES PLACES S., « Esquisse d'une typologie des annexes aux traités européens », *in* BARBOU DES PLACES S., *Aux marges du traité. Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens, les protocoles et déclarations annexés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 17-46.

BASILIEN-GAINCHE M.-L., « La vertu constituante de l'Union européenne, la promotion des principes de l'État de droit », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 36-52.

BENOÎT-RHOMER F., « Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 63-80.

BERROD F., « Plaidoyer pour une union de droit dans la diversité des systèmes judiciaires nationaux », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 81-101.

BEULAY M., « L'État membre dans l'Union européenne », *in* BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., CUJO E., *Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 116-138.

BLANQUET M., « Mêmeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 54-91.

BLOETZER S., « La démocratie directe et l'adhésion à l'Union européenne : quelques réflexions d'ordre juridique », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, pp. 4-10.

BLUMANN C., « L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union européenne », *in L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 53-68.

BORELLA F., « Le concept de dignité de la personne humaine », *in* PEDROT P., *Éthique, droit et dignité de la Personne - Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, pp. 29-38.

BRAILLARD P., « Politique extérieure: défense et neutralité », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, pp. 35-40.

BRUNESSEN B. et SIRINELLI J., « La proportionnalité », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 623-638.

BRUNET P., « L'articulation des normes », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 195-213.

BRUNET P., « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », *in* BRUNET P. et ARENA F., *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 53-74.

BURGORGUE-LARSEN L., « La démocratie au sein de l'Union européenne. De la "constitution composée" à la "démocratie composée" », *in* BAUER H. et CALLIES C., *Les principes constitutionnels en Europe. Constitutional principles en Europe*, Bruxelles, Bruylant, Sakkoulas, Berliner, 2008, pp. 83-99.

BURGORGUE-LARSEN L., « Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du *in* et du *out* », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, pp. 121-136.

CANIVET G., « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire, contre-éloge de la tragédie », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 611-624.

CARROZZA P., « Constitutionalism's Post-Modern Opening », *in* LOUGHLIN M. et WALKER N., *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 169-188.

CHALTIEL F., « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des États membres », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 67-77.

CHALTIEL F., « L'application du droit communautaire par le juge national », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 843-865.

CONSTANTINESCO V., « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, pp. 155-164.

CONSTANTINESCO V., « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *in Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 309-323.

CONSTANTINESCO V., « L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité : l'article 6§1 du traité sur l'Union (ex F § 1), tel que modifié par le traité d'Amsterdam », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, pp. 299-311.

CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 79-94.

CONSTANTINESCO V., « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen, retour sur quelques arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, pp. 267-280.

CONTOGEORGIS G., « Le système politique et l'État : une problématique sur les fondements et l'avenir de l'État européen », *in Réalisations et défis de l'Union européenne - Droit-Politique-Économie. Mélanges en hommage au Professeur Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 71-77.

DASHWOOD A, « The European Union Constitution - What Will Really Change ? », *in The Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* 2004-2005, pp. 33-56.

DE MONTALIVET P., « La dignité de la personne humaine », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 501-515.

DE WITTE B., « European Treaty Revision : a Case of Multilevel Constitutionalism », *in* PERNICE I. et ZEMANEK J., *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, pp. 59-76.

DEGRÉMONT A., « Dialogue social et démocratie sociale dans la construction européenne », *in* VINCENT G., *L'avenir de l'Europe sociale, Solidarités, droit et protections sociales*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 179 et s.

DELLEY J.-D., « La démocratie directe au niveau fédéral », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, pp. 124-126.

DELMAS-MARTY M., « Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale des Etats membres », *in* BOT Y., LEVITS E. et ROSAS A., *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2013, pp. 329-337.

DERO-BUGNY D., « L'étranger », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 375-388.

DEROSIER J.-P., « Constitutionnalisation ? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l'Union européenne », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union*

européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, Paris, Pedone, 2010, pp. 95-107.

DUBOUT E. et TOUZE S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *in* DUBOUT E. et TOUZE S., *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, pp. 11-35.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « Droits fondamentaux, quelle place dans l'architecture de l'Union », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 263-278.

EISENGRÄBER A., « Les institutions européennes dans le débat sur "le gouvernement des juges" », *in* BESSON S., LEVRAT N. et CLERC E., *L'interprétation en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 83-97.

ESPOSITO F., « La démocratie directe et l'intégration européenne : une barrière juridique ou identitaire ? », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, pp. 10-16.

EVERLING U., « Les actions en manquement et l'identité des États membres de l'Union européenne », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui - Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 97-104.

FIERENS J., « La dignité humaine comme concept juridique », *in* FERRAND J. et PETIT H., *Fondations et Naissances des droits de l'Homme, Odyssées des droits de l'Homme*, Paris, l'Harmattan, vol. 1, 2003, pp. 171-184.

FINES F., « La construction européenne au défi de la crise des dettes souveraines », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 226-229.

FORIERS P., « Les antinomies du droit », *in La pensée politique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 439-441.

GAMET L., « Les libertés d'expression, de réunion et d'association », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 349-355.

GAUDIN H., « L'État vu de la Communauté et de l'Union européennes », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 231-256.

GAUDIN H., « Primauté la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 639-656.

GAUDIN H., « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 541-557.

GAUTIER M., « L'ordre public », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 317-330.

GOSALBO BONO R., « Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne », *in A Man for All Treaties - Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 195-318.

GREWE C. et RIDEAU J., « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : flash back sur le coming-out d'un concept ambigu », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 319-345.

GUILLERMIN G., « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 525-539.

GUILLOT P., « Le modèle européen de société », *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 387-439.

JACQUÉ J.-P., « Les évolutions de la majorité qualifiée au Conseil », *in* BLANQUET M., *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 61-89.

JACQUÉ J.-P., « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, pp. 345-362.

JEANNIN L., « Fonctions interprétatives et enjeux de l'usage de la notion de dignité appliqué à l'article 3 CEDH », *in* CHASSIN C.-A., *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 101-120.

LAITIER L., « Le "peuple" de l'Union européenne », in BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., CUJO E., Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier, Paris, Pedone, 2012, p. 198

LANFRANCHI M.-P.LECUCQ O. et NAZET-ALLOUCHE D., « Nationalité et citoyenneté - Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international », *in* LANFRANCHI M.-P., LECUCQ O. et NAZET-ALLOUCHE D., *Nationalité et citoyenneté - Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 373.

LE BARBIER-LE BRIS M., « L'obligation de renvoi préjudiciel revisitée par la Cour constitutionnelle espagnole », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 387-404.

LEDUC C.BONNEVILLE L.BOULAD-AYOUB J.GIGUÈRE C.RENAUT A.THERIAULT J.-Y. et COUTURE J., « Contractualisme, cosmopolitisme et mondialisation », *in* BOULAD-AYOUB J. et BONNEVILLE L., *Souverainetés en crise*, Paris, L'harmattan, 2003, pp. 225-255 et 275-287.

LENAERTS K., « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », *in* BAILLEUX A., CARTUYVELS Y., DUMONT H. et OST F., *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis 2009, pp. 623-646.

LENAERTS K., « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences de États membres », *in Mélanges en l'honneur de J.-P. JACQUÉ*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 421-442.

LEVADE A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 109-128.

LEVADE A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 173-197.

LEVRAT S., « Quel impact sur le rôle et la place des cantons, en Suisse et en Europe ? », *in* FRICKER Y., LEVRAT N. et SCHWOK R., *Le Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration européenne. Une évaluation interdisciplinaire*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2000, pp. 17-23.

LICHÈRE F.POTVIN-SOLIS L. et RAYNOUARD A., « Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? », *in* LICHÈRE F., POTVIN-SOLIS L. et RAYNOUARD A., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* , 2004, pp. 242 et s.

LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461.

MADURO P., « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *in* WALKER N., *SYMPOSIUM: constitutionalism in an era of globalization and privatization*, Oxford, Oxford university press, 2008, pp. 373-396.

MADURO P., « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », *in* FRACKOWIAK-ADAMSKA A. et GRZESZCZAK R., *L'espace judiciaire européen*, Wroclaw, Université de Wroclaw, 2010, pp. 220-238.

MAGNETTE P., « La constitutionnalisation des traités européens - Forces et limites de la "méthode conventionnelle" », *in* NIHOUL P. et SCHUTTER O., *Une Constitution pour l'Europe - Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 23-52.

MAGNON X., « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les Cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 119-147.

MAGNON X., « Le juge constitutionnel et le droit européen », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 63-87.

MAHON P. et MUELLER C., « Adhésion de la Suisse à l'Union européenne et démocratie directe », *in* COTTIER T. et KOPSE A., *L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne – Enjeux et conséquences*, Zurich, Schulthess, 1998, pp. 449-485.

MANIN P., « La place de la diversité dans les traités sur l'Union européenne », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, pp. 395-408.

MANIN P., « Le Conseil constitutionnel français et le droit de l'Union européenne : prudence et pragmatisme », *in Réalisations et défis de l'Union européenne - Droit-Politique-Économie. Mélanges en hommage au Professeur Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 345-357.

MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 106-118.

MAUS D., « L'Europe constitutionnelle », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 129-144.

MEDHI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 2, 2004, pp. 615-637.

MICHEL V., « La subsidiarité », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 611-621.

MOLINIER J., « La notion de "pouvoir public commun" et la nature des Communautés européennes », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, pp. 191-210.

MOUTON J.-D., « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 145-154.

MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone 2009, pp. 409-420.

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 J.C GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 472-477.

NABLI B., « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 155-171.

NEFRAMI E., « Le droit au juge », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 553-577.

NEFRAMI E., « L'État membre au service de l'Union européenne », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 51-77.

NGAMBI J., « Un pas supplémentaire dans l'assimilation du principe de primauté par le Conseil d'État, l'affaire Arcelor », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 697-710.

OBERDORFF H., « De la citoyenneté de l'Union européenne et de la démocratie européenne », *in* BOUTAYEB C, *La Constitution, l'Europe et le droit, mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, PUPS, 2013, pp. 817-831.

OBERDORFF H., « L'européanisation du droit des États membres de l'Union européenne, réflexions sur une énigme », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 711-722.

OBERDORFF H., « L'Union européenne : une nouvelle démocratie ? », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 467-481.

PELLET A., « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *in Collected Courses of the Academy of European Law*, Pays-Bas, Kluwer Law International, vol. V, Book 2, 1997, pp. 193-271.

PÉRALDI LENEUF F., « Le contrôle de compatibilité des actes de l'Union européenne au regard des droits fondamentaux : *ex ante* ou *ex post* ? », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 495-518.

PHILIP C., « Les symboles de l'Europe », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 173-177.

PIERRÉ-CAPS S., « Le statut constitutionnel de la langue nationale et/ou officielle : étude de droit comparé », *in* LE POURHIET A.-M., *Langue(s) et Constitution(s)*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2004, pp. 93-98.

PIERRÉ-CAPS S., « L'Union européenne peut-elle être comparée à un empire ? À propos d'une déclaration du président de la Commission », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, pp. 435-446.

PINGEL I., « L'appartenance à la Communauté : conditions et limites », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, pp. 69-81.

POTTEAU A., « Les dimensions constitutionnelles de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 179-196.

RAMBAUD T., « La liberté », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 517-539.

REGOURD S., « L'Union européenne et la culture : sur une ambivalence juridique », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 573-583.

RENAUDINEAU G., « L'intérêt général », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 303-315.

RIDEAU J., « Les implications constitutionnelles de l'appartenance à l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, vol. 1, 2004, pp. 83-103.

RIDEAU J., « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, pp. 259-297.

RITLENG D., « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 585-604.

ROLAND S., « La souveraineté », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 119-149.

ROLLAND P., « La régulation de la liberté religieuse : le cas du prosélytisme », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 577-589.

ROSAS A., « Finis europae socialis ? », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 591-607.

ROSSETTO J., « L'Union européenne face à l identité constitutionnelle de la France », *in Constitutions et pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien 2008, pp. 447-464.

ROSSI L.-S., « Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le Traité de Lisbonne », *in Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 609-623.

ROUSSEAU D., « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Mélanges Philippe Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 27-46.

ROUSSEAU D., « Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, pp. 159-168.

RUELLAN R., « Vers un dépassement des spécificités nationales », *in* BOURRINET J. et NAZET ALLOUCHE D., *Union européenne et protection sociale*, Paris, La Documentation française, 2002, pp. 34-57.

SABETE W., « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BLUMANN C., GAUDIN H. et PICOD F., *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2004, pp. 148-172.

SIMON D., « commentaires de l'auteur », *in* CONSTANTINESCO V., JACQUÉ J.-P., KOVAR R. et SIMON D., *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 1648.

SIMON D., « La constitution européenne comme mythe », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 203-214.

SIMON D., « L'autonomisation du contrôle d'euro-compatibilité : une rupture épistémologique dans les rapports de systèmes ? », *in La France, l'Europe et le Monde - Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, pp. 497-513.

SIMON D., « Les exigences de la primauté du droit de communautaire, continuité ou métamorphose », *in L'Europe et le droit - Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493.

SIMON D., « Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction », *in* BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., CUJO E., *Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 139-157.

ST-HILAIRE M., « Du pluralisme à la reconnaissance juridique », *in* Lazzeri C. et Nour S., *Reconnaissance, identité et intégration sociale*, Paris, PUF, 2009, pp. 325-338.

SUDRE F., « Intervention », *in* GAUDIN H., *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, pp. 205-210.

TROPPER M., « Identité constitutionnelle », *in* MATHIEU B., *50ème anniversaire de la Constitution française - 1958-2008*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 123-131.

VAHLAS A., « Appartenance à l'Union européenne », *in* CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y. et MICHEL V., *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, pp. 239-278.

VANDAMME J., « Fédéralisme et institutions européenne », *in* BOUTAYEB C., MASCLET J.-C., RODRIGUES S. et RUIZ FABRI H., *L'Union européenne : Union de droit, union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 331-338.

VIDAL-NAQUET A., « La transparence », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 639-654.

WALKER N., « Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law », *in Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, Cardiff, University of Wales Press, 2007, pp. 219-234.

WEILER J. H. H., « In defense of the status quo : Europe's constitutionnal *Sonderweg* », *in* WEILER J. H. H. et WIND M., *European constitutionnalism beyond the state*, Cambridge, University of Cambridge press, 2003, pp. 7-23.

WOEHRLING J.-M., « La laïcité », *in* AUBY J.-B., *L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 459-484.

WOJTOWICZ K., « Rôle des juridictions constitutionnelles dans la création de l'espace juridique européen intégré », *in* FRACKOWIAK-ADAMSKA A. et GRZESZCZAK R., *L'espace judiciaire européen*, Wroclaw, Université de Wroclaw, 2010, pp. 199-214.

ZAMPINI F., « Cour constitutionnelle italienne et revirements en droit européen : du dualisme à la dichotomie », *in* CARPANO E., *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 319-345.

ZILLER J., « La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux et les traditions constitutionnelles communes aux États », *in* BLANQUET M. et GROVE-VALDEYRON N., *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 665-679.

Thèses (5)

BRAMI C., La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français - Essai d'une analyse systémique, dir. CALVÈS G., soutenue à Cergy Pontoise, 2008, 444 p.

LAURANS Y., Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain, dir. PIERRÉ-CAPS S., soutenue à Nancy 2, 2009, 968 p.

MARTI G., Le pouvoir constituant européen, dir. RITLENG D., soutenue à Nancy 2, 2008, 800 p.

MILLET F.-X., L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres, dir. DE WITTE B. et MARCOU G., soutenue à European University Institute, 2012, 487 p.

SCHMIED F., Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres, dir. MOUTON J.-D., soutenue à Nancy 2, 2011, 679 p.

Conclusions d'avocat général CJCE (53)

BOT Y., CJCE, 8 juin 2010, Tsakouridis, Aff. C-145/09, Rec. 2010 p. I-11979.

BOT Y., CJCE, 2 octobre 2012, Melloni, Aff. C-399/11, Rec. 2013 p. XX.

COLOMER R.-J., CJCE, 15 mai 2008, Petersen, Aff. C-228/07, Rec. 2008 p. I-6989.

COLOMER R.-J., CJCE, 25 juin 2009, Umweltanwalt, Aff. C-205/08, Rec. 2009 p. I-11525.

COSMAS G., CJCE, 10 février 2000, Schröder ea., Aff. jointes C-50/96, C-234/96, C-235/96, C-234/96, C-235/96, C-270/97, C-271/97, C-270/97 et C-271/97, Rec. 2000 p. I-743.

DARMON M., CJCE, 16 février 1993, Corbiau, Aff. C-24/92, Rec. 1993 p. I-1277.

GEELHOED L.A., CJCE, 20 octobre 2005, Portugal c/ Commission Aff. C-88/03, Rec. 2006 p. I-7115.

JÄÄSKINEN N., CJCE, 15 juillet 2010, Römer, Aff. C-147/08, Rec. 2011 p. I-3591.

JÄÄSKINEN N., CJCE, 19 octobre 2010, Novo Nordisk, Aff. C-249/09, Rec. 2011 p. I-3155.

JÄÄSKINEN N., CJCE, 16 décembre 2010, Runevič-Vardyn et Wardyn, Aff. C-391/09, Rec. 2011 p. I-3787.

JÄÄSKINEN N., CJCE, 7 avril 2011, Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar et Royaume-Uni, Aff. jointes C-106/09 P et C-107/09 P, Rec. 2011 p. XX.

JÄÄSKINEN N., CJCE, 9 juin 2011, Patriciello, Aff. C-163/10, Rec. 2011 p. I-07565.

JÄÄSKINEN N., CJCE, 12 juillet 2012, Anton Las, Aff. C-202/11, Rec. 2013 p. XX.

JÄÄSKINEN N., CJCE, 13 septembre 2012, Suisse / Commission, Aff. C-547/10 P, Rec. 2013 p. XX.

JACOBS F., CJCE, 11 juillet 2002, Schmidberger, Aff. C-112/00, Rec. 2003 p. I-5659.

JACOBS F., CJCE, 14 juin 2001, Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, Aff. C-377/98, Rec. 2001 p. I-7079.

KOKOTT J., CJCE, 25 novembre 2003, Skalka, Aff. C-160/02, Rec. 2004 p. I-5613.

KOKOTT J., CJCE, 26 mai 2005, Commission c/ Parlement et Conseil, Aff. C-178/03, Rec. 2006 p. I-107.

KOKOTT J., CJCE, 8 mai 2008, UGT-Rioja, Aff. C-428/06 à C-434/06, Rec. 2008 p. I-6747.

KOKOTT J., CJCE, 4 septembre 2008, UTECA, Aff. C-222/07, Rec. 2009 p. I-1407.

KOKOTT J., CJCE, 23 avril 2009, Commission c/ Conseil, Aff. C-370/07, Rec. 2009 p. I-8917.

KOKOTT J., CJCE, 30 septembre 2010, ASBL e.a, Aff. C-236/09, Rec. 2011 p. I-773.

KOKOTT J., CJCE, 21 juin 2012, Italie c/ Commission, Aff. C-566/10, Rec. 2012 p. XX.

LÉGER P., CJCE, 19 septembre 1996, The Queen contre Secretary of State for Social Security, Aff. C-66/95, Rec. 1997 p. I-2163.

MADURO P., CJCE, 16 décembre 2004, Espagne c/ Eurojust, Aff. C-160/03, Rec. 2005 p. I-2077.

MADURO P., CJCE, 20 septembre 2005, Marrosu, Aff. C-53/04, Rec. 2006 p. I-7213.

MADURO P., CJCE, 29 novembre 2007, Suede et Turco c/ Conseil, Aff. C-39/05 P et C-52/05 P, Rec. 2008 p. I-4723.

MADURO P., CJCE, 23 janvier 2008, Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission, Aff. C-415/05 P, Rec. 2008 p. I-6351.

MADURO P., CJCE, 31 janvier 2008, Coleman, Aff. C-303/06, Rec. 2008 p. I-5603.

MADURO P., CJCE, 8 octobre 2008, Michaniki, Aff. C-213/07, Rec. 2008 p. I-9999.

MADURO P., CJCE, 26 mars 2009, Commission c/ Parlement et Conseil, Aff. C-411/06, Rec. 2009 p. I-7585.

MADURO P., CJCE, 30 septembre 2009, Rottman, Aff. C-135/08, Rec. 2010 p. I-1449.

MENGOZZI P., CJCE, 23 mai 2007, Laval un Partneri, Aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767.

MENGOZZI P., CJCE, 13 septembre 2007, Dynamic Medien, Aff. C-244/06, Rec. 2008 p. I-505.

SAGGIO A., CJCE, 23 septembre 1999, Krombach, Aff. C-7/98, Rec. 2000 p. I-1935.

SHARPSTON E., CJCE, 28 juin 2007, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, Aff. C-212/06, Rec. 2008 p. I-1683.

SHARPSTON E., CJCE, 14 octobre 2010, Sayn-Wittgenstein, Aff. C-208/09, Rec. 2010 p. I-13693.

SHARPSTON E., CJCE, 21 février 2013, Prinz ea, Aff. 523/11et 585/11, Rec. 2013 p. XX.

STIX-HACKL C., CJCE, 18 mars 2004, Omega, Aff. C-36/02, Rec. 2004 p. I-9609.

TESAURO M.-G., CJCE, 28 novembre 1995, Brasserie du pêcheur, Aff. Aff. jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996 p. I-1029.

TESAURO M.-G., CJCE, 28 novembre 1995, Pays-Bas contre Conseil, Aff. C-58/94, Rec. 1996 p. I-2169.

TESAURO M.-G., CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c/ Conseil, Aff. C-58/94, Rec. 1996 p. I-2169.

TIZZANO A., CJCE, 6 avril 2006, Espagne C/ Royaume-Uni, Aff. C-145/04, Rec. 2006 p. I-7917.

Jurisprudence de l'Union (382)

Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, Ryanair, Aff. C-382/03 (clôturée).

CJCE, 23 février 1961, Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Aff. C-30/59, Rec. 1961 p. 3.

CJCE, 5 février 1963, van Gend & Loos, Aff. C-26/62, Rec. 1963 p. 3.

CJCE, 27 mars 1963, Da Costa, Aff. C-28/62, C-29/62 et C-30/62, Rec. 1963 p. 61.

CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ E.N.E.L, Aff. C-6/64, Rec. 1964 p. 1141.

CJCE, 13 novembre 1964, Commission c/ Luxembourg et Belgique, Aff. C-90/63 et C-91/63, Rec. 1964 p. 1217.

CJCE, 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels, Aff. C-61/65, Rec. 1966 p. 377.

CJCE, 13 décembre 1967, Neumann, Aff. C-17/67, Rec. 1967 p. 571.

CJCE, 4 avril 1968, Firma Gebrüder Lück, Aff. 34-67, Rec. 1968 p. 359.

CJCE, 4 avril 1968, Lück, Aff. C-34/67, Rec. 1968 p. 359.

CJCE, 10 décembre 1968, Commission c/ Italie, Aff. C-7/68, Rec. 1968 p. 617.
CJCE, 19 décembre 1968, Salgoil, Aff. C-13/68, Rec. 1968 p. 661.
CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, Aff. C-14/68, Rec. 1969 p. 1.
CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, Aff. C-29/69, Rec. 1969 p. 419.
CJCE, 10 décembre 1969, Commission c/ France, Aff. C-11/69, Rec. 1969 p. 523.
CJCE, 5 mai 1970, Commission c/ Belgique, Aff. C-77/69, Rec. 1970 p. 237.
CJCE, 17 décembre 1970, Handelsgesellschaft, Aff. C-11/70. , Rec. 1970 p. 1125.
CJCE, 14 décembre 1971, Politi, Aff. C-43/71, Rec. 1971 p. 1039.
CJCE, 15 décembre 1971, International Fruit Company, Aff. C-51-54/71, Rec. 1971 p. 1107.
CJCE, 7 mars 1972, Marimex, Aff. C-84/71, Rec. 1972 p. 89.
CJCE, 21 mars 1972, S.A.I.L, Aff. C-82/71, Rec. 1972 p. 119.
CJCE, 13 juillet 1972, Commission c/ Italie, Aff. C-48/71, Rec. 1972 p. 529.
CJCE, 12 décembre 1972, International Fruit Company, Aff. jointes C-21/72 à C-24/72, Rec. 1972 p. 1219.
CJCE, 8 février 1973, Commission c/ Italie, Aff. C-30/72, Rec. 1973 p. 161.
CJCE, 10 octobre 1973, Variola, Aff. C-34/73, Rec. 1973 p. 981.
CJCE, 24 octobre 1973, Schlüter, Aff. C-9/73, Rec. 1973 p. 1135.
CJCE, 4 avril 1974, Commission c/ France, Aff. C-167/73, Rec. 1974 p. 359.
CJCE, 30 avril 1974, Haegeman, Aff. C-181/73, Rec. 1974 p. 449.
CJCE, 30 avril 1974, Sacchi, Aff. C-155/73, Rec. 1974 p. 409.
CJCE, 14 mai 1974, Nold, Aff. C-4/73, Rec. 1977 p. 1.
CJCE, 3 décembre 1974, van Binsbergen, Aff. C-33/74, Rec. 1974 p. 1299.
CJCE, 4 décembre 1974, van Duyn, Aff. C-41/74, Rec. 1974 p. 1337.
CJCE, 19 novembre 1975, Spoorwegen, Aff. C-38/75, Rec. 1975 p. 1439.
CJCE, 26 février 1976, Commission c/ Italie, Aff. C-52/75, Rec. 1976 p. 277.
CJCE, 27 octobre 1976, Vivien Prais c/Conseil, Aff. C-130/75, Rec. 1976 p. 1589.
CJCE, 16 décembre 1976, Comet, Aff. C-45/76, Rec. 1976 p. 2043.
CJCE, 16 décembre 1976, Rewe-Zentral, Aff. C-33/76, Rec. 1976 p. 1989.
CJCE, 6 décembre 1977, Maris, Aff. C-55/77, Rec. 1977 p. 2327.
CJCE, 31 janvier 1978, Zerbone, Aff. C-94/77, Rec. 1978 p. 99.
CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, Aff. C-106/77, Rec. 1978 p. 629.
CJCE, 11 avril 1978, Commission c/ Italie, Aff. C-100/77, Rec. 1978 p. 879.
CJCE, 24 octobre 1978, Société générale alsacienne, Aff. C-15/78, Rec. 1978 p. 1971.
CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, Aff. C-85/76, Rec. 1979 p. 461.
CJCE, 8 mars 1979, Salumificio, Aff. C-130/78, Rec. 1979 p. 867.
CJCE, 5 avril 1979, Ratti, Aff. C-148/78, Rec. 1979 p. 1629.
CJCE, 25 octobre 1979, Commission c/ Italie, Aff. C-159/78, Rec. 1979 p. 3247.
CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, Aff. C-44/79, Rec. 1979 p. 3727.
CJCE, 18 mars 1980, Coditel, Aff. C-62/79, Rec. 1980 p. 881.
CJCE, 18 mars 1980, Debauve, Aff. C-52/79, Rec. 1980 p. 833.
CJCE, 24 avril 1980, Coonan, Aff. C-110/79, Rec. 1980 p. 1445.

CJCE, 6 mai 1980, Commission c/ Belgique, Aff. C-102/79, Rec. 1980 p. 1473.
CJCE, 29 octobre 1980, Maïzena GmbH c/ Conseil, Aff. C-139/79, Rec. 1980 p. 3393.
CJCE, 29 octobre 1980, SA Roquette Frères c/ Conseil, Aff. C-138/79, Rec. 1980 p. 3333.
CJCE, 20 janvier 1981, Musik-Vertrieb, Aff. C-55/80 et C-57/80, Rec. 1981 p. 147.
CJCE, 14 juillet 1981, Oebel, Aff. C-155/80, Rec. 1981 p. 1993.
CJCE, 6 octobre 1981, Broekmeulen, Aff. C-246/80, Rec. 1981 p. 2311.
CJCE, 11 novembre 1981, Casati, Aff. C-203/80, Rec. 1981 p. 2595.
CJCE, 17 décembre 1981, Webb, Aff. C-279/80, Rec. 1981 p. 3305.
CJCE, 19 janvier 1982, Becker, Aff. C-8/81, Rec. 1981 p. 53.
CJCE, 23 mars 1982, Nordsee, Aff. C-102/81, Rec. 1982 p. 1095.
CJCE, 25 mai 1982, Commission c/ Pays-Bas, Aff. jointes C-96/81 et C-97/81, Rec. 1982 p. 1791.
CJCE, 26 mai 1982, Commission c/ Belgique, Aff. C-149/79, Rec. 1982 p. 1845.
CJCE, 15 juillet 1982, Felicitas Rickmers-Linie KG & Co, Aff. C-270/81, Rec. 1982 p. 2771.
CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, Aff. C-283/81, Rec. 1982 p. 3415.
CJCE, 26 octobre 1982, Hauptzollamt Mainz, Aff. C-104/81, Rec. 1982 p. 3641.
CJCE, 16 mars 1983, SPI et SAMI, Aff. jointes C-267/81, 268/81 et 269/81, Rec. 1983 p. 801.
CJCE, 9 novembre 1983, Michelin, Aff. C-322/81, Rec. 1983 p. 3461.
CJCE, 7 février 1984, Duphar, Aff. C-238/82, Rec. 1984 p. 523.
CJCE, 10 avril 1984, Colson, Aff. C-14/83, Rec. 1984 p. 1891.
CJCE, 10 avril 1984, Hartz, Aff. C-79/83, Rec. 1984 p. 1921.
CJCE, 10 janvier 1985, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc, Aff. C-229/83, Rec. 1985 p. 1.
CJCE, 27 mars 1985, Scrivner, Aff. C-122/84, Rec. 1985 p. 1027.
CJCE, 11 juillet 1985, Cinéthèque, Aff. C-60/84 et C-61/84, Rec. 1985 p. 2605.
CJCE, 23 avril 1986, “Les Verts” c/ Parlement, Aff. C-294/83, Rec. 1986 p. 1339.
CJCE, 15 mai 1986, Johnston, Aff. C-222/84, Rec. 1986 p. 1651.
CJCE, 3 juin 1986, Commission c/ France, Aff. C-307/84, Rec. 1986 p. 1725.
CJCE, 3 juillet 1986, Lawrie-Blum, Aff. C-66/85, Rec. 1986 p. 2121.
CJCE, 8 octobre 1986, Keller, Aff. C-234/85, Rec. 1986 p. 2897.
CJCE, 15 octobre 1986, Commission c/ Italie, Aff. C-168/85, Rec. 1986 p. 2945.
CJCE, 21 mai 1987, Albako, Aff. C-249/85, Rec. 1987 p. 2345.
CJCE, 16 juin 1987, Commission c/ Italie, Aff. C-225/85, Rec. 1987 p. 2625.
CJCE, 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen BV, Aff. C-80/86, Rec. 1987 p. 3969.
CJCE, 22 octobre 1987, Foto-Frost, Aff. C-314/85, Rec. 1987 p. 4199.
CJCE, 4 février 1988, Ludwig et Hoffmann, Aff. C-145/86, Rec. 1988 p. 645.
CJCE, 4 février 1988, Murphy, Aff. C-157/86, Rec. 1988 p. 673.
CJCE, 24 mars 1988, Commission c/ Italie, Aff. C-104/86, Rec. 1988 p. 1813.
CJCE, 26 avril 1988, Commission c/ Allemagne, Aff. 74/86, Rec. 1988 p. 2139.
CJCE, 26 avril 1988, van Adverteerders, Aff. C-352/85, Rec. 1988 p. 2085.
CJCE, 7 juin 1988, Grèce c/ Commission, Aff. C-57/86, Rec. 1988 p. 2855.
CJCE, 21 juin 1988, Commission c/ Grèce, Aff. C-127/87, Rec. 1988 p. 3333.

CJCE, 14 juillet 1988, Commission c/ Grèce, Aff. C-38/87, Rec. 1988 p. 4415.

CJCE, 27 septembre 1988, Humbel, Aff. C-263/86, Rec. 1988 p. 5365.

CJCE, 17 octobre 1989 Dow Chemical Ibérica, Aff. jointes 97/87, 98/87 et 99/87, Rec. 1989 p. 3165.

CJCE, 23 novembre 1989, Torfaen, Aff. C-145/88, Rec. 1989 p. 03851.

CJCE, 28 novembre 1989, Groener, Aff. C-379/87, Rec. 1989 p. 3967.

CJCE, 21 mars 1990, Belgique c/ Commission, Aff. C-142/87, Rec. 1990 p. I-959.

CJCE, 12 juin 1990, Allemagne c/ Commission, Aff. C-8/88, Rec. 1990 p. I-2321.

CJCE, 19 juin 1990, Factortame, Aff. C-213/89, Rec. 1990 p. I-2433.

CJCE, 13 novembre 1990, Marleasing, Aff. C-106/89, Rec. 1990 p. I-4135.

CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Espagne, Aff. C-119/89, Rec. 1991 p. I-641.

CJCE, 26 février 1991, Commission c/ France, Aff. C-154/89, Rec. 1991 p. I-659.

CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Grèce, Aff. C-198/89, Rec. 1991 p. I-727.

CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Grèce, Aff. C-159/89, Rec. 1991 p. I-691.

CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-180/89, Rec. 1991 p. I-709.

CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-120/88, Rec. 1991 p. I-621.

CJCE, 28 février 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-360/87, Rec. 1991 p. I-791.

CJCE, 28 février 1991, Conforama, Aff. C-312/89, Rec. 1991 p. 997.

CJCE, 28 février 1991, Marchandise, Aff. C-332/89, Rec. 1991 p. I-1027.

CJCE, 11 juin 1991, Commission c/ Conseil, Aff. C-300/89, Rec. 1991 p. I-2867.

CJCE, 18 juin 1991, Elliniki Radiophonia, Aff. C-260/89, Rec. 1991 p. I-2925.

CJCE, 18 juin 1991, Piageme e.a., Aff. C-369/89, Rec. 1991 p. I-2971.

CJCE, 4 juillet 1991, Association de soutien aux travailleurs immigrés, Aff. C-213/90, Rec. 1991 p. I-3507.

CJCE, 11 juillet 1991, Verholen, Aff. jointes C-87/90, C-88/90 et C-89/90. , Rec. 1991 p. I-3757.

CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays-Bas, Aff. C-353/89, Rec. 1991 p. I-4069.

CJCE, 25 juillet 1991, Emmott, Aff. C-208/90, Rec. 1991 p. I-4269.

CJCE, 25 juillet 1991, Gouda, Aff. C-288/89, Rec. 1991 p. I-4007.

CJCE, 4 octobre 1991, Commission c/ Royaume-Uni, Aff. C-246/89, Rec. 1991 p. I-4585.

CJCE, 4 octobre 1991, Grogan, Aff. C-159/90, Rec. 1991 p. I-4685.

CJCE, 4 octobre 1991, Paraschi, Aff. C-349/87, Rec. 1991 p. I-4501.

CJCE, 19 novembre 1991, Francovich e.a., Aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Rec. 1991 p. I-5357.

CJCE, 27 novembre 1991, Annegret Bleis, Aff. C-4/91, Rec. 1991 p. I-5627.

CJCE, 13 décembre 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-33/90, Rec. I-5987 p. 1991.

CJCE, 14 décembre 1991, Projet d'accord entre la Communauté et les pays de l'Association européenne de libre échange, portant sur la création de l'Espace économique européen., Aff. Avis 1/91, Rec. 1991 p. I-6079.

CJCE, 4 juin 1992, Debus, Aff. jointes C-13/91 et C-113/91, Rec. 1992 p. I-3617.

CJCE, 9 juin 1992, Simba e.a. , Aff. jointes C-228/90 à C-234/90, C-339/90 et C-353/90, Rec. 1992 p. I-3713.

CJCE, 7 juillet 1992, Micheletti, Aff. C-369/90, Rec. 1992 p. I-4239.

CJCE, 10 novembre 1992, Exportur, Aff. C-3/91, Rec. 1992 p. I-5529.

CJCE, 3 décembre 1992, Thomas Anthony O'Brien, Aff. C-86/90, Rec. 1992 p. I-6251.

CJCE, 16 décembre 1992, Stoke-on-Trent et Norwich City, Aff. C-169/91, Rec. 1992 p. I-6635.

CJCE, 3 février 1993, VVOO, Aff. C-148/91, Rec. 1993 p. I-487.

CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre, Aff. C-159/91 et C-160/91, Rec. 1993 p. I-637.

CJCE, 23 mars 1993, Weber contre Parlement européen, Aff. C-314/91, Rec. 1993 p. I-1093.

CJCE, 30 mars 1993, Corbiau, Aff. C-24/92, Rec. 1993 p. I-1277.

CJCE, 4 mai 1993, Federación de Distribuidores Cinematográficos, Aff. C-17/92, Rec. 1993 p. I-2239.

CJCE, 16 décembre 1993, Wagner Miret, Aff. C-334/92, Rec. 1993 p. I-6911.

CJCE, 24 mars 1994, Schindler, Aff. C-275/92, Rec. 1994 p. I-1039.

CJCE, 17 mai 1994, Corsica Ferries, Aff. C-18/93, Rec. 1994 p. I-1783.

CJCE, 2 juin 1994, Kleinmotoren, Aff. C-414/92, Rec. 1994 p. I-2237.

CJCE, 14 juillet 1994, Faccini Dori, Aff. C-91/92, Rec. 1994 p. I-3325.

CJCE, 5 octobre 1994, TV10 SA, Aff. C-23/93, Rec. 1994 p. I-4795.

CJCE, 5 octobre 1994, van Munster, Aff. C-165/91, Rec. 1994 p. I-4661.

CJCE, 14 février 1995 Schumacker, Aff. C-279/93, Rec. 1995 p. I-225.

CJCE, 15 juin 1995, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-220/94, Rec. 1995 p. I-1589.

CJCE, 11 août 1995, Wielockx, Aff. C-80/94, Rec. 1995 p. I-2493.

CJCE, 14 décembre 1995, Peterbroeck, Aff. C-312/93, Rec. 1995 p. I-4599.

CJCE, 15 février 1996, Duff e.a., Aff. C-63/93, Rec. 1996 p. I-598.

CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur, Aff. jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996 p. I-1029.

CJCE, 7 mars 1996, Commission c/ France, Aff. C-334/94, Rec. 1996 p. I-1307.

CJCE, 30 avril 1996, P contre S, Aff. C-13/94, Rec. 1996 p. I-2143.

CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c/ Conseil, Aff. C-58/94, Rec. 1996 p. I-2169.

CJCE, 27 juin 1996, Asscher, Aff. C-107/94, Rec. 1996 p. I-3089.

CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Grèce, Aff. C-290/94, Rec. 1996 p. I-3285.

CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-473/93, Rec. 1996 p. I-3207.

CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Belgique, Aff. C-173/94, Rec. 1996 p. I-3265.

CJCE, 30 juillet 1996, Bosphorus, Aff. C-84/95, Rec. 1996 p. I-3978.

CJCE, 10 septembre 1996, Commission c/ Allemagne, Aff. C-61/94, Rec. 1996 p. I-3989.

CJCE, 30 janvier 1997, Stöber et Piosa Pereira, Aff. C-4/95 et C-5/95, Rec. 1997 p. I-511.

CJCE, 13 mars 1997, Moralleto, Aff. C-358/95, Rec. 1997 p. I-1431.

CJCE, 13 mars 1997, Morellato, Aff. C-358/95, Rec. 1997 p. 1431.

CJCE, 15 mai 1997, Futura Participations et Singer, Aff. C-250/95, Rec. 1997 p. I-2471.

CJCE, 5 juin 1997, Uecker et Jacquet, Aff. C-64/96 et C-65/96, Rec. 1997 p. I-3171.

CJCE, 17 juin 1997, Sodemare, Aff. C-70/95, Rec. 1997 p. I-3395.

CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, Aff. C-368/95, Rec. 1997 p. I-3689.

CJCE, 17 septembre 1997, Dorsch Consult, Aff. C-54/96, Rec. 1997 p. I-4961.

CJCE, 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie, Aff. C-129/96, Rec. 1997 p. I-7411.

CJCE, 15 janvier 1998, Schöning-Kougebetopoulou, Aff. C-15/96, Rec. 1998 p. I-47.

CJCE, 28 avril 1998, Decker, Aff. C-120/95, Rec. 1998 p. I-1831.

CJCE, 28 avril 1998, Kohll, Aff. C-158/96, Rec. 1998 p. I-1931.

CJCE, 16 juillet 1998, Fédération Belge des chambres syndicales de médecins, Aff. C-93/97, Rec. 1998 p. I-4837.

CJCE, 22 septembre 1998, Coote, Aff. C-185/97, Rec. 1998 p. I-5199.

CJCE, 22 octobre 1998, IN.CO.GE.'90, Aff. jointes C-10/97 à C-22/97, Rec. 1998 p. I-6307.

CJCE, 19 janvier 1999, Calfa, Aff. C-348/96, Rec. 1999 p. I-11.

CJCE, 23 février 1999, BMW, Aff. C-63/97, Rec. 1999 p. I-905.

CJCE, 25 février 1999, Carbonari e.a., Aff. C-131/97, Rec. 1999 p. I-01103.

CJCE, 29 avril 1999, Ciola, Aff. C-224/97, Rec. 1999 p. 2517.

CJCE, 29 avril 1999, Royal Bank of Scotland, Aff. C-311/97, Rec. 1999 p. I-2651.

CJCE, 1er juin 1999, Konle, Aff. C-302/97, Rec. 1999 p. 3099.

CJCE, 14 septembre 1999, Gschwind, Aff. C-391/97, Rec. 1999 p. I-5451.

CJCE, 21 septembre 1999, Läärä, Aff. C-124/97, Rec. 1999 p. I-6067.

CJCE, 21 octobre 1999, Zenatti, Aff. C-67/98, Rec. 1999 p. I-7289.

CJCE, 11 nov. 1999, Mesbah, Aff. C-179/98, Rec. 1999 p. I-7955.

CJCE, 11 janvier 2000, Tanja Kreil, Aff. C-285/98, Rec. 2000 p. I-69.

CJCE, 28 mars 2000, Krombach, Aff. C-7/98, Rec. 2000 p. I-1935.

CJCE, 13 avril 2000, Baars, Aff. C-251/98, Rec. 2000 p. I-2787.

CJCE, 27 juin 2000, Océano Grupo e.a., Aff. jointes C-240/98 à C-244/98, Rec. 2000 p. I-4941.

CJCE, 4 juillet 2000, Haim, Aff. C-424/97, Rec. 2000 p. I-5123.

CJCE, 13 juillet 2000, Centrosteel, Aff. C-456/98, Rec. 2000 p. I-6007.

CJCE, 13 juillet 2000, Commission c/ France, Aff. C-160/99, Rec. 2000 p. I-6137.

CJCE, 12 septembre 2000, Casino France, Aff. C-366/98, Rec. 2000 p. 1-6579.

CJCE, 12 septembre 2000, Geffroy, Aff. C-366/98, Rec. 2000 p. I-6579.

CJCE, 26 septembre 2000, Engelbrecht, Aff. C-262/97, Rec. 2000 p. I-7321.

CJCE, 23 novembre 2000, Elsen, Aff. C-135/99, Rec. 2000 p. I-10409.

CJCE, 30 novembre 2000, HMIL, Aff. C-436/98, Rec. 2000 p. I-10595.

CJCE, 14 décembre 2000, Masterfoods, Aff. C-344/98, Rec. 2000 p. I-11412.

CJCE, 18 janvier 2001, Commission c/ Italie, Aff. C-162/99, Rec. 2001 p. I-541.

CJCE, 20 février 2001, Kaur, Aff. C-192/99, Rec. 2001 p. I-1237.

CJCE, 8 mars 2001, Metallgesellschaft e.a., Aff. C-397/98 et C-410/98, Rec. 2001 p. I-1727.

CJCE, 28 juin 2001, Larsy, Aff. C-118/00, Rec. 2001 p. 5063.

CJCE, 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms, Aff. C-157/99, Rec. 2001 p. I-5473.

CJCE, 20 septembre 2001, Courage, Aff. C-453/99, Rec. 2001 p. I-6297.

CJCE, 20 septembre 2001, Grzelczyk, Aff. C-184/99, Rec. 2001 p. I-6193.

CJCE, 9 octobre 2001, Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, Aff. C-377/98, Rec. 2001 p. I-7079.

CJCE, 18 octobre 2001, SIAC Construction, Aff. C-19/00, Rec. 2001 p. I-7743.

CJCE, 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline, Aff. C-143/99, Rec. 2001 p. I-8365.

CJCE, 12 décembre 2002, De Groot, Aff. C-385/00, Rec. 2002 p. I-11819.

CJCE, 6 mars 2003, Interporc c/ Commission, Aff. C-41/00 P, Rec. 2003 p. I-2125.

CJCE, 20 mars 2003, Kutz-Bauer, Aff. C-187/00, Rec. 2003 p. I-2741.

CJCE, 8 mai 2003, Wählergruppe Geminsam, Aff. C-171/01, Rec. 2003 p. I-4301.

CJCE, 13 mai 2003, Müller-Fauré et Van Riet, Aff. C-385/99, Rec. 2003 p. I-4509.

CJCE, 15 mai 2003, Mau, Aff. C-160/01, Rec. 2003 p. I-4791.

CJCE, 20 mai 2003, Österreichischer Rundfunk, Aff. jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, Rec. 2003 p. I-4989.

CJCE, 22 mai 2003, Commission c/ Allemagne, Aff. C-103/01, Rec. 2003 p. I-5369.

CJCE, 22 mai 2003, Connect Aff. C-462/99, Rec. 2003 p. I-5197.

CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, Aff. C-112/00, Rec. 2003 p. I-5659.

CJCE, 10 juillet 2003, Commission c/ Banque européenne d'investissement, Aff. C-15/00, Rec. 2003 p. I-7281.

CJCE, 11 septembre 2003, Anomar, Aff. C-6/01, Rec. 2003 p. I-8621.

CJCE, 11 septembre 2003, Safalero, Aff. C-13/01, Rec. 2003 p. I-8679.

CJCE, 30 septembre 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, Aff. C-405/01, Rec. 2003 p. I-10391.

CJCE, 30 septembre 2003, Anker, Ras et Snoek Aff. C-47/02, Rec. 2003 p. I-10447.

CJCE, 30 septembre 2003, Klober, Aff. C-224/01, Rec. 2003 p. I-10239.

CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, Aff. C-148/02, Rec. 2003 p. I-11613.

CJCE, 23 octobre 2003, Adidas, Aff. C-408/01, Rec. 2003 p. I-12537.

CJCE, 23 octobre 2003, Inizan, Aff. C-56/01, Rec. 2003 p. I-12403.

CJCE, 6 novembre 2003, Gambelli, Aff. C-243/01, Rec. 2003 p. I-13031.

CJCE, 13 novembre 2003, Schilling et Fleck-Schilling, Aff. C-209/01 Rec. 2003 p. I-13389.

CJCE, 13 novembre 2003, Valentina Neri, Aff. C-153/02, Rec. 2003 p. I-13555.

CJCE, 9 décembre 2003, Commission c/ Italie, Aff. C-129/00, Rec. 2003 p. I-14637.

CJCE, 4 mars 2004, Allemagne c/ Commission, Aff. C-344/01, Rec. 2004 p. I-2081.

CJCE, 4 mars 2004, Commission c/ France, Aff. C-334/02, Rec. 2004 p. I-2229.

CJCE, 18 mars 2004, Leichtle, Aff. C-8/02, Rec. 2004 p. I-2641.

CJCE, 10 juin 2004, Commission c/ Italie, Aff. C-87/02, Rec. 2004 p. I-5975.

CJCE, 17 juin 2004, Cash & Carry, Aff. C-30/02, Rec. 2004 p. I-6051.

CJCE, 1er octobre 2004, Clerens, Aff. C-480/03 (non publiée).

CJCE, 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a., Aff. jointes C-397/01 à C-403/01, Rec. 2004 p. I-8835.

CJCE, 14 octobre 2004, Omega, Aff. C-36/02, Rec. 2004 p. I-9609.

CJCE, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, Aff. C-200/02, Rec. 2004 p. I-9925.

CJCE, 15 mars 2005, Espagne C/ Eurojust, Aff. C-160/03, Rec. 2005 p. I-2077.

CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi e.a., Aff. jointes C 387/02, C 391/02 et C 403/02, Rec. 2005 p. I-3565.

CJCE, 7 juillet 2005, van Pommeren-Bourgondiën, Aff. C-227/03, Rec. 2005 p. I-6101.

CJCE, 12 juillet 2005, Schempp, Aff. C-403/03, Rec. 2005 p. I-6421.

CJCE, 13 septembre 2005, Commission c/ Conseil, Aff. C-176/03, Rec. 2005 p. I-7879.

CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, Aff. C-144/04, Rec. 2005 p. I-9981.

CJCE, 13 décembre 2005, Marks & Spencer, Aff. C-446/03, Rec. 2005 p. I-10837.

CJCE, 10 janvier 2006, International Air Transport Association Aff. C-344/04, Rec. 2006 p. I-403.

CJCE, 12 janvier 2006, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht, Aff. C-311/04, Rec. 2006 p. I-609.

CJCE, 16 mars 2006, Kapferer, Aff. C-234/04, Rec. 2006 p. I-2585.

CJCE, 27 avril 2006, Standesamt, Aff. C-96/04, Rec. 2006 p. I-3561.

CJCE, 2 mai 2006, Eurofood, Aff. C-341/04, Rec. 2006 p. I-3813.

CJCE, 16 mai 2006, Watts, Aff. C-372/04, Rec. 2006 p. I-4325.

CJCE, 13 juin 2006 Traghetti del Mediterraneo, Aff. C-173/03, Rec. 2006 p. I-5177.

CJCE, 4 juillet 2006, Adeneler e.a., Aff. C-212/04, Rec. 2006 p. I-6057.

CJCE, 13 juillet 2006, Cauley Chemists, Aff. C-221/05, Rec. I-6869 p. 2006.

CJCE, 6 septembre 2006, Portugal c/ Commission Aff. C-88/03, Rec. 2006 p. I-7115.

CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Sevinger, Aff. C-300/04, Rec. 2006 p. I-8055.

CJCE, 12 septembre 2006, Espagne C/ Royaume-Uni, Aff. C-145/04, Rec. 2006 p. I-7917.

CJCE, 26 octobre 2006, Commission c/ Autriche, Aff. C-102/06, Rec. 2006 p. I-111.

CJCE, 26 octobre 2006, Commission c/ Portugal, Aff. C-345/05, Rec. 2006 p. I-10633.

CJCE, 11 janvier 2007, ITC, Aff. C-208/05, Rec. 2007 p. I-181.

CJCE, 18 janvier 2007, Commission c/ Suède, Aff. C-104/06, Rec. 2007 p. I-671.

CJCE, 18 janvier 2007, PKK KNK, Aff. C-229/05, Rec. 2007 p. I-439.

CJCE, 6 mars 2007, Placanica, Aff. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. 2007 p. I-1891.

CJCE, 13 mars 2007, Unibet, Aff. C-432/05, Rec. 2007 p. I-2271.

CJCE, 17 avril 2007 AGM-COS.MET, Aff. C-470/03, Rec. 2007 p. I-2749.

CJCE, 19 avril 2007, Stamatelaki, Aff. C-444/05, Rec. 2007 p. I-3185.

CJCE, 26 avril 2007, Georgios Alevizos, Aff. C-392/05, Rec. 2007 p. I-3505.

CJCE, 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, Aff. C-303/05, Rec. 2007 p. I-3633.

CJCE, 7 juin 2007, van der Weerd, Aff. jointes C-222/05 à C-225/05, Rec. 2007 p. I-04233.

CJCE, 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone, Aff. C-305/05, Rec. 2007 p. I-5305.

CJCE, 18 juillet 2007, Lucchini, Aff. C-119/05, Rec. 2007 p. I-6199.

CJCE, 6 décembre 2007, Columbus Container Services, Aff. C-298/05, Rec. 2007 p. I-10451.

CJCE, 11 décembre 2007, Viking Line, Aff. C-438/05, Rec. 2007 p. I-10779.

CJCE, 13 décembre 2007, UPECB, Aff. C-250/06, Rec. 2007 p. I-11135.

CJCE, 18 décembre 2007, Laval un partneri, Aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767.

CJCE, 18 décembre 2007, Suède c/ Commission, Aff. C-64/05 P, Rec. 2007 p. I-11389.

CJCE, 17 janvier 2008, Commission c/ Allemagne, Aff. C-152/05, Rec. 2008 p. I-39.

CJCE, 12 février 2008, Kempter, Aff. C-2/06, Rec. 2008 p. I-411.

CJCE, 14 février 2008, Dynamic Medien, Aff. C-244/06, Rec. 2008 p. I-505.

CJCE, 21 février 2008, Klöppel, Aff. C-507/06, Rec. 2008 p. I-943.

CJCE, 6 mars 2008 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Aff. C-82/07, Rec. 2008 p. I-1265.

CJCE, 1er avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand, Aff. C-212/06, Rec. 2008 p. I-1683.

CJCE, 6 mai 2008, Parlement c/ Conseil Aff. C-133/06, Rec. 2008 p. I-3189.

CJCE, 3 juin 2008, Intertanko e.a., Aff. C-308/06, Rec. 2008 p. I-4057.

CJCE, 12 juin 2008, Vassilakis e.a., Aff. C-364/07, Rec. 2008 p. I-90.

CJCE, 1er juillet 2008, Suède et Turco c/ Conseil, Aff. jointes C-39/05 P et C-52/05 P Rec. 2008 p. I-4723.

CJCE, 11 juillet 2008, Babanov, Aff. C-207/08, Rec. 2008 p. I-108.

CJCE, 17 juillet 2008, Coleman, Aff. C-303/06, Rec. 2008 p. I-5603.

CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, Aff. C-402/05, Rec. 2008 p. I-6351.

CJCE, 11 septembre 2008, Petersen, Aff. C-228/07, Rec. 2008 p. I-6989.

CJCE, 11 septembre 2008, UGT-Rioja, Aff. C-428/06 à C-434/06, Rec. 2008 p. I-6747.

CJCE, 2 octobre 2008, Hassett, Aff. C-372/07, Rec. 2008 p. I-7403.

CJCE, 9 octobre 2008, Sabatauskas, Aff. C-239/07, Rec. 2008 p. I-7523.

CJCE, 14 octobre 2008, Grunkin et Paul Aff. C-353/06, Rec. 2008 p. I-7639.

CJCE, 20 novembre 2008, LtdetBarry Brothers, Aff. C-209/07, Rec. 2008 p. I-8637.

CJCE, 16 décembre 2008, Cartesio, Aff. C-210/06, Rec. 2008 p. I-9641.

CJCE, 16 décembre 2008, Michaniki, Aff. C-213/07, Rec. 2008 p. I-9999.

CJCE, 5 mars 2009, UTECA, Aff. C-222/07, Rec. 2009 p. I-1407.

CJCE, 2 avril 2009, Gambazzi, Aff. C-394/07, Rec. 2009 p. I-2563.

CJCE, 23 avril 2009, Angelidaki e.a., Aff. C-380/07, Rec. 2009 p. I-3071.

CJCE, 23 avril 2009, Commission c/ Grèce, Aff. C-290/94, Rec. 1996 p. I-3285.

CJCE, 30 avril 2009, Fachverband der Buch, Aff. C 531/07, Rec. 2009 p. I-3717.

CJCE, 16 juillet 2009, Horvath, Aff. C-428/07, Rec. 2009 p. I-6355.

CJCE, 16 juillet 2009, von Chamier-Glisczinski, Aff. C-208/07, Rec. 2009 p. I-6095.

CJCE, 3 septembre 2009, Fallimento, Aff. C-2/08, Rec. 2009 p. I-7501.

CJCE, 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Aff. C-42/07, Rec. 2009 p. I-7633.

CJCE, 6 octobre 2009, Asturcom, Aff. C-40/08, Rec. 2009 p. I-9579.

CJCE, 27 octobre 2009, CEZ, Aff. C-115/08, Rec. 2009 p. I-10265.

CJCE, 12 novembre 2009, Commission c/ Espagne, Aff. C-154/08, Rec. 2009 p. I-187.

CJCE, 17 novembre 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, Aff. C-168/08, Rec. 2009 p. I-10821.

CJCE, 19 novembre 2009, Filipiak, Aff. C-314/08, Rec. 2009 p. I-11049.

Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 10 décembre 2009, Umweltanwalt, Aff. C-205/08, Rec. 2009 p. I-11525.

CJUE, 19 janvier 2010, Kücükdeveci, Aff. C-555/07, Rec. 2010 p. I-365.

CJUE, 2 mars 2010, Rottman, Aff. C-135/08, Rec. 2010 p. I-1449.

CJUE, 9 mars 2010, Commission c/ Allemagne, Aff. C-518/07, Rec. 2010 p. I-1885.

CJUE, 13 avril 2010, Bressol, Aff. C-73/08, Rec. 2010 p. I-2735.

CJUE, 13 avril 2010, Wall, Aff. C-91/08, Rec. 2010 p. I-2815.

CJUE, 22 juin 2010, Melki, Abdeli, Aff. jointes C-188/10 et C-189/10, Rec. 2010 p. I-5667.

CJUE, 8 septembre 2010, Markus Stoß, Aff. jointes C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07, Rec. 2010 p. I-8069.

CJUE, 8 septembre 2010, Winner Wetten, Aff. C-408/06, Rec. 2010 p. 8015.

CJUE, 5 octobre 2010, Commission c/ France, Aff. C-512/08, Rec. 2010 p. I-8833.

CJUE, 5 octobre 2010, Elchinov, Aff. C-173/09, Rec. 2010 p. I-8889.

CJUE, 5 octobre 2010, J. McB., Aff. C-400/10, Rec. 2010 p. I-8965.

CJUE, 6 octobre 2010, Base NV, Aff. C-389/08, Rec. 2010 p. I-9073.

CJUE, 21 octobre 2010, I. B., Aff. C-306/09, Rec. 2010 p. I-10341.

CJUE, 9 novembre 2010, Schecke et Eifert, Aff. jointes C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010 p. I-11063.

CJUE, 22 décembre 2010, DEB, Aff. C-279/09, Rec. 2010 p. I-13849.

CJUE, 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, Aff. C-208/09, Rec. 2010 p. I-13693.

CJUE, 20 janvier 2011, Commission c/ Grèce, Aff. C-155/09, Rec. I-65 p. 2011.

CJUE, 1er mars 2011, Chartry, Aff. C-457/09, Rec. 2011 p. I-819.

CJUE, 1er mars 2011, Test-achats, Aff. C-236/09, Rec. 2011 p. I-773.

CJUE, 8 mars 2011, Zambrano, Aff. C-34/09, Rec. 2011 p. I-1177.

CJUE, 8 mars 2011, Avis de la Cour, Aff. 1/09, Rec. 2011 p. I-1137.

CJUE, 12 mai 2011, Runevič-Vardyn et Wardyn, Aff. C-391/09, Rec. 2011 p. I-3787.

CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Luxembourg, Aff. C-51/08, Rec. 2011 p. I-4231.

CJUE, 30 juin 2011, Zeturf, Aff. C-212/08, Rec. 2011 p. I-5633.

CJUE, 21 juillet 2011, Suède c/ Commission, Aff. C-506/08 P, Rec. 2011 p. I-6237.

CJUE, 6 septembre 2011, Patriciello, Aff. C-163/10, Rec. 2011 p. I-7565.

CJUE, 15 septembre 2011, Dickinger, Aff. C-347/09, Rec. 2011 p. I-8185.

CJUE, 15 novembre 2011, Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar et Royaume-Uni, Aff. jointes C-106/09 P et C-107/09 P, Rec. 2011 p. XX.

CJUE, 20 octobre 2011, Interedil, Aff. C-396/09, Rec. 2011 p. I-9915.

CJUE, 21 décembre 2011, Air Transport Association, Aff. C-366/10, Rec. 2011 p. XX.

CJUE, 24 janvier 2012, Dominguez, Aff. C-282/10, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 16 février 2012, Solvay, Aff. C-182/10, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 1er mars 2012, O'Brien, Aff. C-393/10, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 22 mars 2012, Inter-Environnement Bruxelles, Aff. C-567/10, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 24 mai 2012, Amia, Aff. C-97/11, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 26 juin 2012, Pologne c/ Comission, Aff. C-336/09 P, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 12 juillet 2012, HIT, Aff. C-176/11, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 6 septembre 2012, Philips Electronics, Aff. C-18/11, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 4 octobre 2012, Byankov, Aff. C-249/11, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 27 novembre 2012, Pringle, Aff. C-370/12, Rec. 2012 p. XX.

CJUE, 15 janvier 2013, Križan e.a., Aff. C-416/10, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 22 janvier 2013, Sky Österreich, Aff. C-283/11, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 24 janvier 2013, Stanleybet e.a., Aff. C-186/11 et 209/11, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 31 janvier 2013, Belgish petroleum, Aff. C-26/11, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 26 février 2013, Melloni, Aff. C-399/11, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 21 mars 2013, Belgacom, Aff. C-375/11, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 11 avril 2013, Sweetman, Aff. C-258/11, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 16 avril 2013, Las, Aff. C-202/11, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 8 mai 2013, Libert, Aff. jointes C-197/11 et 203/11, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, 30 mai 2013, Jeremy F., Aff. C-168/13 PPU, Rec. 2013 p. XX.

CJUE, Fédération des maisons de repos privées de Belgique, Aff. C-57/12 (pendante).

CJUE, H.N., Aff. C-604/12 (pendante).

CJUE, I.B.V. & Cie SA, Aff. C-195/12 (pendante).

CJUE, Institut professionnel des agents immobiliers, Aff. C-473/12 (pendante).

CJUE, JS, Aff. C-253/12 (radiée du rôle par ordonnance de la Cour).

CJUE, Kleynen, Aff. C-99/13 (pendante).

Tribunal de première instance des Communautés / de l'Union européenne(s)

TPICE, 17 juin 1998, UEAPME, Aff. T-135/96, Rec. 1998 p. II-2335.

TPICE, 20 novembre 2008, Italie c/ Commission, Aff. T-185/05, Rec. 2008 p. II-3207.

TPICE, 18 décembre 2008, Government of Gibraltar et Royaume-Uni c/ Commission, Aff. T-211/04 et T-215/04, Rec. 2008 p. II-3745.

TPIUE, 12 mai 2011, Région Nord-Pas-de-Calais c/ Commission, Aff. jointes T-267/08 et T-279/08, Rec. 2011 p. II-1999.

Jurisprudence CEDH (12)

CourEDH, 29 octobre 1992, Open door et Dublin well woman c/ Irlande, req. n°14234/88.

CourEDH, 22 novembre 1995, S.W c/ Royaume-Uni, req. n°20166/92.

CourEDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz c/ Autriche, req. n°17371/90.

CourEDH, 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie, req. n°19392/92.

CourEDH, 18 février 1999, Larkos c/ Chypre, req. n°29515/95.

CourEDH, 18 février 1999, Matthews c/ Royaume-Uni, req. n°24833/94.

CourEDH, 29 avril 1999, Chassagnou et autres c/ France, req. n°25088/94, 28331/95 et 28443/95.

CourEDH, 30 juin 2005, Bosphorus c/ Irlande, req. n°45036/98.

CourEDH, 4 décembre 2008, Dogru c/ France, req. n°27058/05.

CourEDH, 4 décembre 2008, Kervanci c/ France, req. n°31645/04.

CourEDH, 3 novembre 2009, Lautsi c/ Italie, req. n°30814/06.

CourEDH, 18 mars 2011, Lautsi c/ Italie, req. n°30814/06.

Jurisprudence des États membres (81)

Jurisprudence allemande

C.C.F.A, 18 octobre 1967, les règlements CEE, n°1 BvR 248/63 et 216/67.

C.C.F.A., 18 décembre 1968, Hamburgisches Deichordnungsgesetz, n°1BvR 638/64, 1 BvR 673/64, 1 BvR 200/65, 1 BvR 238/65, 1 BvR 249/65.

C.C.F.A., 29 mai 1974, Solange I, n° BvL 52/71.

C.C.F.A., 7 décembre 1977, forclusion II, n°1 BvR 734/77.

C.C.F.A., 8 août 1978, Kalkar I, n°2 BvL 8/77.

C.C.F.A., 10 octobre 1978, référence des loyers, n°1 BvR 180/77.

C.C.F.A., 22 octobre 1986, Solange II, n°2 BvR 197/83.

C.C.F.A., 12 octobre 1993, Maastricht, n°2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92.

C.C.F.A., 7 juin 2000, marché de la banane, n°2 BvL 1/97.

C.C.F.A., 12 décembre 2000, publicité choc I (Benetton), n°1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95.

C.C.F.A., 18 Juillet 2005, mandat d'arrêt européen, n°2 BvR 2236/04.

C.C.F.A., 15 février 2006, loi sur la sûreté de l'aviation, n°1 BvR 357/05.

C.C.F.A., 13 mars 2007, Émissions de gaz à effet de serre, n°1 BvF 1/05.

C.C.F.A., 30 juin 2009, Lisbonne, n°2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09.

C.C.F.A., 3 mars 2010, Rétention des données, n°1 BVR 256/08 ,1 BvR 263/08 et 1 BvR 586/08.

C.C.F.A., 6 juillet 2010, Honeywell, n°2 BvR 2661/06.

C.C.F.A., 4 octobre 2011, n°1 BvL 3/08.

Jurisprudence espagnole

T.C.E., 24 juillet 1992, Maastricht, DTC 1/1992.

T.C.E, 25 mars et 31 mai 1993, Fagosa, n°111/93 et 180/93.

T.C.E., 19 avril 2004, Martinez Calderon, n° STC 058/2004.

T.C.E., 4 janvier 2005, T.E.C.E, n° DTC 1/2004.

C.E.Esp., 20 juin 1991, avis sur le traité de Maastricht en cours de négociation, n°850/1991.

C.E.Esp., 9 avril 1992, Maastricht, n°421/1992.

C.E.Esp., 21 octobre 2004, T.E.C.E., n°2544/2004.

Jurisprudence française

C.C., 27 décembre 1973, taxation d'office, n°73-51 DC.

C.C., 15 janvier 1975, I.V.G, n°74-54 DC.

C.C., 11 octobre 1984, limitation de la concentration, transparence financière et pluralisme des entreprises de presse, n°86-181 DC.

C.C., 2 septembre 1992, Maastricht, n°92-312 DC.

C.C., 13 août 1993, maîtrise de l'immigration et conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n°93-325 DC.

C.C., 27 juillet 1994, respect du corps humain, don, utilisation des éléments et produits du corps humain, assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatal, n°94-343/344 DC.

C.C., 31 décembre 1997, Amsterdam, n°97-394 DC.

C.C., 22 janvier 1999, statut de la Cour pénale internationale, n°98-408 DC.

C.C., 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, n°99-412 DC.

C.C., 26 mars 2003, organisation décentralisée de la République, n°2003-469 DC.

C.C., 10 juin 2004, confiance dans l'économie numérique, n°2004-496 DC.

C.C., 1er juillet 2004, communications électroniques et services de communication audiovisuelle, n°2004-497 DC.

C.C., 29 juillet 2004, bioéthique, n°2004-498 DC.

C.C., 29 juillet 2004 protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, n°2004-499 DC.

C.C., 19 novembre 2004, T.E.C.E, n°2004-505 DC.

C.C., 27 juillet 2006, droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, n°2006-540 DC.

C.C., 30 novembre 2006, secteur de l'énergie, n°2006-543 DC.

C.C., 20 décembre 2007, Lisbonne, n°2007-560 DC.

C.C., 19 juin 2008, O.G.M, n°2008-564 DC.

C.C., 12 mai 2010, ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n°2010-605 DC.

C.C., 17 décembre 2010, Kamel D., n°2010-79 QPC.

C.C., 9 août 2012, TSCG, n°2012-653 DC.

C.C., 4 avril 2013, Jeremy F., n°2013-314P QPC.

C.C., 14 juin 2013 Jeremy F. 2, n°2013-314 QPC.

C.E., 1er mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, n°62814.

C.E., 20 octobre 1989, Nicolo, n°108243 ; C.E., 24 octobre 1990, Boisdet, n°58657.

C.E., Ass., 28 février 1992, Rothmans International France, n°56776.

C.E., 27 octobre 1995, Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, n°136727.

C.E., 3 décembre 2001, syndicat national de l'industrie pharmaceutique, n°226514.

C.E., 8 février 2007, Arcelor I, n°287110.

C.E., 3 juin 2009, Arcelor II, n°287110.

Jurisprudence italienne

C.C.I., 27 décembre 1973, Frontini, n°183/1973.

C.C.I., 22 octobre 1975, n°235/1975.

C.C.I., 8 juin 1984, Granital, n°170/1984.

C.C.I., 15 décembre 1988, Franz Pahl, n°1146/1988.

C.C.I., 13 avril 1989, Fragd, n°232/1989.

C.C.I., 17 et 24 avril 1996, n°126/1996.

C.C.I., 22 octobre 2007, n°349/2007.

C.C.I., 13 février 2008, n°102/2008.

C.C.I., 21 juin 2010, n°227/2010.

Jurisprudence tchèque

C.C.T., 21 février 2006, n° ÚS 19/04.

C.C.T., 8 mars 2006, régulation des quotas du sucre II, n° Pl. ÚS 50/04.

C.C.T., 3 mai 2006, mandat d'arrêt européen, n° Pl. ÚS 66/04.

C.C.T., 26 novembre 2008, Lisbonne I, n° Pl. ÚS 19/08.

C.C.T., 2 décembre 2008, fonctionnement de la radio et la télévision, n° PL. ÚS 12/08.

C.C.T., 3 novembre 2009, Lisbonne II, n° Pl. ÚS 29/09.

C.C.T., 22 mars 2011, rétention des données des services de télécom, n° PL. ÚS 24/10.

Jurisprudence des autres États membres

C.C.A., 12 décembre 1952, nationalité de Land, n°2455 VfSlg.

C.C.Let., 7 avril 2009, Lisbonne, n°2008-35-01.

C.C.Lit., 21 octobre 1999, rédaction des prénoms et noms de famille dans les passeports.

C.S.C., 7 novembre 2005, mandat d'arrêt européen, n°294/2005.

T.C.P., 27 avril 2005, mandat d'arrêt européen, n° P 1/05.

T.C.P., 11 mai 2005, appartenance de la Pologne à l'Union européenne, n° K 18/04.

T.C.P., 24 novembre 2010, Lisbonne, n° K 32/09.

T.C.Port., 23 mai 1990, Diario da Republica, n°163/90.

T.C.Port., 14 février 1991, Moreira da Costa et Mulher, n°28/1991.

Index (Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Açores : 447 ; 449-452 ; 454-455.

Adhésion

- Critères : 624 ; 707 ; 776 ; 785.
- Procédure : 25.
- Refus d'adhérer : 23-66 ; 115 ; 792.

Autonomie

- De l'Union : 303 ; 305 ; 310 ; 328 ; 727.
- Des États : 6 ; 36 ; 39 ; 88 ; 179 ; 263 ; 303 ; 305 ; 310 ; 328 ; 371 ; 375 ; 384 ; 393 ; 396 ; 404-472 ; 498 ; 610.

C

Citoyenneté européenne : 97 ; 98 ; 100 ; 371 ; 399 ; 459-496 ; 498 ; 601 ; 715 ; 756 ; 779 ; 789.

Clauses Europe : 166 ; 759 ; 760.

Commission contre Luxembourg (C-473/93) : 6 ; 8 ; 260 ; 266 ; 271 ; 481 ; 531.

Compétences

- Attribution : 80-86 ; 53 ; 87 ; 91 ; 93 ; 143 ; 225 ; 230 ; 242-244 ; 252 ; 254 ; 291 ; 427 ; 777.
- Partage : 84 ; 578 ; 589 ; 730.
- Réserve : 81 ; 90-91 ; 248-257 ; 291 ; 292 ; 411-412 ; 415 ; 428 ; 434 ; 443 ; 445 ; 464.

Constitution composée : 762 ; 770-773 ; 781-782 ; 790.

Constitutionnalisation du droit de l'Union : 25 ; 166 ; 377 ; 605 ; 744-761 ; 762 ; 769 ; 771 ; 782-783 ; 789 ; 790.

Constitutionnalisme : 5-6 ; 19 ; 389 ; 605 ; 609 ; 611 ; 650 ; 661 ; 665 ; 667 ; 672 ; 675 ; 678 ; 683-684 ; 697 ; 702 ; 705-706 ; 708 ; 742 ; 744 ; 746 ; 747-748 ; 751-752 ; 762 ; 771 ; 782 ; 786-788 ; 790.

Contrôle de constitutionnalité : 8 ; 125 ; 161 ; 215 ; 287 ; 332-376 ; 380 ; 382 ; 385 ; 423 ; 751.

Contrôle de compatibilité : 19 ; 119-147 ; 152-162 ; 196 ; 320 ; 322 ; 390.

Coopération loyale : 88 ; 90 ; 136 ; 777 ; 793.

D

Démocratie : 32-37 ; 46 ; 88 ; 135-136 ; 196 ; 204 ; 325 ; 389 ; 393 ; 459 ; 606 ; 608 ; 678 ; 707-742 ; 747 ; 771 ; 783-784 ; 785-786.

Dialogue des juges : 8 ; 11 ; 75 ; 365 ; 364-384 ; 386 ; 391 ; 425 ; 427 ; 602 ; 719 ; 722 ; 776 ; 787 ; 790 ; 791.

Dignité humaine : 143 ; 202 ; 537 ; 551 ; 606 ; 615 ; 616-650 ; 498 ; 666-667 ; 688 ; 696 ; 707.

Droit de retrait : 21 ; 49-66 ; 113 ; 114 ; 115-117 ; 157 ; 169 ; 220-221 ; 259 ; 328 ; 343 ; 384 ; 390 ; 399 ; 778.

Droits fondamentaux

- Dans l'État : 126 ; 135 ; 140-145 ; 173 ; 176 ; 194 ; 202 ; 262-263 ; 266 ; 305 ; 311 ; 324 ; 326 ; 338-341 ; 343 ; 352 ; 354 ; 356 ; 358 ; 366-370 ; 376 ; 382 ; 389 ; 393 ; 473 ; 620-623 ; 747.

- Dans l'Union : 88-89 ; 366 ; 607-706 ; 707-714 ; 722 ; 742 ; 751 ; 757 ; 785.

- Des États : 762 ; 777-781 ; 782.

- Protection équivalente : 326 ; 368 ; 370 ; 382 ; 611 ; 612 ; 699.

E

État de droit : 19 ; 143 ; 173 ; 180 ; 183 ; 147 ; 307 ; 311 ; 346 ; 389 ; 400 ; 416 ; 606 ; 606 ; 608-609 ; 611 ; 624 ; 665 ; 679 ; 707 ; 710 ; 714-715 ; 742 ; 747 ; 752 ; 756 ; 764 ; 775 ; 783 ; 786-787.

Eurojust : 510-513.

Européanisation : 11 ; 166 ; 377 ; 380 ; 423 ; 759-761.

F/G/H

Fédéralisme : 11 ; 391 ; 789 ; 791-794.

Fonctions essentielles de l'État : 6 ; 80-82 ; 141 ; 481 ; 572 ; 777.

Gibraltar : 459 ; 487-491.

Groener : 371 ; 517 ; 518 ; 519-523 ; 530.

Grogan : 529 ; 557.

Homogénéité : 130 ; 605 ; 751 ; 776 ; 785 ; 788.

I

Identité constitutionnelle : 5 ; 8 ; 10 ; 169-213 ; 292-364.

Identité de l'Union : 10 ; 393 ; 394 ; 605 ; 606 ; 706 ; 708 ; 707-742 ; 744-762 ; 774-776 ; 777 ; 782-783 ; 785-790.

Identité nationale

- Clause : 6 ; 9 ; 87-92 ; 204 ; 252 ; 263 ; 266 ; 391 ; 392 ; 392-397 ; 400-404 ; 431 ; 454 ; 457-458 ; 477 ; 505 ; 511 ; 531 ; 599 ; 602 ; 649 ; 777 ; 781 ; 788 ; 790 ; 793 ; 794.

- Dimension constitutionnelle

− Nationalité : 100 ; 209 ; 252 ; 254 ; 266 ; 371 ; 389 ; 398-399 ; 411 ; 459-496 ; 497 ; 519 ; 531 ; 709 ; 725 ; 787.

− Organisation institutionnelle : 190 ; 402 ; 404 ; 406-411 ; 413 ; 432 ; 713 ; 730 ; 787 ; 789.

− Organisation politique : 405 ; 411-415 ; 498 ; 723.

− Organisation territoriale : 88 ; 253 ; 371 ; 416 ; 429-458 ; 731.

- Dimension culturelle

− Diversité culturelle : 89 ; 396 ; 499 ; 499 ; 502 ; 504 ; 505 ; 508-515 ; 520-539 ; 541-542 ; 548 ; 552 ; 553 ; 555 ; 556 ; 567 ; 572 ; 586 ; 590 ; 594 ; 598 ; 787.

− Enseignement : 481 ; 526-533 ; 534 ; 536 ; 544 ; 552 ; 787.

− Langue : 32 ; 46 ; 89 ; 179 ; 183 ; 185 ; 189 ; 190 ; 196 ; 207 ; 371 ; 389 ; 411 ; 460 ; 503 ; 504-525 ; 527-528 ; 530 ; 533 ; 534 ; 543-544 ; 549 ; 413 ; 553 ; 567 ; 600 ; 787.

− Patrimoine historique et artistique : 546 ; 559-570.

− Social : 42 ; 46 ; 85 ; 89 ; 101 ; 110 ; 140 ; 143 ; 179 ; 196 ; 202 ; 209 ; 252 ; 253 ; 311 ; 389 ; 396 ; 433 ; 443-444 ; 473 ; 500 ; 502 ; 571-598 ; 599-600 ; 630-632 ; 668-678 ; 787.

Intérêt général : 9 ; 102 ; 444-445 ; 466-467 ; 496 ; 520 ; 522-524 ; 536-537 ; 539 ; 542 ; 556 ; 560 ; 568 ; 578 ; 584 ; 593 ; 600-601 ; 655 ; 657-661 ; 664 ; 665 ; 674 ; 677 ; 738-739 ; 741 ; 788.

L

Las : 517 ; 523.

Laval un partneri : 369 ; 676-678.

Limites à la révision constitutionnelle

- Complexification : 170-192.

- Interdiction : 193-216.

M

Marge nationale d'appréciation : 84 ; 259 ; 351 ; 352 ; 354 ; 357 ; 358-360 ; 361 ; 363 ; 368 ; 376 ; 382 ; 410 ; 474 ; 486 ; 548 ; 556 ; 567 ; 648 ; 698.

Melki : 277 ; 285 ; 368.

Melloni : 266 ; 691 ; 692-697 ; 699 ; 704.

Michaniki : 266 ; 737-741 ; 789.

N/O

Non-discrimination : 250 ; 473 ; 474 ; 478-480 ; 485 ; 490 ; 494 ; 508 ; 512 ; 550 ; 552 ; 553 ; 554 ; 589 ; 624 ; 628 ; 629 ; 655.

Objectif légitime : 7 ; 9 ; 412 ; 413 ; 522 ; 602 ; 664 ; 665 ; 705 ; 665 ; 705.

Omega : 412 ; 635-650 ; 665-666 ; 674 ; 688 ; 696 ; 704.

Ordre public : 20 ; 81 ; 412-413 ; 467 ; 522 ; 554 ; 556 ; 600-601.

P

Parlement européen : 38 ; 55 ; 67 ; 71-72 ; 75 ; 85 ; 482 ; 487-488 ; 490-493 ; 535 ; 591 ; 718-721 ; 725 ; 726 ; 728 ; 755.

Parlements nationaux : 42-43 ; 45 ; 47 ; 68 ; 72 ; 84 ; 93 ; 125 ; 157 ; 404 ; 492 ; 712 ; 718 ; 721 ; 725 ; 726-733 ; 742 ; 755.

Patriotisme constitutionnel : 748 ; 756 ; 771 ; 784.

Pluralisme juridique : 11 ; 89 ; 179 ; 292 ; 364 ; 371 ; 374-384 ; 386 ; 388 ; 392 ; 397 ; 601 ; 649 ; 762 ; 774 ; 782 ; 787 ; 790 ; 791 ; 791 ; 793.

Pouvoir constituant

- Européen : 766 ; 770-771.
- National : 34 ; 112 ; 161-162 ; 166 ; 170-192 ; 195 ; 203-204 ; 216 ; 274 ; 290.

Primauté du droit de l'Union : 60 ; 140-141 ; 162 ; 168 ; 221-222 ; 223-291 ; 292-331 ; 332-333 ; 363 ; 376 ; 379-380 ; 382-396 ; 403 ; 413 ; 421 ; 429 ; 504 ; 511 ; 601 ; 602 ; 604 ; 609 ; 611-612 ; 695 ; 747 ; 756 ; 759 ; 766 ; 775 ; 777 ; 780 ; 788-789.

R

Ratification : 20 ; 22 ; 25 ; 39-41 ; 44 ; 45 ; 59 ; 71-73 ; 77 ; 93-115 ; 117-125 ; 130 ; 135 ; 137 ; 144 ; 148-149 ; 152-168 ; 179-180 ; 192 ; 212 ; 217 ; 292 ; 391 ; 508 ; 551 ; 721 ; 729 ; 766 ; 768 ; 770 ; 784.

Referendum : 28 ; 144 ; 34- 35 ; 40-47 ; 96-111 ; 144 ; 158 ; 172 ; 178 ; 181 ; 183-185 ; 189-191 ; 711.

Réserves de constitutionnalité : 7 ; 133 ; 222 ; 295-363 ; 371 ; 609 ; 612 ; 667 ; 707 ; 751 ; 785.

Révisions constitutionnelles : 19 ; 55 ; 117-219 ; 297 ; 299 ; 302 ; 304 ; 308-309 ; 314 ; 325 ; 328 ; 330-331 ; 343 ; 357 ; 361 ; 390 ; 402 ; 429 ; 504 ; 624 ; 698 ; 776.

Révisions des traités : 8 ; 16 ; 20 ; 22 ; 35 ; 64-97 ; 708 ; 727 ; 728 ; 765-766 ; 768 ; 776.

Rottman : 464-469.

S

Sayn-Wittgenstein : 255 ; 411-415.

Schmidberger : 648 ; 662-667 ; 674675 ; 677 ; 696 ; 714.

Souveraineté: 2-3 ; 11 ; 17 ; 18-98 ; 117-118 ; 136-138 ; 140-145 ; 162 ; 179 ; 181 ; 182 ; 184-186 ; 196 ; 202 ; 204 ; 207 ; 215-216 ; 219-225 ; 247 ; 249 ; 256 ; 258-260 ; 290-291 ; 295 ; 302 ; 304 ; 305 ; 307 ; 313 ; 325 ; 332-333 ; 344 ; 346 ; 349 ; 356 ; 361-366 ; 380 ; 386 ; 387 ; 388 ; 390 ; 391 ; 404 ; 459 ; 474 ; 522 ; 580 ; 709 ; 710 ; 731 ;742 ; 747 ; 756 ; 765 ; 766 ; 768 ; 771 ; 778-779 ; 786 ; 790-792.

Subsidiarité : 84 ; 136 ; 136 ; 143 ; 432 ; 495 ; 551 ; 564 ; 726-732.

Supraconstitutionnalité : 11 ; 133-162 ; 168; 296-318.

Suprématie constitutionnelle : 3 ; 5 ; 140 ; 143 ; 148 ; 160-169 ; 202 ; 219 ; 221 ; 290 ; 303 ; 305 ; 310 ; 318-331 ; 375 ; 376 ; 380 ; 385 ; 756 ; 759 ; 766.

T/U

Traditions constitutionnelles : 88 ; 140 ; 196 ; 415 ; 481 ; 486 ; 495 ; 611-614 ; 647-649 ; 664 ; 667 ; 682 ; 688 ; 702 ; 704 ; 707 ; 750.

UGT Rioja : 371 ; 454.

Ultravires : 135 ; 346 ; 354.

UPECB : 371 ; 517 ; 520 ; 660.

UTECA : 371 ; 517 ; 521 ; 543.

V

Valeurs communes : 14 ; 88 ; 431 ; 571 ; 604 ; 606 ; 613 ; 650 ; 707-708 ; 714 ; 743 ; 746 ; 751 ; 756 ; 757 ; 770 ; 776 ; 783 ; 786-788 ; 790.

Vardyn : 371 ; 517 ; 522 ; 523.

Viking line : 369 ; 672 ; 673-675 ; 677.

Table des matières

REMERCIEMENTS ..... **V**

LISTE DES ABREVIATIONS ..... **VII**

SOMMAIRE ..... **IX**

INTRODUCTION GENERALE **1**

PARTIE 1 : UNE PROTECTION AMENAGEE DE L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE : DU PROCEDE SOUVERAIN A L'OUVERTURE DU DIALOGUE **17**

TITRE 1 : UNE PROTECTION SOUVERAINE DANS LES FONDEMENTS CONTRACTUELS DE L'UNION 19

Chapitre 1: Une protection souveraine de l'État *25*

Section 1 : La maîtrise étatique du consentement au projet européen 26

Paragraphe 1 : Le refus de consentir à l'adhésion 26

A. Le refus helvétique d'engager la procédure d'adhésion 28

1. Les relations entre la Suisse et la construction européenne 29

2. La motivation partiellement identitaire du refus de candidater 31

a) L'évolution des positions du Conseil fédéral Suisse 31

b) Une évaluation doctrinale rétive des nouvelles positions du Conseil 33

B. Le rejet norvégien du traité d'adhésion 38

1. Les relations entre la Norvège et la construction européenne 39

2. La motivation partiellement identitaire du refus de ratifier 41

Paragraphe 2 : Le retrait du consentement au projet européen 44

A. Un droit incorporé en faveur de l'État membre 45

1. Des incertitudes résultant de son absence dans le traité 46

2. La reconnaissance d'un droit au retrait volontaire et non conditionné 47

B. Des conditions et conséquences d'exercice propices à la protection étatique de l'identité constitutionnelle 48

1. L'issue des débats relatifs à la nature et aux conditions du droit de retrait 49

2. L'efficacité du retrait au regard des conséquences de son utilisation 50

Section 2 : Le contrôle étatique de la révision du projet européen 53

Paragraphe 1 : Le contrôle multilatéral de la révision 54

A. La prégnance étatique dans les procédures de révision 54

1. Le multilatéralisme à l'œuvre dans la procédure de révision 55

2. La pleine maîtrise étatique des organes en charge de la révision 57

B. La protection multilatérale des identités nationales 60

1. L'encadrement des compétences de l'Union 60

a) Attribution des compétences et respect des fonctions essentielles étatiques 60

b) Attribution des compétences et régulation étatique 63

2. L'adoption d'une disposition expressément destinée à la préservation des identités nationales 67
a) Formulation, évolutions et esquisse matérielle de la clause 67
b) Signification de la clause et dessein de son insertion 71
Paragraphe 2 : Le contrôle unilatéral de la révision 75
A. L'exemple danois 77
1. Le refus Danois de ratifier la révision d'Amsterdam 77
2. Des solutions multilatérales fondées sur l'opting-out et l'interprétation 78
B. Les exemples irlandais, français et néerlandais 79
1. Les exemples irlandais relatifs aux traités de Nice et de Lisbonne 80
2. Les exemples français et néerlandais relatifs au TECE 81
Conclusion du chapitre 1 : *85*
Chapitre 2 : Une protection souveraine dans l'État *87*
Section 1 : Le contrôle de l'engagement étatique et ses effets 88
Paragraphe 1 : Le contrôle de compatibilité matérielle du traité avec la constitution 90
A. Les fondements du contrôle de compatibilité dans les différentes constitutions 90
1. Le recours au contrôle de compatibilité 90
2. La force obligatoire de la décision d'incompatibilité 93
B. L'inclusion de l'identité constitutionnelle dans le champ matériel du contrôle de compatibilité 95
1. Des références particulièrement développées dans la jurisprudence constitutionnelle allemande 96
a) La décision « Maastricht » 96
b) La décision « Lisbonne » 99
2. Des références plus discrètes dans les jurisprudences constitutionnelles d'autres États membres 100
a) Les décisions « TECE » espagnoles et française 101
b) Les décisions « Lisbonne » polonaise, lettone et tchèques 103
Paragraphe 2 : Les effets de la décision d'incompatibilité du traité 108
A. Des conséquences sur la procédure de ratification ou sur la continuité de l'accord 108
1. L'exigence d'une révision constitutionnelle 108
2. Une complexification de la ratification ou de la continuité d'application du traité 111
B. Une incidence sur la perception et la protection de la constitution au sein de la pyramide normative 114
1. La preuve d'une suprématie par l'acception constitutionnelle du traité 115
2. Une atteinte potentielle à la suprématie constitutionnelle par le parallélisme des révisions 117
Section 2 : Le verrouillage identitaire de la capacité d'engagement étatique 121
Paragraphe 1 : Des limites matérielles imposant le renforcement de la procédure de révision constitutionnelle 123
A. Le recours explicite au pouvoir constituant originaire 123
1. La substitution de la procédure ordinaire par une procédure référendaire en Autriche 123
2. La substitution de la procédure ordinaire par une procédure plus complexe 125
a) Le recours à la « Grande assemblée » bulgare 125
b) La procédure de « révision totale » de la Constitution espagnole 127
B. Le recours implicite au constituant originaire par l'intermédiaire de la souveraineté populaire 128

1. La substitution de la procédure ordinaire par une procédure référendaire 129
a) La substitution référendaire estonienne 129
b) La substitution référendaire lituanienne 130
2. L'addition d'une étape référendaire à la procédure ordinaire 131
a) Le cumul impératif letton 131
b) Le cumul facultatif polonais 132
Paragraphe 2 : Des limites matérielles interdisant la révision constitutionnelle 134
A. L'interdiction d'une révision de la forme républicaine 134
1. Une interdiction française non contraignante 135
2. Une interdiction italienne contraignante 138
B. L'interdiction de la révision d'une liste détaillée de dispositions constitutionnelles 140
1. Une liste détaillée avec renvois précis 140
a) La clause d'éternité allemande 140
b) L'interdiction de réviser les « articles de base » de la Constitution chypriote 143
2. Une liste détaillée sans renvoi précis 144
a) Les exceptions matérielles de la révision constitutionnelle grecque 144
b) Les limites matérielles de la révision constitutionnelle portugaise 145
c) Les limites matérielles de la révision constitutionnelle roumaine 145
Conclusion du chapitre 2 : *149*
CONCLUSION DU TITRE 1 : 151
TITRE 2 : UNE PROTECTION AMENAGEE DANS LE PROCESSUS D'INTEGRATION DE L'UNION 153
Chapitre 1 : Un aménagement rendu nécessaire par la primauté *157*
Section 1 : La reconnaissance du principe de primauté 157
Paragraphe 1 : Origine et champ d'application matériel du principe 158
A. L'origine prétorienne d'un principe existentiel 158
1. Un principe absent des traités 158
2. Un principe d'origine prétorienne 159
B. Un champ d'application matériel étendu à l'ensemble du droit de l'Union 162
1. La primauté des traités et la primauté générale du droit de l'Union 162
2. La primauté des actes de droit dérivé 163
Paragraphe 2 : Justification et portée du principe 168
A. L'attribution souveraine de compétence, une justification du principe 168
1. L'attribution de compétences 168
2. Le consentement souverain des États 169
B. La compétence retenue, un critère non restrictif d'application du principe 170
1. Un encadrement général des compétences retenues 170
2. L'encadrement de compétences retenues en lien avec l'identité constitutionnelle 172
Section 2 : Les conséquences du principe de primauté 175
Paragraphe 1 : La remise en cause du monopole normatif de l'État 177
A. L'inopposabilité du droit constitutionnel 179
1. L'inopposabilité du droit constitutionnel à la validité du droit de l'Union 180
2. L'inopposabilité du droit constitutionnel à l'application du droit de l'Union 181
B. L'obligation d'abroger l'ensemble des normes incompatibles 183
1. L'exigence d'une abrogation 183

2. L'inconditionnalité et la forme de l'abrogation 185
Paragraphe 2 : La remise en cause du monopole interprétatif de l'État 186
A. Le devoir d'interprétation conforme des dispositions internes 188
1. Le régime de l'interprétation conforme 189
2. Les conséquences de l'impossible interprétation conforme 190
B. Une obligation d'écarter les dispositions internes contraires 191
1. Le devoir d'écarter la norme contraire et les compétences du juge national 191
2. Le devoir d'écarter la décision contraire et les rapports entre les juges nationaux 193
Conclusion du chapitre 1 : *197*
Chapitre 2 : Un aménagement rendu possible par le pluralisme *199*
Section 1 : La persistance d'une protection souveraine en théorie 201
Paragraphe 1 : La réception constitutionnelle d'une primauté limitée par la supraconstitutionnalité 202
A. Des limites fondées sur l'intangibilité de certaines dispositions constitutionnelles 202
1. « L'identité constitutionnelle » allemande 203
2. Les « principes fondamentaux » de l'ordre juridique constitutionnel italien 205
3. Les « fondements de la souveraineté et l'essence des fondements de l'État de droit » tchèque 209
B. Des limites fondées sur la protection renforcée de certaines dispositions constitutionnelles ... 211
1. Les « principes fondamentaux de l'État de droit, social et démocratique » espagnol 212
2. Les « principes de l'État démocratique et de la souveraineté populaire » lettone 213
Paragraphe 2 : La réception constitutionnelle d'une primauté limitée par la suprématie constitutionnelle 215
A. Des limites fondées sur la suprématie partielle de la Constitution française 216
1. La réception constitutionnelle d'une primauté limitée 216
2. Des « dispositions expresses de la Constitution » aux « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » 219
B. Des limites fondées sur la suprématie générale de la Constitution polonaise 222
Section 2 : La naissance d'une alternative pluraliste en pratique 227
Paragraphe 1 : L'incitation au respect identitaire par la menace, un monologue prescriptif du juge national 228
A. Le contrôle de l'exécution des règlements 231
1. En Allemagne 231
2. En Italie et en République tchèque 233
a) En Italie 234
b) En République tchèque 236
B. Le contrôle de la transposition des directives et du mandat d'arrêt européen 238
1. La transposition des directives 239
a) En France 239
b) En Allemagne et en République tchèque 243
2. La transposition du mandat d'arrêt européen 245
a) Une transposition sanctionnée en raison de la marge d'appréciation du législateur 246
b) Une transposition sanctionnée en raison du fond de la décision-cadre 247
Paragraphe 2 : L'invitation au respect identitaire par la conciliation, un dialogue ouvert par le juge national 250
A. Le renvoi préjudiciel, outil de conciliation des intérêts respectifs par le dialogue 250

1. Le renvoi préjudiciel du contrôle relatif aux traits identitaires communs, l'exemple des droits fondamentaux 251
2. Le renvoi préjudiciel du contrôle relatif au respect des spécificités identitaires 256
B. Un dialogue des juges consolidé, vers un pluralisme juridique 260
1. Un transfert du contrôle de constitutionnalité confirmé par l'ouverture progressive des Cours constitutionnelles au dialogue préjudiciel 261
2. Vers un pluralisme juridique ordonné par le dialogue inter-juridictionnel 265
Conclusion du chapitre 2 : *271*
CONCLUSION DU TITRE 2 : 275

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 277

PARTIE 2 : UNE PRISE EN COMPTE FONCTIONNELLE DE L'IDENTITE NATIONALE : LE RESPECT DU PARTICULIER ET LA PROTECTION DU COMMUN 281

TITRE 1 : LE RESPECT DE L'IDENTITE NATIONALE, UN DROIT A LA PLURALITE DANS L'UNITE 285
Chapitre 1 : Le respect d'une dimension constitutionnelle de l'identité nationale *289*
Section 1 : Les structures fondamentales de l'État 290
Paragraphe 1 : La structure centrale de l'État 290
A) La structure politico-institutionnelle 291
1. L'autonomie institutionnelle rationalisée dans l'application interne du droit de l'Union 294
2. La reconnaissance de l'organisation politique dans l'interprétation du principe d'égalité 297
B) La structure juridictionnelle 301
1. L'autonomie juridictionnelle rationalisée dans le contrôle interne d'application du droit de l'Union 304
2. La reconnaissance de « l'autonomie constitutionnelle » dans l'interprétation de la notion de juridiction 309
Paragraphe 2 : La structure territoriale de l'État 313
A) L'autonomie territoriale rationalisée 316
1. L'autonomie territoriale rationalisée dans l'application du droit de l'Union 316
2. L'autonomie territoriale rationalisée dans la mise en œuvre des compétences réservées en matière d'assurance soins 322
B) La reconnaissance de l'organisation territoriale dans l'interprétation de la notion d'aide d'État 324
1. La reconnaissance de « l'autonomie fiscale locale » dans l'arrêt de principe « Acores » 326
2. Une reconnaissance confirmée dans les affaires ultérieures 328
Section 2 : Le lien fondamental de nationalité 332
Paragraphe 1 : La compétence étatique en matière d'attribution et de retrait de la nationalité 334
A) La reconnaissance de la compétence étatique dans l'interprétation de la citoyenneté européenne 336
B) La prise en compte imposée aux États de leur compétence respective par le jeu de la citoyenneté européenne 342
Paragraphe 2 : Les effets distinctifs de la nationalité et les particularités nationales relatives à l'attribution des droits politiques 345
A) L'atteinte limitée aux effets distinctifs de la nationalité par la prise en compte de critères internes 348

1. Un accès limité aux emplois tenant au critère « d'exercice de la puissance publique » 350
2. Un accès limité aux droits politiques tenant au critère « d'exercice de la puissance publique » et aux caractéristiques particulières de la population 353
B) La reconnaissance des particularités nationales dans l'interprétation des droits politiques attachés à la citoyenneté européenne 355
1. La reconnaissance d'une interprétation étatique de la citoyenneté européenne à l'aune de ses « traditions constitutionnelles » 356
2. La reconnaissance d'une interprétation étatique de la citoyenneté européenne à l'aune de sa « structure constitutionnelle » 360
Conclusion du chapitre 1 : *363*
Chapitre 2 : Le respect d'une dimension culturelle lato sensu de l'identité nationale *365*
Section 1 : Les vecteurs culturels de l'identité nationale 369
Paragraphe 1 : La langue 370
A) La prise en compte de la diversité linguistique lors de l'adoption du droit de l'Union 371
1. Une obligation imposée dans les traités et le droit dérivé 371
2. Une obligation opposable aux institutions de l'Union devant la Cour de justice 374
B) La prise en compte de l'identité linguistique lors de la mise en œuvre du droit de l'Union 377
1. La prise en compte du critère linguistique dans le droit dérivé 377
2. La reconnaissance et l'autonomisation du critère linguistique dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions 379
Paragraphe 2 : Les moyens de diffusion 387
A) L'enseignement public 388
B) Les supports culturels 393
1. La prise en compte des supports culturels dans le droit primaire et dérivé 394
2. La reconnaissance des supports culturels dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions 396
Section 2 : Le contenu socioculturel de l'identité nationale 400
Paragraphe 1 : Le contenu culturel de l'identité nationale 400
A) Le rapport à la religion 401
1. La prise en compte du rapport à la religion dans le droit primaire et la législation de l'Union 404
2. La prise en compte juridictionnelle du rapport à la religion par des techniques multiples .. 407
B) Le patrimoine historique et artistique 411
1. La prise en compte du patrimoine culturel dans le droit primaire et la législation de l'Union 413
2. La reconnaissance étendue du patrimoine culturel dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions 416
Paragraphe 2 : Le contenu social de l'identité nationale 419
A. Le système de sécurité sociale 422
1. La prise en compte de la compétence étatique dans le droit primaire et dérivé 423
2. La reconnaissance inhabituelle d'un critère économique dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions 424
B. La reconnaissance des particularités nationales tenant à l'ordre social dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions 427
C. L'organisation des conditions de travail 432

1. La prise en compte des particularités socioculturelles nationales dans le droit primaire et dérivé 432
2. La reconnaissance des particularités socioculturelles relatives aux horaires de travail dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions 434
Conclusion du chapitre 2 : *437*
CONCLUSION DU TITRE 1 : 439
TITRE 2 : LA PROTECTION DE L'IDENTITE COMMUNE, UN VECTEUR D'UNITE DANS LA PLURALITE 443
Chapitre 1 : L'intégration de la protection des droits fondamentaux et la reconnaissance des interprétations nationales spécifiques *445*
Section 1 : L'utilisation par l'État de la dignité humaine devant la Cour de justice 453
Paragraphe 1 : La protection intégrée de la dignité humaine en tant qu'outil d'interprétation 455
A) Une acception commune de la dignité humaine 455
B) Une acception commune invocable devant la Cour de justice 460
1. La dignité humaine au soutien des droits fondamentaux 461
2. La dignité humaine au soutien d'autres principes et éléments juridiques 464
Paragraphe 2 : Le respect d'une interprétation nationale de la dignité humaine en tant que droit fondamental autonome 467
A) La quête infructueuse d'une interprétation équivalente en droit de l'Union 472
B) La reconnaissance d'une acception nationale de la dignité humaine dans l'interprétation des motifs justificatifs de restrictions 475
Section 2 : L'utilisation par l'État de droits fondamentaux devant la Cour de justice 482
Paragraphe 1 : L'utilisation de droits fondamentaux bénéficiant d'une acception commune 483
A) L'utilisation du droit à la liberté d'expression devant la Cour de justice 483
1. La protection intégrée de la liberté d'expression en tant qu'outil d'interprétation du pluralisme 485
2. La protection intégrée de la liberté d'expression comme droit fondamental autonome 490
B) L'utilisation par l'État du droit de grève et de mener des actions collectives devant la Cour de justice 495
1. La protection intégrée du droit de mener des actions collectives dans l'Arrêt Viking line .. 499
2. Une protection intégrée en demi-teinte dans l'arrêt Laval un Partneri 501
Paragraphe 2 : L'utilisation du droit au procès équitable dans ses acceptions communes et spécifiques 504
A) Dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale 508
1. La reconnaissance d'une conception nationale du droit au procès équitable dans l'interprétation de la clause d'ordre public 510
2. La protection intégrée du droit au procès équitable dans l'interprétation de la clause d'ordre public 512
B) Dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale 514
1. La non reconnaissance d'une acception nationale lors de l'interprétation des critères d'inexécution d'un mandat d'arrêt européen 515
2. La prise en compte d'une acception concordante avec la CDF lors de l'interprétation des recours suspensifs d'exécution du mandat d'arrêt européen 519
Conclusion du chapitre 1 : *523*
Chapitre 2 : L'intégration des valeurs communes comme substrat de l'identité de l'Union *527*

Section 1 : La nature de l'identité de l'Union, vers une démocratie libérale transnationale 528
§ 1 : Une démocratisation de l'Union par incorporation et imitation des démocraties nationales 532
A) La démocratisation des institutions de l'Union 535
B) La transparence du fonctionnement de l'Union 540
§ 2 : Une considération envers la dimension nationale de la démocratie 542
A) La participation des parlements nationaux et régionaux au fonctionnement de l'Union 543
1. Le rôle du parlement national 544
2. Le rôle des parlements régionaux 547
B) La reconnaissance jurisprudentielle du principe démocratique dans le contrôle d'application du droit de l'Union 548
1. La prise en compte du rôle du parlement lors du contrôle d'application du droit de l'Union 549
2. La prise en compte des notions connexes à la démocratie lors du contrôle d'application du droit de l'Union 550
Section 2 : La portée de l'identité de l'Union, vers un droit constitutionnel « composé » 554
Paragraphe 1 : Les facteurs d'un processus complexe de constitutionnalisation de l'identité européenne 555
A) Un phénomène de constitutionnalisation matérielle de l'identité de l'Union 555
1. La découverte préalable d'un patrimoine constitutionnel commun aux États 556
2. Une constitutionnalisation matérielle par l'incorporation du patrimoine constitutionnel commun dans le traité 559
B) Des phénomènes de constitutionnalisation fonctionnelle et formelle de l'identité de l'Union 561
1. Une constitutionnalisation fonctionnelle par la reconnaissance de caractéristiques constitutionnelles du droit de l'Union 561
2. Une constitutionnalisation formelle par l'européanisation des constitutions nationales 565
Paragraphe 2 : La caractérisation du droit constitutionnel européen et l'articulation des identités constitutionnelles 567
A) La nature du droit constitutionnel de l'Union 568
1. L'inadéquation à l'Union du concept formel de constitution 568
a) Des conditions inadaptées à la consécration d'une constitution au sens formel 569
b) L'échec de la tentative d'hybridation opérée par le TECE 570
2. L'adéquation à l'Union du concept de constitution « composée » 572
B) La recherche d'un équilibre dans le contexte du constitutionnalisme multi-niveaux 575
1. Les identités en présence et leur articulation 576
2. Le principe du respect de l'identité nationale, un droit fondamental inhérent au statut d'État membre 578
Conclusion du chapitre 2 : *583*
CONCLUSION DU TITRE 2 : 585
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 587
CONCLUSION GENERALE : 591
BIBLIOGRAPHIE GENERALE 597
Actes de colloques ou de conférences (80) 597
Articles (171) 601

Discours et conférences (4) 608
Manuels (15) 608
Monographies (79) 609
Contributions à des ouvrages collectifs (128) 611
Thèses (5) 619
Conclusions d'avocat général CJCE (53) 619
Jurisprudence de l'Union (382) 620
Cour de justice des Communautés européennes 620
Cour de justice de l'Union européenne 628
Tribunal de première instance des Communautés / de l'Union européenne(s) 630
Jurisprudence CEDH (12) 630
Jurisprudence des États membres (81) 630
Jurisprudence allemande 630
Jurisprudence espagnole 631
Jurisprudence française 631
Jurisprudence italienne 632
Jurisprudence tchèque 633
Jurisprudence des autres États membres 633

INDEX (LES NUMEROS RENVOIENT AUX PARAGRAPHES) 635

TABLE DES MATIERES 641

Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir du respect de l'identité nationale des États membres

Résumé :

Selon la devise européenne, « *Unie dans la diversité* », la construction européenne viserait à unir de façon sans cesse plus étroite les États membres et leur peuple sans pour autant menacer leur existence. Une telle formule semble ainsi placer le principe du respect de l'identité nationale au cœur des relations entre États membres et Union européenne. En effet, l'identité nationale représente la synthèse des caractéristiques fondamentales des différentes nations européennes, pour certaines singularisant chaque État, pour d'autres reflet d'une nécessaire homogénéité entre les membres d'une même communauté. Le respect de cette identité participe activement à la préservation de l'existence étatique, mais également à l'évolution de l'Union elle-même. Certes, l'exigence d'une préservation identitaire fut d'abord formulée au niveau interne, l'État menaçant alors de protéger unilatéralement son identité constitutionnelle à l'encontre du droit de l'Union. Néanmoins, d'une exigence souveraine étatique, le respect de l'identité nationale est progressivement devenu une notion du droit de l'Union. Bien que récemment entré dans le champ des compétences de la CJUE, ses implications notamment jurisprudentielles se dessinent déjà sur la construction européenne. Il est même devenu un principe d'interprétation, ainsi qu'un motif susceptible de justifier de façon autonome une restriction à l'application du droit de l'Union. Il met en lumière la singularité de la nature et du fonctionnement de l'Union, en contribuant tant à la limitation de la résistance souveraine des États, qu'à l'émergence d'un pluralisme juridique. D'ailleurs, il tend à renforcer cette singularité, d'une part en favorisant l'émergence d'un statut d'État membre au sein duquel le respect des éléments spécifiques de son identité serait un droit, et d'autre part en accompagnant la constitutionnalisation de l'identité de l'Union provenant de l'absorption et de la protection d'éléments communs aux identités constitutionnelles. Ainsi, le principe s'inscrit particulièrement bien dans le contexte de la spécificité de la construction européenne, en ce qu'il en est non seulement l'une des résultantes, mais également parce qu'il en devient progressivement l'une de ses sources.

Abstract :

According to the European motto, « United in diversity », European construction would aim at an ever closer union among member States and their people without threatening their existence. Thus, such a formula seems to place the principle of national identity's respect at the heart of the relationships between member States and the European Union (EU). Indeed, national identity is the synthesis of fundamental characteristics of each European nation, which both differentiates each State and reflects useful homogeneity between members of the same community. The respect of this identity participates to the preservation of States' existence, but also to the evolution of the EU itself. The requirement of identity preservation was certainly first formulated at the national level, when States threatened to unilaterally protect their constitutional identity against EU law. Yet, national identity's respect has changed from a sovereign State demand to an notion of Union law. Although it entered the scope of ECJ competence recently, it has already visible consequences on the European construction. It has even become a principle of interpretation and a way to justify an obstacle to trade autonomously. It highlights the originality of EU nature and functioning, in contributing not only to limit the sovereign resistance of States, but also to make legal pluralism emerge. Furthermore, it tends to reinforce this originality, on the one hand, by underpinning the development of a member States specific status, giving it a right to have its specific features respected, and, on the other hand, by strengthening constitutionalisation of EU identity based on the common elements of national constitutional identities. As a consequence, this principle shows the originality of European construction by being not only its results, but also one of its sources.

Droit public - Droit de l'Union européenne - Droit constitutionnel
Identité nationale - Identité de l'Union - Rapport entre le droit interne et le droit externe
Pluralisme - Constitutionnalisation - Européanisation - Spécificité de la construction européenne