

VIIe Congrès mondial de l'AIDC

Athènes 11-15 juin 2007

Atelier 4

Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales

Marie-Claire Ponthoreau

Professeur à l'Université Montesquieu, Bordeaux
(CERCCLÉ)

« ... c'est bien au présent qu'il s'agit de trier, dans l'héritage du passé,
ce qui est encore nécessaire pour que l'avenir ait du sens »
F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, 1999, p.223

Les relations entre les principes fondamentaux des constitutions des Etats membres et la construction européenne ont été pendant longtemps négligés. Le traité de Maastricht représente une nouvelle étape dans le processus d'intégration. Son adoption et sa ratification ont révélé la nature potentiellement conflictuelle du rapport entre droit constitutionnel et droit communautaire. Dans ce sens, 1992 peut être considéré comme une rupture dans le processus d'intégration européenne. Cependant, avons nous véritablement compris la dimension profonde de cette rupture en 1992 ? Ce n'est pas certain, faute peut-être d'avoir eu la bonne clé de lecture.

Les identités constitutionnelles nationales sont à notre avis cette clé nécessaire à une compréhension en profondeur des difficultés que rencontrent aujourd'hui la construction européenne après l'échec de la « constitution européenne ». L'identité nationale est pour une part, consciente, et pour une autre part, inconsciente. En 1992, nous n'avons vu que la part consciente. Ce n'est qu'à présent que la part inconsciente émerge. En particulier, elle a émergé avec le résultat du référendum français en mai 2005 et puis avec celui du référendum hollandais. Nous devons les prendre au sérieux. Parce que nous n'avons pas suffisamment pris au sérieux le "non" danois au traité de l'Union européenne, nous avons à présent intérêt à examiner de près les identités nationales pour envisager la poursuite du processus d'intégration européenne.

Le point de départ avec le traité sur l'Union européenne est le sentiment qu'il y a quelque chose qui ne va pas. Peut-être, les nouveaux transferts de compétences : ils sont à l'origine d'un change de nature de la construction européenne qui tait son nom, une évolution vers une

structure fédérale qui n'est mentionnée nulle part. La question de l'identité des Etats membres de l'Union européenne est soulevée dans un cadre organisationnel défini. Elle se réfère tout d'abord à la situation des Etats membres au sein d'une entité européenne et à leur disposition face à celle-ci dont la qualité alternative d'une Europe fédérale ou d'une Europe des parties ne peut évidemment pas être sans impact sur cette identité. Le problème spécifique de cette organisation est donc le suivant : comment est-il possible de préserver et d'intégrer en même temps les Etats-nation ? Jusqu'à présent les parties ont toujours renoncé à inscrire dans les traités la vocation fédérale de l'Union et des communautés européennes. Ce n'est donc pas par hasard. La construction européenne porte atteinte, du point de vue des Etats membres, à la représentation nationale de l'Etat. La question essentielle qui se pose alors est : l'Union européenne peut-elle offrir une compensation à ce sentiment fondé ou exagéré de menace d'une dissolution des identités nationales ?

La réponse que l'on trouve dans le traité est l'article ex-F alinéa 1^{er} (aujourd'hui art.6 alinéa 3 TUE) : « L'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes de la démocratie ». Cette clause reformulée est présente dans le traité établissant une constitution pour l'Europe avec l'article I. 5 : « L'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, 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'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité intérieure ».

Deux raisons principales expliquent l'introduction de la clause d'identité nationale dans le traité sur l'Union européenne. La première réside dans le contexte historique spécifique de 1992. La fondation de l'Union européenne a eu lieu au moment même de la renaissance de l'Etat-nation en Europe puisqu'en 1989 le Mur de Berlin tombe et entraîne dans les années qui suivent la chute des régimes communistes de l'Est. La réunification de l'Allemagne démontre la permanence de la conscience nationale, l'historicité de l'identification nationale et sa force normative guidant les comportements individuels. Il faut au demeurant souligner immédiatement que les peuples de l'Europe de l'est sont inspirés du même principe de la nation que la tradition allemande. Dans ce sens, l'article 6 alinéa 3 T.U.E. est un indice de l'anxiété des parties contractantes et de leur volonté de préserver l'Etat-nation face aux avancées du processus d'intégration européenne. L'idée de l'article F alinéa 1^{er} proposée initialement dans le contexte de la « vocation fédérale » de l'Union a été retenue bien que le caractère fédéral fut écarté. Dans les traités successifs la référence à l'identité nationale est conservée : aussi bien dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹ que dans le « traité constitutionnel » avec une formation renouvelée sur laquelle nous reviendrons.

Par conséquent, la seconde explication d'ordre psychologique est étroitement liée à la première : il s'agit de préserver les Etats membres. Elle suppose un bref historique de

¹ Préambule : « L'Union contribue à la préservation et au développement de valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des Etats membres ».

l'intégration européenne. La première constatation est que la ratification des premiers traités (CECA, puis CEE et CEEA) n'a soulevé aucune difficulté dans les six pays fondateurs. Les raisons sont multiples : soit parce que la conclusion de ces traités apportait une amélioration au statut international du pays concerné et que les dispositions constitutionnelles alors applicables étaient moins exigeantes qu'aujourd'hui (Allemagne), soit parce qu'aucun contrôle de constitutionnalité des traités n'existait alors (Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas), soit enfin parce que la Cour constitutionnelle n'a pas été saisie (Italie). Les Etats membres qui rejoignirent les Communautés avant Maastricht, ont modifié leur constitution dans la perspective d'appartenir aux Communautés (Danemark, Irlande, Grèce, Espagne et Portugal). Le problème du respect de la souveraineté ou du caractère étatique des membres des Communautés européennes ne se posa que plus tard. Plus précisément, il se posa soit à l'occasion de modifications apportées au traité (aussi bien dans le cas français que dans le cas irlandais avec l'Acte unique européen), soit à l'occasion du fonctionnement des Communautés, notamment de la reconnaissance de l'applicabilité directe et de la primauté du droit communautaire par la Cour européenne des Communautés européennes.

Ces difficultés vont se concrétiser avec le traité de Maastricht même si l'examen de la réception du traité par les constitutions nationales conduit à nuancer cette opinion, dans la mesure où elles envisagent le système communautaire d'un point de vue exclusivement normatif, c'est-à-dire d'un rapport de systèmes entre ordres juridiques gouverné par le principe hiérarchique de compatibilité des normes. Toutefois, si les rapports de système entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux relèvent d'un rapport entre normes, une autre dimension aussi en jeu est révélée par la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 : aussi longtemps que les Etats restent la base d'une construction européenne supranationale, seuls les peuples des Etats membres peuvent fournir une légitimation satisfaisante à l'Union européenne. Avec le traité de Maastricht, la construction européenne atteint l'institution imaginaire, c'est-à-dire la représentation nationale de l'Etat. Ce traité fait en effet un saut symbolique si l'on pense aux droits de vote et d'éligibilité ouverts aux ressortissants des Etats membres autre que nationaux pour les municipales qui s'ajoutent à l'ouverture entamée de la fonction publique nationale. Autrement dit, des droits parmi les plus symboliques de l'appartenance à la communauté nationale ne sont plus le monopole des nationaux de l'Etat.

Le parallèle entre la clause d'identité nationale et la clause d'intégration européenne introduite dans les constitutions nationales, mais pas dans toutes les constitutions des Etats membres, mérite d'être souligné. En particulier, l'article 23 alinéa^{1er} de la Loi fondamentale allemande correspond à une clause de garantie structurelle qui reprend en partie la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (celle relative à la protection des droits fondamentaux) et qui agrandit cette garantie à plusieurs principes : démocratique, social, fédéral et de subsidiarité. Ce qui offre à la Cour une base normative pour de futures décisions. Cette disposition est d'ailleurs tout à fait exceptionnelle même si plusieurs constitutions (France, Portugal, Irlande, Autriche, Suède et Grèce) contiennent des clauses d'intégration européenne, mais elles se limitent à autoriser le transfert de compétences en faveur de l'Union.

On peut sans aucun doute avancer que ces clauses sont sous-développées et cette analyse se confirme à l'examen des clauses introduites dans les constitutions des nouveaux Etats membres de l'Europe centrale et orientale².

Après avoir identifié les raisons qui expliquent l'introduction de la clause d'identité nationale dans le traité de Maastricht et son maintien dans les traités successifs, se pose le problème de son interprétation et de son utilité pour l'intégration européenne.

1. Comment interpréter la clause d'identité nationale ?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de formuler deux remarques préliminaires. La première regarde le reproche adressé par certains à cette disposition : elle aurait un côté obscur et serait donc sans utilité. Ce reproche nous semble infondé car il est bien connu que même le texte le plus soigné et le plus détaillé ne peut contenir les interprétations et ouvre par conséquent le champ des interprétations possibles. L'article 6 alinéa 3 TUE est sans doute une disposition ouverte, ce qui n'élève rien à son utilité pour comprendre par quels chemins l'intégration européenne peut progresser. Bien au contraire. Dans ce sens, la nouvelle rédaction de la clause d'identité nationale dans le « traité constitutionnel » et en particulier sa position avant l'article 6-I sur la primauté du droit communautaire régénère l'intérêt qu'elle avait suscité notamment auprès de la doctrine constitutionnelle italienne. Une partie des membres de la doctrine italienne y voit l'expression de la « doctrine des contre-limites » développée par la Cour constitutionnelle italienne de manière à tempérer la perte de souveraineté normative à cause de la primauté du droit communautaire.

La seconde remarque concerne la conception de l'identité nationale. 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*.

Michael Rosenfeld a identifié plusieurs modèles d'identité constitutionnelle qui dépendent de la conception de la nation. Il distingue quatre modèles en précisant que l'identité constitutionnelle est plus centrale pour l'identité nationale américaine qu'elle ne l'est dans les modèles français et allemand : “In short, in the German model, the constitution is supposed to

² A. Albi, « Europe Articles » in the Constitutions of Central and Eastern European Countries, 42 *CMLR*, 2005, pp.399; ID., *EU enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, New-York, Cambridge University Press, 2005.

provide the means giving political expression to an existing national identity; in the French, to transform and redirect an already grounded and significantly developed national identity; and in the US, to provide the basic tools for blending a multiplicity of nationalistic elements into a single nation in the process of formation. The Spanish model differs from the preceding three in two principal respects: it sets a framework for multiethnic polity; and it incorporates transnational norms into the perspective order of a multiethnic nation-state. The Spanish model involves a double negation: a rejection of the unity imposed by authoritarian means; and a repudiation of the separatist tendencies exacerbated by the forced unity”³.

Ces modèles n'épuisent pas la réalité. Mais s'agit-il véritablement de déterminer l'identité propre d'un Etat déterminé ? A 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.

A propos de l'interprétation culturaliste, il convient de souligner que c'est avec le traité de Maastricht que la culture fait pour la première fois son entrée dans le champ communautaire par deux dispositions qui consacrent l'une et l'autre le respect de la diversité culturelle et linguistique ainsi que sa promotion par la Communauté. De ce point de vue, une affaire en manquement mérite d'être étudiée⁴ : la Commission reprochait au Luxembourg de ne pas avoir adapté sa législation sur le recrutement des enseignants de manière à l'ouvrir aux citoyens européens afin de réaliser l'égalité d'accès à l'emploi avec les nationaux en application du règlement du Conseil de 1968 sur la libre circulation des travailleurs. Le Luxembourg a invoqué l'article 6.3 TUE pour justifier son refus de modifier sa législation et ainsi sauvegarder le travail des ressortissants luxembourgeois pour transmettre le sentiment d'appartenance nationale. Mais la Cour de justice des Communautés européennes a souligné que le Luxembourg avait d'autres moyens à sa disposition pour préserver l'identité nationale : la Cour reconnaît la légitimité d'un Etat 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.

Pour notre démonstration, l'interprétation politico-institutionnelle semble toutefois la plus importante. Elle est en tout cas confirmée par la nouvelle formulation que l'on trouve dans le traité établissant une constitution pour l'Europe. L'article I-5 dispose : « L'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, 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'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité intérieure ».

³ M. Rosenfeld, *The European treaty-constitution and constitutional identity: A view from America*, *I-CON*, vol.3, n° 2 & 3, 2005, p.323.

⁴ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission contre Grand-duché du Luxembourg*, aff. C-473/93.

Selon Jean-Denis Mouton, le respect de l'identité nationale a « une double fonction défensive »⁵ aussi bien à l'égard de l'Union dans l'exercice des compétences et le développement des actions qui peuvent l'amener à porter atteinte à cette identité qu' à l'égard de l'Union lorsqu'elle contrôle la façon dont les Etats membres eux-mêmes respectent les valeurs démocratiques. La nouvelle formulation de la clause d'identité nationale proposée par le « traité constitutionnel » est concentrée sur la première fonction et la relation entre les constitutions nationales et l'identité est aussi plus claire⁶ puisqu'elle vise « les relations entre l'Union et les Etats membres ». L'identité nationale doit s'entendre comme les structures fondamentales telles qu'elles sont définies par les constitutions nationales. Les structures politiques et constitutionnelles ne sont donc pas identifiées de manière précise par le « traité constitutionnel ». On peut cependant sans risque d'erreur avancer qu'elles concernent l'organisation du pouvoir et notamment l'organisation territoriale de l'Etat à laquelle il est fait référence (on n'est pas sans ignorer la pression exercée par les Länder allemands sur les institutions communautaires).

Il s'agit donc d'un principe général d'autonomie constitutionnelle. Mais s'agit-il uniquement de principes organisationnels ? Dans les Etats membres, on constate une tendance à la constitutionnalisation des facteurs objectifs d'identification : cela répond à la volonté de renforcer le statut juridique de la nation menacée dans la conscience de soi. Ainsi, en Bulgarie l'art 13-1 de la Constitution fait de la religion orthodoxe la « religion traditionnelle » du pays. En France, la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 complétant l'article 2 de la Constitution a introduit : « La langue de la République est le français ».

La clause d'identité nationale pourrait être la source des principes fondamentaux propres à chaque ordre constitutionnel en opposition aux traditions constitutionnelles communes : ce sont des principes étrangers aux traditions communes car ils sont spécifiques à un ordre juridique national comme le principe de laïcité pour l'ordre juridique français ou bien ils sont en contradiction avec un ordre juridique national comme les droits collectifs reconnus à quelque groupe que ce soit (défini par une communauté d'origine) dans le cas français. A la logique intégratrice des traditions constitutionnelles communes, répond une autre logique, cette fois-ci différentielle, qui renvoie aux principes fondamentaux propres à chaque ordre constitutionnel. Ces logiques sont-elles vraiment contradictoires ou bien ne sont-elles que les deux faces d'une même médaille ? Cette jurisprudence pose le problème non seulement de l'articulation entre les normes constitutionnelles et communautaires, mais aussi elle met en relief celui de l'articulation entre le passé national et le projet européen, trop souvent marqué par la survalorisation du présent et l'urgence alors que « le temps est un des enjeux majeurs de la capacité instituante du droit »⁷.

⁵ J.-D. Mouton, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pédone, 2004 pp.466.

⁶ L.M. Diez-Picazo, Observaciones sobre la clausula de identidad nacional, in M. Cartabia, B. de Witte, P. Perez Tremps (eds.), *Constitucion europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p.438.

⁷ F. Ost, *op.cit.*, p.13.

2. Quelle est l'utilité de la clause d'identité nationale pour l'intégration européenne ?

Deux conséquences importantes découlent de cette discussion. La première concerne le lien entre la clause d'intégration européenne dans les constitutions nationales, la clause d'identité nationale et le rôle des juges constitutionnels. D'une part, chaque ordre constitutionnel a ses propres principes en opposition aux traditions constitutionnelles communes et d'autre part, les clauses « Europe » ont un caractère trop général et, du coup, elles ne sont plus en mesure d'absorber les avancées de la construction européenne.

La jurisprudence constitutionnelle la plus récente (les décisions française et espagnole à propos du traité établissant une constitution pour l'Europe⁸) une interprétation originale de la clause d'identité nationale : les juges constitutionnels français et espagnols comprennent cette clause comme un tempérament de la primauté du droit communautaire. Autrement dit, le « traité constitutionnel » absorbe les réserves de constitutionnalité exprimées par les juges constitutionnels à travers l'Europe. La formule de l'identité nationale est interprétée de telle façon qu'elle comporterait une décision contre la subordination inconditionnelle du droit constitutionnel au droit communautaire. L'identité nationale est-elle dotée d'une force dérogatoire ?

Ces décisions posent le problème de savoir qui est compétent pour interpréter la clause d'identité nationale. A notre avis, les juges constitutionnels français et espagnols sont parfaitement compétents puisqu'ils exercent à un contrôle préventif sur le traité qu'ils doivent interpréter de manière à apprécier sa comptabilité avec la constitution nationale. Mieux, ils n'ont pas le choix : le traité n'étant pas ratifié, il n'est donc pas entré en vigueur et ils ne peuvent demander à la Cour européenne de justice d'en clarifier l'interprétation sur un ou des points litigieux. Evidemment, on ne sait pas ce que la Cour pense de l'interprétation avancée par les juges espagnols et français et on ne le saura probablement jamais. Pour notre part, on est prêt à soutenir que la solution proposée est une bonne solution car ouverte. Dit en d'autres termes, elle permet d'éviter les conflits entre droit constitutionnel national et droit communautaire. Aussi bien le Conseil constitutionnel que le *Tribunal constitucional* ont été raisonnables comme les Cours constitutionnelles allemande et italienne dans le passé.

En particulier, la décision française peut être présentée comme une interprétation nationale du traité de manière à écarter la révision constitutionnelle. Dans le passé, le contrôle des traités communautaires exercés par le Conseil constitutionnel avait conduit à des révisions constitutionnelles. Cette fois-ci, cette démarche est apparue insuffisante comme si la constitution nationale n'était plus en mesure d'absorber la nouvelle étape franchie par la construction européenne. Le Conseil constitutionnel a identifié plusieurs problèmes de compatibilité entre la constitution et le « traité constitutionnel » dont l'un regard la question

⁸ Décision française n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 et décision espagnol 1/2004 DTC du 21 octobre 2004.

des droits fondamentaux: tout d'abord, l'éventuel conflit entre les droits des groupes et la tradition constitutionnelle française hostile à la reconnaissance des minorités (qu'elles soient religieuses, linguistiques, culturelles ou bien ethniques). Le Conseil a recours toutefois à l'article II.112 (4) du « traité constitutionnel » (art.53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) lequel permet d'harmoniser par la voie interprétation les traditions constitutionnelles communes et nationales. Le Conseil en tire la conclusion suivante : « sont dès lors respectés les articles 1^{er} et 3 de la Constitution qui s'opposent à ce que soient reconnus des collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance ». De même, le Conseil a protégé par son interprétation le principe de laïcité lequel n'est pas reconnu par le « traité constitutionnel » alors que la liberté religieuse l'est. De la sorte, la révision constitutionnelle a été évitée sur ces deux points potentiellement conflictuels.

Cette décision est donc raisonnable. Pour autant, le problème hiérarchique demeure. Au cours d'un colloque consacré à « La concurrence des systèmes juridiques » et tenu à l'Institut de droit comparé de Lyon (le 20 octobre 2006), Jean-Pierre Jacqué a déclaré que « nous dormons sur une bombe ! » Un tel point de vue semble toutefois excessif. Jusqu'à présent, ces principes qui sont des limites à l'intégration européenne, sont peu nombreux et, sur la base des différentes jurisprudences constitutionnelles européennes, nous savons que les principes relatifs aux structures fondamentales sont d'improbables limites⁹. Mais dans le prolongement de la métaphore militaire, on peut soutenir avec Marta Cartabia qu'ils sont « une sorte d'arme nucléaire qu'il est bon d'avoir et mieux de ne pas utiliser »¹⁰. Par ailleurs, on imagine sans mal que les difficultés réelles viendront plutôt des éléments objectifs de l'identité nationale tels que la langue et la religion. L'interprétation culturelle risque d'être plus importante et plus problématique que l'interprétation politico-institutionnelle.

Dans l'immédiat, ces dernières décisions présentent l'avantage que le tempérament de la primauté du droit communautaire ne trouve pas son fondement uniquement dans la constitution nationale, mais aussi dans le droit communautaire primaire. C'est donc une autre manière de créer un lien entre le droit national et le droit communautaire. L'avis du Tribunal constitutionnel espagnol est plus explicite : le principe de la suprématie du droit communautaire est interprété comme un principe de primauté limité à la question de répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Selon les juges espagnols, il faut distinguer entre la suprématie (propre à la constitution nationale) et la primauté parce que la première dépend d'une rationalité hiérarchique alors que la seconde dépend de la logique des compétences attribuées.

Une décision constitutionnelle française récente confirme que le tempérament de la primauté du droit communautaire ne trouve pas son fondement uniquement dans la

⁹ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pédone, 2004, p.61.

¹⁰ M. Cartabia, "The Legacy of Sovereignty in Italy" in N. Walker (ed.) *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p.318.

constitution nationale : dans sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel se réfère à « une règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » comme limite à l'immunité constitutionnelle des lois de transposition de directives communautaires. Cette décision est le résultat d'un long cheminement initié au cours de l'été 2004. Depuis sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004¹¹, le Conseil ne contrôle pas la constitutionnalité des lois de transposition de directives sauf « disposition expresse contraire de la Constitution ». Le Conseil ne se reconnaît pas une compétence générale de contrôle sur les lois de transposition, considérant que dans l'hypothèse où il y a un doute sur la validité d'une directive, il appartient aux juges ordinaires de saisir la Cour européenne de justice (art.234 TCE). La transposition d'une directive en droit interne résulte d'une « exigence constitutionnelle » i.e. de la clause d'intégration européenne (art.88-1) et non plus de l'article 55 comme par le passé. Ce n'est donc pas le droit communautaire, mais la Constitution française qui donne une base juridique au devoir de transposition des directives. La doctrine a interprété cette référence à l'article 88-1 comme l'expression simultanée de deux propositions contradictoires : d'une part, la transposition des directives est incluse parmi les obligations communautaires et d'autre part, cette obligation spécifique (même transposer les directives inconstitutionnelles) est fondée sur une exigence constitutionnelle. En d'autres termes, 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). Ce tempérament tient à l'existence « d'une disposition expresse contraire à la Constitution » : cette expression, objet de nombreux commentaires, a été substituée par « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » dans la décision de 2006. Le Conseil ne se réfère pas expressément à la clause d'identité nationale, mais c'est clairement sa source d'inspiration, comme le commentaire officiel de la décision sur le site Internet du Conseil le laisse entendre en faisant le lien entre cette décision et celle sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Cette substitution est intéressante à plus d'un titre. D'abord, un lien entre les jurisprudences des cours constitutionnelles européennes se tisse. Ce serait en effet une erreur de croire que le respect de l'identité constitutionnelle soit une formulation nouvelle des relations entre droit communautaire et droit constitutionnel national. Il est vrai cependant que chaque cour constitutionnelle crée sa propre passerelle entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique nationale. La Cour constitutionnelle italienne a ainsi décidé dans sa décision 232/1989 qu'elle n'exercera un contrôle que s'il y a violation de l'un des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel national ou d'un droit fondamental. Cet éventuel contrôle pour vérifier la compatibilité du droit communautaire aux normes constitutionnelles est envisageable au cas par cas. En revanche, la Cour constitutionnelle allemande affirme sa compétence sur le droit communautaire (y compris le droit communautaire dérivé), mais

¹¹ Outre cette décision, il y a trois autres décisions : n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004; n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004; n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

limite les possibles conflits en restreignant sa compétence à une question de principe concernant les droits fondamentaux au-delà des cas individuels. Dits en d'autres termes, il ressort des décisions Solange I et II qu'il s'agit d'une compétence résiduelle qui ne s'ouvre que dans l'hypothèse d'une insuffisance de principe de la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire. La Cour a réaffirmé sa réserve de compétence dans sa décision du 7 juin 2000.

Une formulation commune¹² serait donc importante. Jusqu'à présent aucune cour n'a cherché à identifier précisément les principes constitutionnels qui limitent la primauté du droit communautaire. Les différentes appellations renvoient pour chacune des cours à des principes constitutionnels différents. En même temps, dans tous les cas, ces principes fondamentaux ne peuvent être trouvés que dans l'ordre constitutionnel et sont l'expression de la culture d'un peuple : ils sont le noyau dur de la constitution. Le dialogue prôné depuis longtemps entre les différents ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique communautaire ne peut être organisé qu'en fonction exclusive du côté européen. C'est pourquoi la Cour de justice pourrait avoir recours à l'article 6.3 du TUE comme principe d'interprétation du droit communautaire (ce qui fut proposé par Bruno de Witte avant même l'introduction de la clause d'identité nationale dans le traité de Maastricht)¹³ : elle pourrait prendre en considération la violation des droits fondamentaux (c'est d'ailleurs l'esprit de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux) ou des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel par un acte communautaire et interpréter le droit communautaire dans le respect de la constitution nationale de manière à en éviter la violation.

Certes, bien que les juges aient été raisonnables jusqu'à présent, rien ne dit que la bombe ne finira pas par exploser (même si on a peine à croire à cette éventualité à cause de son coût politique). On peut argumenter dans une double direction : soit en faveur de la création d'un Conseil constitutionnel européen composé de juges constitutionnels nationaux et de juges communautaires (proposition avancée depuis longtemps par Joseph Weiler)¹⁴, soit en faveur d'une solution politique qui conduirait les gouvernements nationaux à se substituer aux juges. Dans cette dernière hypothèse, il est toutefois difficile d'imaginer une définition précise des principes constitutifs de l'identité constitutionnelle de chaque Etat membre. L'idée centrale et incontournable est la nécessaire prise en compte des identités constitutionnelles nationales et non de l'identité spécifique à chacun des Etats. Cependant, ce serait sans aucun doute une bonne idée de préciser que la clause d'identité nationale ne correspond pas à la souveraineté

¹² Dans ce sens, il a été fait référence à la clause d'identité nationale par le Conseil d'Etat belge dans son avis n° 37.978/AG du 15 février 2005 sur l'avant-projet de loi portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe (in *Rev. Fr. Droit Adm.* 2005, p.242) et par le Conseil d'Etat du Luxembourg dans son avis n° 46.893 du 22 mars 2005 sur le projet de loi portant approbation du traité établissant une Constitution pour l'Europe: cité par P. Cassia, Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française, *Rev. Fr. Droit Adm.*, 2005, p.471.

¹³ B. de Witte, Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales, *Droits*, n° 14, 1991, p. 95.

¹⁴ J.H.H. Weiler, IGC 2000: The Constitutional Agenda, in *Rethinking the European Union – IGC 2000 and Beyond*, (eds.) E. Best, M. Gray, A. Stubb, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2000, p.219.

nationale. Cette conception large de l'identité constitutionnelle peut être écartée sur le fondement que chaque Etat a volontairement transféré en partie sa souveraineté (ou l'exercice de certaines compétences) ; ce qui l'expression même de sa souveraineté et donc de son indépendance. Dans l'hypothèse d'une transformation de l'Europe en fédération européenne, cela supposerait par conséquent le consentement des peuples européens. Il y a de ce point de vue un lien étroit entre la clause d'identité nationale et les clauses d'éternité présentes dans certaines constitutions nationales puisque ces clauses d'éternité sont l'expression du noyau dur constitutionnel. En particulier, l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande se réfère à l'article 20 lequel prévoit dans l'alinéa 2 que « tout pouvoir d'Etat émane du peuple ». En revanche, la jurisprudence constitutionnelle française fait preuve d'une incohérence théorique curieuse. D'un côté, le Conseil constitutionnel a décidé dans la décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 qu'il n'est pas compétent pour assurer un contrôle de constitutionnalité sur les lois de révision constitutionnelle. Autrement dit, le législateur extraordinaire (ou pouvoir constituant dérivé) peut faire ce qu'il veut puisqu'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire de réviser la constitution. De l'autre, le Conseil a affirmé dans sa décision de 2006 que les principes fondamentaux de l'identité constitutionnelle ne sont pas intangibles : c'est en tout cas ce que l'on en déduit de la formulation du considérant 19 : « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, *sauf à ce que le constituant y ait consenti* ». C'est donc une étrange conception de la suprématie de la constitution : d'une part, le pouvoir constituant (dérivé) est supérieur à la constitution et d'autre part, la constitution (ou plus précisément les principes fondamentaux constitutifs de l'identité constitutionnelle) est supérieure au droit communautaire.

Même si la clause d'identité nationale devait être précisée dans le futur, il est difficile d'imaginer que les juges puissent être totalement exclus puisque la relation entre les principes fondamentaux des constitutions nationales et l'ordre juridique communautaire reste avant tout un problème d'interprétation. Pour cette raison, les juges (constitutionnels et communautaires) sont et resteront en première ligne. La solution procédurale traditionnellement avancée afin d'encourager un échange des interprétations et une influence réciproque repose sur l'article 234 T.CE : elle constitue certainement une piste valable¹⁵ qui présente toutefois un certain nombre de difficultés. Plusieurs cours constitutionnelles ont exprimé leur refus, notamment la Cour constitutionnelle italienne (ord. 536/1995 confirmée par ord. 316/1996 et ord. 109/1998). Ce refus s'explique principalement par la crainte d'être perçue comme « inférieure » à la Cour européenne de justice qui imposerait son interprétation et donc minerait l'autorité de la Cour italienne dans ses rapports avec les juges ordinaires. En même temps, en refusant un dialogue direct avec la Cour de justice, elle n'a aucun moyen d'influencer la jurisprudence communautaire. Ce refus est très différent de celui du Conseil

¹⁵ Certaines cours constitutionnelles la pratiquent déjà: décision n° 6/97 de la Cour d'arbitrage belge (CJCE 16 juillet 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*), ordonnance du 10 mars 1999 de la Cour constitutionnelle autrichienne (CJCE 8 novembre 2001, *Adria-Wien pipeline GmbH*).

constitutionnel¹⁶. Il met en relief le caractère faussé de ce dialogue entre juges. Son caractère unilatéral, en effet, ne facilite pas véritablement les échanges avec les juges constitutionnels.

3. Quelle est l'utilité de la clause d'identité nationale pour l'intégration européenne ? (suite)

La seconde conséquence est la suivante : le droit constitutionnel comme ensemble de règles n'est plus en mesure de fournir une assise aux avancées de l'intégration européenne. Les clauses « Europe », nous l'avons déjà dit, ne sont plus une base constitutionnelle suffisante. Maintenant, l'Europe a besoin d'une conscience de soi et donc d'engager une « intégration des esprits ».

Pour comprendre ce besoin, une remarque sur la formulation de la clause d'identité nationale s'impose. L'identité nationale est attribuée aux Etats membres et non pas aux peuples européens. Evidemment, les personnes bénéficient au sein de l'Union de la liberté et de la démocratie. Il y a toutefois une source de tension visible. Désormais, les Etats ne peuvent plus contenir l'impact des politiques décidées à l'extérieur à l'intérieur de leurs frontières. C'est pourquoi ils doivent développer de nouvelles formes de contrôle sur les processus décisionnels qui se tiennent en dehors de leurs frontières. En même temps, la démocratie est liée à la nation et se développe dans ce cadre national : dans l'esprit de nombreux citoyens, l'Etat-nation contrôle toujours les processus décisionnels.

Pour cette raison, la clause d'identité nationale est importante et utile : elle est une clé pour voir non seulement la partie visible du système juridique européen, mais aussi en-dessous de la surface de ce système. Cette expression « partie visible du système juridique »¹⁷ renvoie au droit tel qu'il apparaît à la surface dans les sources formelles comme ici les traités. En tant que tels, les traités disent quelque chose de la manière dont le droit peut être perçu, interprété, et appliqué. Mais ce n'est pas suffisant. Il y a plus : la plupart des concepts juridiques, et en particulier ceux qui relèvent du droit constitutionnel, sont culturellement enracinés. C'est pourquoi nous devons regarder en dessous de la surface du système et ne pas nous contenter de ce nous voyons (traités, constitutions, jurisprudence et doctrine).

¹⁶ Le Conseil constitutionnel l'a exprimé dans la décision précitée de 2006 (cons. 20) : sans surprise, le contrôle de constitutionnalité avant la promulgation de la loi ne lui permet pas d'« attendre » l'arrêt de la Cour européenne de justice puisque le Conseil a un mois pour statuer, voire huit jours s'il y a urgence. Son contrôle sur les lois de transposition est donc limité aux dispositions « manifestement incompatible(s) avec la directive » qu'elles ont pour objet de transposer. Le dialogue avec le Cour de justice passe par les juges ordinaires. Voir la récente contribution du Conseil d'Etat : CE Ass. 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique in *A.J.D.A.* 2007, pp.577 avec la note de F. Lenica et J. Boucher.

¹⁷ Sur l'importance de la distinction entre les parties visible et invisible du système juridique pour les études comparatives : voir M.-C. Ponthoreau, Existe-t-il véritablement une concurrence entre common law et tradition civiliste? Le point de vue du comparatiste de droit public, in *La concurrence des systèmes juridiques* (dir.) F. Ferrand, Marseille, PUAM, 2007, à paraître.

Bien que les mots soient lourds de sens, le Conseil constitutionnel n'a fait aucune remarque à propos du titre du traité ; comme si l'aspect symbolique du « traité constitutionnel » relève de la simple rhétorique. Cependant, l'émergence de « l'identité constitutionnelle de la France » dans la jurisprudence qui a suivie la décision sur le traité établissant une constitution pour l'Europe dit quelque chose de plus : à la logique intégratrice des traditions constitutionnelles communes, répond une autre logique, cette fois-ci différentielle, qui renvoie aux principes fondamentaux propres à chaque ordre constitutionnel. Les références symboliques en droit entretiennent par la force des choses une ambiguïté des significations. La référence à l'identité constitutionnelle nationale dit toutefois beaucoup sur la conception nationale (certains diront nationaliste) du droit constitutionnel. Elle dit aussi beaucoup des carences du projet européen et, tout particulièrement, de son incapacité à déclencher un processus d'identification.

L'idée d'identité permet de mesurer ce qui nous sépare d'un nouvel ordre politique. Le poids des identités constitutionnelles a donc aussi un écho dans le débat constitutionnel européen. En particulier, il souligne la question de l'identité européenne et par conséquent le problème de l'identification : être identifié et s'identifier.

Tout d'abord à propos de l'identification de l'Europe, chacun sait qu'en l'absence d'un *demos* européen, les institutions communautaires ont engagé une promotion de l'identité européenne. Mais cette identité demeure désincarnée, abstraite et cimentée par un « patrimoine commun de droits fondamentaux ». Mais il s'agit là d'une rhétorique autour de valeurs partagées qui néglige la diversité de l'héritage culturel en Europe. Ces valeurs partagées (art.6.2 TUE) ne sont pas propres aux peuples européens. Quelle est la spécificité de l'identité européenne ? L'identité européenne a besoin d'éléments constitutifs tels que la solidarité. Ces éléments constitutifs sont importants de manière à concrétiser cette « intégration des esprits » évoquée précédemment car la source des tensions vient du problème de l'adhésion au projet européen. Il y a plus : la difficulté de l'Europe à se déterminer en opposition au reste du monde, ce qui est nécessaire et logique dans un processus d'identification. Un seul exemple : lors de l'élaboration du « traité constitutionnel », la crise de l'Irak a révélé la profonde dissension entre les Etats membres dans le domaine des affaires étrangères : puisque certains ont soutenu les Etats-Unis alors que les autres y étaient opposés. Malgré les efforts accomplis, il n'y a pas de véritable politique commune en la matière.

Aussi peut-on partager l'idée avancée par M. Rosenfeld, le succès d'une constitution européenne dépend d'une « identité constitutionnelle opératoire »¹⁸. Cependant, comme l'a démontré Armin von Bogdandy,¹⁹ ni les éléments existants de l'identité européenne, ni ceux présents dans le « traité constitutionnel » ne fournissent une base suffisamment solide pour assurer le succès du projet européen. Dans quelle mesure le développement d'une nouvelle discipline –le droit constitutionnel européen– peut-il participer à la création d'un *demos*

¹⁸ M. Rosenfeld, *op. cit.*, p.317.

¹⁹ A. von Bogdandy, *The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe*, *I-Con*, vol.3, 2005, pp.295.

européen et d'une culture juridique spécifique ? C'est l'ambition affichée par Bogdandy dans son élaboration d'une « théorie des principes du droit européen »²⁰. Malgré les doutes ou les critiques que peut susciter cette entreprise, on peut convenir qu'elle met l'accent sur le rôle de la doctrine dans la construction de son objet. La culture participe du processus d'identification puisqu'elle est ce qui permet de marquer l'identité d'un système juridique et donc sa différence par rapport aux autres. On peut certes convenir qu'une culture juridique propre à l'Europe existe déjà et que sa principale caractéristique est d'être une culture hybride²¹. Elle est exposée de manière permanente aux influences des autres systèmes juridiques. C'est pourquoi ses traits ne sont pas définitivement fixés et ne sont pas exempts de contradictions. Il semble en effet difficile de parler de culture constitutionnelle européenne sans une appropriation par les peuples européens de la question constitutionnelle ou plus exactement par un refus de cette question.

Le « traité constitutionnel » n'est pas une véritable rupture avec le passé. Cette rupture a eu lieu en 1992 avec le traité de Maastricht. C'est la raison pour laquelle la question « pourquoi l'intégration européenne ? » est toujours d'actualité et n'a pas perdu de sa pertinence. Plus précisément, l'Europe est une donnée de fait et non pas un choix, i.e. un projet auquel les citoyens européens adhèrent. Les résultats des référendums français et hollandais de 2005 sont l'expression de peurs. Mais est-il possible de construire l'Europe sans que les citoyens ne s'en rendent compte ? Pendant longtemps ils ont été ignorés ou, en tout cas, éloignés du processus d'intégration. Or, la conscience européenne ne peut être introduite par voie administrative. Mais il y a plus : reste à imaginer « une démocratie non nationale » qui soit légitime²². Ce chemin est difficile puisque nous avons pensé jusqu'à présent le principe majoritaire dans le cadre national. Cette construction ne peut donc que prendre du temps. Or, le processus de constitutionnalisation de l'Europe a été accéléré par le choix de l'élaboration d'une « Constitution européenne » en espérant ainsi en tirer profit dans la constitution d'une identité collective. Ce choix d'un constitutionnalisme à la française s'est révélé infructueux. Ne faut-il pas dès lors s'engager sur un autre chemin qui emprunterait plutôt la voie du constitutionalisme à l'anglaise ? Dit en d'autres termes, il nous appartient de réfléchir aux pré-conditions d'une constitution européenne non écrite.

²⁰ A. von Bogdandy & J. Bast (eds.) *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006 (voir en particulier l'introduction par Bogdandy).

²¹ N. Walker, The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU, in *The migration of constitutional ideas*, (ed.) S. Choudhry, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p.334.

²² G. Vedel, Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen, *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p.26.