

Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2013

François-Xavier MILLET - Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole (IRDEIC)

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 41 - OCTOBRE 2013

Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2013 : *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle Des États membres*, par François-Xavier MILLET

Résumé : S'il apparaît a priori incongru de soutenir que l'identité constitutionnelle présente un potentiel réconciliateur, son ancrage récent à l'article 4 du traité sur l'Union européenne donne à cette notion un tour plus coopératif et moins conflictuel. Paradoxalement, loin de cristalliser le conflit, cette nouvelle notion suggère en réalité l'armistice dans les rapports tumultueux entre ordres juridiques.

« Aujourd'hui nous ne nous battons plus pour la souveraineté ou pour la gloire, nous nous battons pour l'identité. La souveraineté était une maîtrise, l'identité n'est qu'une référence. La souveraineté était aventureuse, l'identité est liée à la sécurité. L'identité est cette obsession d'appropriation de l'être libéré, mais libéré sous vide, et qui ne sait plus ce qu'il est. »

Jean Baudrillard⁽¹⁾

Alors que le droit est censé être synonyme de stabilité et de prévisibilité, il génère parfois des notions floues, indéterminées, étrangères à la culture juridique *hic et nunc*. N'échappant pas lui-même aux phénomènes de mode, il est amené à convoquer des concepts plus familiers à d'autres disciplines, à l'image de l'identité. Si cette dernière occupe déjà une place importante en droit privé, son usage en droit public apparaît en revanche singulier, notamment lorsqu'elle est accompagnée du qualificatif « constitutionnel ».

La paternité de la notion d'identité constitutionnelle nationale revient au Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la loi de transposition de la directive harmonisant certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Dans sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, la haute juridiction subordonna en effet la suspension de son contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives de l'Union au respect des « *règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* ». Au moyen de cette notion, elle se réserva ainsi la possibilité de faire échec à l'intégration européenne dans l'hypothèse où une norme du droit de l'Union viendrait violer l'identité constitutionnelle nationale. À quelques nuances près, le Conseil constitutionnel fut suivi par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le Tribunal constitutionnel polonais et la Cour constitutionnelle tchèque. Ces trois autres juridictions constitutionnelles n'hésitèrent pas à mettre en avant l'identité constitutionnelle de leurs États respectifs aux fins de limiter l'effet utile du droit de l'Union.

Du point de vue du droit de l'Union européenne, il apparaît immédiatement que l'identité constitutionnelle des États membres semble devoir être accueillie avec scepticisme. Non seulement renvoie-t-elle *a priori* à un concept du droit national destiné à faire obstacle à l'effectivité du droit de l'Union en droit interne, mais elle constitue aussi une notion polémique. Ni le contexte politique, ni le contexte juridique, n'apparaissent favorables à la reconnaissance effective des identités constitutionnelles nationales en droit de l'Union. D'une part, le langage *identitaire* peut renvoyer à des essences immuables destinées à marquer les différences entre *Nous* et *les Autres*. Un tel vocabulaire semble contraire au *telos* européen : créer une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe. D'autre part, le contexte juridique n'est guère propice au développement d'une rhétorique relative à l'identité constitutionnelle – *a fortiori* nationale – en droit de l'Union européenne. En effet, le discours de l'identité constitutionnelle est susceptible d'affaiblir le droit de l'Union en relativisant la portée de certains grands principes structurels, en particulier la primauté – traditionnellement conçue de manière absolue⁽²⁾ – et l'uniformité. Or, il s'avère que si l'identité constitutionnelle est, en première analyse, une norme de résistance, son potentiel juridique de réconciliation est en réalité immense.

I – L'identité constitutionnelle nationale comme stratégie de défense

Si l'on se place du côté des États membres, l'identité constitutionnelle s'apparente à une véritable stratégie de défense utilisée par diverses cours constitutionnelles nationales contre l'Union européenne. Elle fait figure d'ultime recours, de feu atomique des rapports entre ordres juridiques. Tout d'abord, l'identité constitutionnelle est une notion-slogan suffisamment vague et indéterminée pour permettre au juge interne, chef d'état-

major de cette stratégie, d'y faire entrer tout ce qu'il souhaite de manière discrétionnaire. Par sa formulation énigmatique, elle apparaît en effet faire partie de ces concepts juridiques laissant une marge de manœuvre significative au juge. Chaque juge va imputer ce que bon lui semble à l'identité constitutionnelle de son propre ordre juridique, qui un ensemble de compétences, qui la souveraineté de l'État ou de la nation, qui des valeurs nationales, qui tel droit fondamental spécifique. Ensuite, en tant qu'elle est partagée par différents ordres juridiques, l'identité constitutionnelle apparaît en quelque sorte comme l'oriflamme d'un front commun de résistance face à « l'occupation »⁽³⁾ européenne. Si les juridictions constitutionnelles française, polonaise, allemande et tchèque ne se sont pas encore mutuellement référées à leurs décisions respectives en la matière, elles semblent cependant guidées par une main invisible qui assure la coordination de leur stratégie non plus autour de l'antique maxime *honneur et patrie* mais de la problématique plus actuelle de l'identité.

Il est justement surprenant que ces différentes juridictions se soient coalisées autour de la notion d'identité constitutionnelle plutôt que de la notion plus habituelle – en France du moins – de souveraineté. Cela semble notamment tenir au fait que, comme l'a souligné Baudrillard, le langage et les thématiques de l'identité occupent aujourd'hui le devant de la scène, tendant à éclipser les considérations plus étroitement liées à la souveraineté. Les experts de science politique en particulier confrontent régulièrement la construction d'une identité européenne et le respect éventuellement dû aux identités nationales. En soi, ceci n'explique pas pourquoi, en droit, il est question d'identité *constitutionnelle* nationale. Le qualificatif constitutionnel confère non seulement un tour juridique à l'identité mais présente l'avantage de renvoyer à ces mêmes constitutions nationales dont les cours constitutionnelles des États membres sont censées assurer la primauté et desquelles elles tirent même leur autorité, voire leur raison d'être face aux normes externes. À travers ce langage, il s'agit donc pour ces cours d'insister sur la suprématie ultime de constitutions étatiques qui sont le siège des identités nationales. Si ces hautes juridictions auraient pu s'en tenir à leur rhétorique traditionnelle en matière de rapports entre le droit de l'Union et le droit interne, le choix de l'expression « identité constitutionnelle » n'est pourtant pas fortuit puisqu'il résulte de l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne (TUE) dans sa version Lisbonne qui dispose que « *l'Union européenne respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ». De même que le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol avaient utilisé une disposition analogue du traité établissant une Constitution pour l'Europe afin de minimiser la portée du principe de primauté, il apparaît que certains juges constitutionnels se soient également déplacés sur le terrain de « l'ennemi » en pointant ses propres armes contre lui. En érigeant l'identité constitutionnelle en limite de l'intégration européenne, les juges nationaux semblent avoir fait un usage instrumental de l'article 4 § 2 TUE dans lequel ils ont vu la justification *communautaire* de leurs propres revendications. Nous nous trouvons ainsi en présence d'une stratégie délibérée, coordonnée et potentiellement très efficace de la part des juges internes ayant pour objet d'entraver – ou du moins de maîtriser – la progression des normes européennes en droit interne.

Dans ce contexte, il apparaît *a priori* incongru de soutenir que l'identité constitutionnelle présente un potentiel réconciliateur. Pourtant, son ancrage récent à l'article 4 du traité sur l'Union européenne donne à cette notion un tour plus coopératif et moins conflictuel. Paradoxalement, loin de cristalliser le conflit, cette nouvelle notion suggère en réalité l'armistice dans les rapports tumultueux entre ordres juridiques.

II – L'identité constitutionnelle nationale comme principe structurel du droit de l'Union

Le discours de l'identité constitutionnelle permet en effet d'éclairer d'un jour nouveau la problématique sans cesse rebattue et apparemment insoluble « du conflit constitutionnel ». L'Union européenne aspire légitimement, en tant qu'entité supranationale, à la primauté de l'ensemble de sa production normative sur l'ensemble du droit des États membres, y compris sur leurs constitutions. Dans le même temps, les États membres restent inflexibles sur la supériorité ultime de leurs constitutions, du moins de certaines de leurs normes, sur les normes européennes. Si les sphères du droit de l'Union et du droit national étaient bien séparées, ces prétentions contradictoires à la suprématie ne poseraient guère problème dans la mesure où les normes européennes et nationales ne seraient pas simultanément applicables à une même situation juridique. Or, d'une part, l'expansion des compétences de l'Union a contribué à étendre le champ d'application de son droit d'une manière telle que, désormais, l'ancien ordre juridique communautaire et les ordres juridiques internes présentent de très nombreuses zones de recouvrement. D'autre part, malgré un processus indéniable de convergence matérielle des ordres juridiques, persistent des différences de contenus ainsi qu'un certain nombre de spécificités constitutionnelles nationales, ce que le président Mazeaud appelait les dispositions *cruciales* et *distinctives* des constitutions nationales⁽⁴⁾. Dès lors, les hypothèses de conflits normatifs étant appelées à être de plus en plus fréquentes, il est nécessaire de tenter de les résoudre. Or, ces conflits semblent insurmontables en raison de l'existence de volontés concurrentes d'avoir le dernier mot.

On ne saurait réconcilier l'inconciliable, dit-on depuis un certain temps. Nous admettons que l'entreprise est délicate. Si de fait la méfiance prévaut en la matière entre l'Union et les États membres, une telle vision manichéenne occulte cependant l'imbrication qui existe déjà entre la constitution matérielle de l'Union – autrement dit les règles et principes se trouvant au sommet de la hiérarchie des normes de l'Union – et les constitutions des États. Il apparaît en effet que le droit de l'Union s'appuie souvent sur les constitutions nationales afin de garantir son

effectivité. De même, indépendamment de l'article 4 § 2 TUE, il prend en compte un certain nombre de spécificités constitutionnelles des États membres, notamment dans le cadre de protocoles ou de déclarations mais parfois aussi dans certains actes de droit dérivé. La jurisprudence de la Cour de justice n'est également pas en reste même si elle opère quasi systématiquement sur le mode du non-dit par crainte d'ébranler les colonnes du temple. Il suffit de penser par exemple à la célèbre affaire *Omega*(5) pour constater ce phénomène.

De manière plus générale, le respect de l'identité constitutionnelle des États membres par l'Union européenne n'est non seulement pas une vue de l'esprit mais il fait figure à notre sens de principe structurel du droit de l'Union désormais inscrit dans le marbre de l'article 4 TUE. Se distinguant nettement de la souveraineté et n'ayant pas pour fonction de réserver certaines compétences aux États – ainsi que l'interprètent de manière erronée certains d'entre eux – il vise à préserver les spécificités cruciales des États membres. Il constitue non seulement une norme de référence du contrôle des actes de droit dérivé par la Cour mais aussi un principe d'interprétation dans le champ d'application large du droit de l'Union. Pour autant, cela ne signifie pas que l'ensemble des règles et principes dans lesquels un juge constitutionnel verrait l'expression de l'identité constitutionnelle de son État seront acceptés par la Cour de justice. Celle-ci définit en effet le cadre de l'opposabilité de l'identité constitutionnelle nationale. En particulier, cette dernière ne saurait aller à l'encontre de l'identité constitutionnelle de l'Union européenne elle-même, autrement dit de ses valeurs telles qu'elles ressortent de l'article 2 TUE mais aussi de sa « Constitution économique ».

L'armistice de l'identité constitutionnelle est donc un armistice sous conditions. La notion d'identité constitutionnelle ne peut être pleinement opérante que si elle est appréhendée dans une logique de coopération et de dialogue. Elle ne peut développer tout son potentiel si l'accent est mis – comme en Allemagne notamment – sur un ensemble de compétences réservées aux États et sur la souveraineté. Il importe que les juges mettent en avant des spécificités fondamentales des États plutôt que telle compétence dans la mesure où, d'une part, l'Union a longtemps été insensible à la question de la répartition verticale des compétences (et qu'elle l'a en toute hypothèse interprétée de manière favorable à l'Union) et que, d'autre part, la clause d'identité constitutionnelle nationale n'a pas vocation à faire doublon avec les dispositions relatives à la compétence d'attribution de l'Union ou au principe de subsidiarité. Dans ces circonstances, le dialogue des juges apparaît déterminant. Ni la Cour de Luxembourg, ni les juges nationaux ne peuvent en aucun cas s'arroger un monopole d'interprétation de cette notion. En aucun cas celle-ci ne peut-elle être une notion autonome du droit de l'Union ou du droit national. En tant que charnière(6), elle relève en quelque sorte d'un tiers ordre ou plutôt d'un espace juridique englobant plus que chapeautant l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques internes. À cet égard, la question préjudicielle apparaît l'instrument par excellence permettant à l'identité constitutionnelle de développer toutes ses virtualités. Dès lors, on ne peut à cet égard que se féliciter du renvoi opéré par le Conseil constitutionnel le 4 avril dernier dans sa décision n° 2013-314P QPC. Si le pas est indubitablement important, on ne saurait toutefois en exagérer trop la portée étant donné qu'il concerne une matière entièrement constitutionnalisée pour laquelle les juges de la rue de Montpensier sont appelés à effectuer un contrôle de la compatibilité des lois avec les actes de l'Union relatifs au mandat d'arrêt européen, sous le contrôle de la Cour de justice. Aussi, ce premier renvoi en appelle d'autres, plus difficiles, y compris lorsque l'identité constitutionnelle de la France elle-même semblera menacée par une directive de l'Union européenne.

Règlement du prix de thèse du Conseil constitutionnel 2014

- Le prix de thèse du Conseil constitutionnel vise à soutenir les travaux universitaires portant soit sur la justice constitutionnelle et son histoire en France ou, dans une perspective comparatiste, à l'étranger, soit sur les différentes autres compétences du Conseil constitutionnel (contentieux électoral, statut des parlementaires, ...).
- Le prix prend la forme d'une publication financée par le Conseil constitutionnel de la thèse primée dans la collection « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique » des éditions LGDJ.
- Les candidats devront avoir soutenu leur thèse entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2013.
- Les candidatures seront déposées impérativement auprès du Service de documentation du Conseil au plus tard le 31 janvier 2014.
- Les dossiers de candidature doivent comprendre :
 - un exemplaire papier de la thèse soumise,
 - un exemplaire électronique de la thèse soumise,
 - le rapport de la soutenance de thèse,
 - une lettre manuscrite de candidature signée du candidat comportant ses nom, prénom, coordonnées (adresse, téléphone, mél.) ainsi que le titre de sa thèse et la date de sa soutenance.

• Tout candidat au prix de thèse du Conseil constitutionnel qui, avant que celui-ci ne soit décerné, aurait reçu un autre prix conduisant à la publication de sa thèse, doit en avvertir immédiatement le Conseil constitutionnel et se désister de sa candidature au prix de thèse du Conseil constitutionnel.

• Les membres du jury désignés par le Conseil constitutionnel sont :

- le président du Conseil constitutionnel, qui préside le jury ;

- deux membres du Conseil constitutionnel ;

- trois professeurs d'université spécialistes de droit constitutionnel, de droit public (français ou étranger) ou de science politique ;

- le secrétaire général du Conseil constitutionnel.

• Afin de ne statuer définitivement que sur trois ouvrages au plus, une présélection non motivée sera opérée par le secrétariat général du Conseil constitutionnel.

• Les membres du jury reçoivent, un mois au moins avant la tenue du jury, les dossiers de candidature.

• Chacun des ouvrages soumis à l'appréciation du jury est présenté par un rapporteur, membre ou non du jury.

• La délibération du jury se fait à huis clos. Chaque membre du jury classe chaque thèse selon son rang de préférence. La thèse primée est celle qui a recueilli en moyenne le meilleur rang. En cas d'*ex æquo*, le président a voix prépondérante.

• Un compte rendu de la délibération est fait par un collaborateur du Conseil constitutionnel.

(1) Lextenso éditions (Bibliothèque constitutionnelle et de science politique), avec le soutien du Conseil constitutionnel.

(1) J. Baudrillard, *L'échange impossible*, Gallimard, 1999, p. 72.

(2) V. H. Gaudin, « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : union de droit, union des droits*, Pedone, 2010, p. 639 ; D. Ritleng, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, 4, p. 677. Voir aussi M. Kumm, V. Ferreres Comella, « The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the EU », 2005, 3 *International Journal of Constitutional Law* 2-3, p. 473, sp. 483.

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

(4) Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 3 janvier 2005, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, juillet 2005.

(5) CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, *Rec.*, p. 9609.

(6) Nous reprenons ici l'expression utilisée, à propos des droits fondamentaux, par E. Dubout, S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010.