

XI^E CONGRÈS FRANÇAIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL

15 AU 17 JUIN 2023 À TOULON

Atelier 4 : « Ordre constitutionnel, international et européen » : « L'ascension paroxysmique des identités constitutionnelles : réflexions sur un retour à l'harmonie dans la diversité »

Fanny JACQUELOT

Maître de Conférences HDR

Faculté de droit de Saint-Etienne

Cercriid UMR-CNRS 5137

Chaire Droit public et politique comparés

Membre associé du CDPC

Hegel considérait l'Etat comme l'étape ultime de l'histoire, en tant que dernier échelon perfectionné de gouvernance des sociétés humaines. Mais comme l'a aussi relevé Santi Romano, dans son discours *Au-delà de l'Etat*, de nouveaux défis allaient inexorablement le pousser à se dépasser pour s'intégrer dans « de gigantesques organismes, au-delà et au-dessus de lui »¹.

Si la finitude de l'Etat a souvent été conçue comme une fiction ou une projection intellectuelle de l'esprit, celle-ci a pris une réalité toute singulière avec l'Union européenne et, dans une mesure moindre, le système de la Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Paradoxalement conçues pour garantir la pérennité des Etats face à des problématiques globales comme la protection des droits fondamentaux ou encore la mise en œuvre d'un marché économique commun voire mondial, ces organisations sont rapidement devenues des entités potentiellement concurrentes de la figure étatique en tant que telle.

Dotées d'une intelligence juridique autonome, elles ont développé des velléités propres jusqu'à s'envisager dans un projet constitutionnel distinct de celui des Etats. La Cour de justice des Communautés européennes (devenues CJUE) a ainsi qualifié les traités de « Charte constitutionnelle de base »² et la Cour européenne des droits de l'homme a vu dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »³. Autant de systèmes supranationaux qui se mettent à cheminer sur le fondement d'une essence originelle qu'ils s'approprient et qui pourrait les conduire à supplanter purement et simplement les Etats.

¹ S. ROMANO, « Oltre lo Stato », *Rivista di diritto pubblico*, 1918, aujourd'hui in S. Romano, *Scritti minori*, I, Milan, Giuffrè, 1990, p. 419. Cité par : David SOLDINI, « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *Jus Politicum*, n° 14 [<http://juspoliticum.com/article/Santi-Romano-penseur-pluraliste-et-etatiste-933.html>]

² CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts »*, aff. 294/83, Rec., p. 1339.

³ Cour EDH, arrêt du 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, n° 15318/89.

Car, à partir de là, la coexistence des Etats et des structures supranationales qui les englobent génère une « ambiguïté »⁴ ostensible susceptible de faire perdre à l'Etat « les bases mêmes sur lesquelles il fonde son principe substantiel »⁵. Or, pour reprendre à nouveau le fil de la pensée de Hegel, pour pouvoir se poser, il est nécessaire de s'opposer. Dans le contexte de l'Etat, celui-ci ne peut s'affirmer sans se confronter dans la mesure où c'est justement la mise en œuvre d'une contradiction qui est la condition *sine qua non* de son devenir. En s'opposant, l'Etat affirme son identité, ses traits significatifs, qui empêchent de le rendre soluble dans les systèmes supranationaux mentionnés.

L'identification de l'Etat prend alors ici une connotation nouvelle car il ne s'agit plus de se référer aux caractéristiques traditionnelles de l'Etat, liées par exemple au territoire ou à la population mais de mettre en évidence une spécificité conceptuelle qui n'est d'ailleurs même pas explicitement mentionnée dans les Constitutions européennes. Ce que l'on trouve dans ces dernières ce sont surtout des dispositions qui visent à établir des ponts normatifs avec les systèmes européens et internationaux. Cependant, les textes constitutionnels européens ne sont pas seulement l'expression d'un projet politique, ils sont aussi les dépositaires d'une histoire et d'une âme dont les Cours constitutionnelles sont les gardiennes. Ainsi, dans son discours de 1947, le président de la Commission constituante chargée de la rédaction de la Constitution italienne, présentait celle-ci comme « un hymne d'espérance et de foi », certain que cette Constitution « durera(it) longtemps et peut être qu'elle ne finira(it) jamais » en tant que « base définitive de la vie constitutionnelle italienne » avec tout ce que cela comporte en termes d'adaptabilité aux lacunes et imperfections qui nécessairement se feront jour au fur et à mesure du temps qui passe.

Cette dynamique de persistance, que l'on retrouve avec une plus ou moins grande intensité en fonction des systèmes constitutionnels, irrigue nécessairement la protection juridictionnelle de la Constitution qui est confiée aux Cours constitutionnelles européennes. Ce sont elles qui ont ainsi fait émerger le concept d'identité constitutionnelle, comme une véritable « armure de l'étaticité »⁶ permettant de conserver les principes « fondamentaux »⁷ du système, pour reprendre le néologisme du professeur Massimo Luciani. Gaetano Silvestri, alors président de la Cour constitutionnelle italienne, affirmait encore en 2014 lors d'une conférence de presse⁸, que « ces valeurs fondamentales qui sont à la base du pacte constitutionnel doivent demeurer intègres, toujours et quoi qu'il arrive ». Il ajoutait dès lors que le « juge des lois a(vait) le devoir de veiller sur l'intangibilité du noyau essentiel de la Constitution non disponible à aucune autorité nationale, supranationale, internationale ».

Ces identités constitutionnelles, consacrées tour à tour par les juridictions constitutionnelles d'une grande majorité des Etats européens, ont conduit à une relecture des rapports entre ordres juridiques nationaux et supranationaux. Elles ont imposé aux instances européennes et internationales de prendre en considération leurs valeurs essentielles véhiculant une logique de

⁴ P. DELVOLVÉ, « L'autonomie constitutionnelle des États dans les droits européens », *RFDC*, n° 4, 2014, pp. 887-906.

⁵ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milan, Giuffrè, 1969, p. 19.

⁶ M. LUCIANI, « I controlimiti e l'eterogenesi dei fini », *Questione giustizia*, n° 1/2015, p. 85, in <https://www.questionegiustizia.it>.

⁷ M. LUCIANI, *op. cit.*

⁸ Conférence de presse du 27 février 2014 du Président Gaetano Silvestri sur la jurisprudence constitutionnelle de 2013, p. 10, <https://www.giurcost.org>

dés(intégration) (I) dont le corollaire est désormais la définition de véritables contre-limites européennes (II).

I – La portée « (dés)intégratrice » des identités constitutionnelles

Les identités constitutionnelles consacrées dans les différents Etats sont nécessairement empreintes d'une dynamique qui va à rebours de la logique d'intégration de l'Union européenne mais aussi du système de la Convention tel un grain de sable susceptible d'enrayer tout ou partie du mécanisme. En effet, non seulement elles emportent une limitation du principe de primauté (A) mais en plus elles constituent le fondement d'un contrôle destiné à neutraliser l'applicabilité interne des normes supranationales incompatibles (B)

A – La limitation du principe de primauté

La Cour constitutionnelle allemande, dans son arrêt *Gauweiler* de 2014 énumère de manière particulièrement exhaustive les identités constitutionnelles européennes en citant en plus de l'Espagne, la France, l'Italie, la Belgique, d'autres expériences comme le Danemark, l'Estonie, la Lettonie, la Pologne, la Suède ou encore la République Tchèque. Son propos est ainsi de faire ressortir la constitution d'un bouclier commun visant à imposer l'existence d'un ensemble de valeurs et principes intangibles face aux systèmes supranationaux et en particulier l'Union européenne.

Comme l'affirme la Cour constitutionnelle italienne, « la primauté du droit de l'Union n'exprime pas une simple articulation technique du système des sources nationales et supranationales ». Elle est un mécanisme qui implique « une renonciation à des pans de souveraineté » qui ne peut toutefois aller jusqu'à « annuler le noyau essentiel des valeurs autour desquelles s'organisent les Etats membres ». Dans un « système caractérisé par le pluralisme », la Cour constitutionnelle explique ainsi que les traités européens ne peuvent donc avoir pour effet de « dissoudre le fondement constitutionnel même sur lequel ils ont pris origine »⁹ lequel impose aux Etats de ne pas renoncer « aux principes suprêmes de leur ordre constitutionnel »¹⁰.

L'identité constitutionnelle englobe ainsi ce qui ne saurait rentrer dans la dynamique d'intégration des systèmes juridiques internes et externes, même si, comme cela a pu maintes fois être souligné, en France comme à l'étranger, cette notion est floue avec des contours indéterminés. C'est ainsi

⁹ Cour constitutionnelle italienne, ordonnance n° 24 de 2017, affaire « Taricco ». Voir en particulier : D. TEGA, « I tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue », 2017, <https://www.forumcostituzionale.it> ; V. MANES, « La corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "taricco" », 2017, <https://www.penalecontemporaneo.it> ; V. FAGGIANI, « Lo strategico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul caso Taricco », Fasc. 1/2017, <https://www.osservatorioaic.it> ; R. MASTROIANNI, « La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controlimiti' costituzionali: è un vero dialogo? », 2017, <https://www.federalismi.it>.

¹⁰ Cour constitutionnelle italienne, *op. cit.*, §6.

qu'en France comme à l'étranger certains¹¹ pointent le caractère « énigmatique de l'identité constitutionnelle »¹².

Le croisement des différentes identités constitutionnelles européennes permet de contredire, ou du moins de relativiser ces critiques ou interrogations en ce sens qu'elles matérialisent la même idée selon laquelle l'essence même des textes constitutionnels ne saurait être remise en question par les dynamiques supranationales. Alors certes, l'on peut admettre qu'elles n'aient pas exactement le même contenu dans la mesure où chaque Etat a une histoire propre et une conception de ce qui constitue ses caractéristiques essentielles. Mais d'une manière générale, l'on retrouve très souvent la référence à la structure de l'Etat, aux droits fondamentaux ou encore à l'organisation démocratique du système national.

C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa Déclaration de 2004, en se prévalant d'une fonction de « conservation » de « la souveraineté du peuple espagnol et de la suprématie de la Constitution », entend se porter garant du respect de leur essence même qui touche non seulement à « la souveraineté de l'Etat », aux « structures constitutionnelles fondamentales », ainsi qu'au « système des valeurs et principes fondamentaux ».

Dans le même ordre d'idée, la Cour constitutionnelle allemande a explicitement consacré, en 2009, une « identité constitutionnelle inaliénable » dans la continuité des premiers arrêts Solange I (1974) et Solange II (1986). Le contenu est précis dans la mesure où elle se fonde sur l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale qui impose à l'Etat certaines limites dans ses rapports avec l'Union européenne. Celles-ci se rapportent à la « clause d'éternité » de l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale¹³ permettant de donner, *ab initio*, une certaine densité à l'identité constitutionnelle allemande. En particulier, la juridiction constitutionnelle considère que cela implique un Parlement élu dont les prérogatives ainsi que les modalités de désignation ne sauraient être altérées par les normes supranationales y compris dans ses compétences budgétaires. Tout cela fait partie d'un pôle fondamental de l'identité constitutionnelle allemande qui est celui de la protection de la démocratie. A cela s'ajoute la préservation du régime républicain et de la structure fédérale de l'Etat. Enfin, la dignité humaine envisagée de manière élargie constitue également une limite aux normes externes en ce qu'elle est, en particulier, le socle de la protection des droits fondamentaux en droit interne.

L'identité constitutionnelle à l'italienne est peut-être davantage un pur produit jurisprudentiel car, contrairement à l'Allemagne, la Cour constitutionnelle italienne n'avait pas de clause d'éternité sur laquelle se fonder. Au contraire, l'article 11 de la Constitution de 1947 était rédigé de manière beaucoup trop poreuse en ce qu'il autorisait l'Etat à accepter, sans restrictions, des limites à sa souveraineté pour garantir sa participation aux structures supranationales. C'est ce qui a conduit le juge constitutionnel italien à limiter la portée de cette disposition constitutionnelle, ce que Paolo Barile a désigné comme des « contre-limites ». Ainsi, dans son arrêt n° 183 de 1973, *Frontini*, la juridiction constitutionnelle italienne a affirmé que les institutions européennes ne sauraient détenir « un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux » du système constitutionnel italien

¹¹ S. NINATTI, « Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale. Il passo è breve ? Riflessioni introduttive », in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in [www. Statoechiese.it](http://www.Statoechiese.it), n° 31 de 2019.

¹² M. MARTINEZ LOPEZ-SAEZ, « A la búsqueda de la identidad constitucional : una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial », *Revista de derecho político*, 2019, n° 105, pp. 315-358, p. 323.

¹³ Cette disposition constitutionnelle consacre l'intangibilité des articles 1^{er} et 20 de la Loi fondamentale.

ainsi que des « droits inaliénables de la personne humaine ». Confirmant sa position par un arrêt n° 170 de 1984, *Granital*, elle a souligné que de telles limites sont justifiées par la nécessaire dissociation qui doit exister entre les ordres internes et externes tout aussi « coordonnés » puissent-ils être. De telles limites sont forgées au gré de l'évolution des rapports entre les ordres juridiques. Dans un arrêt n° 238 de 2014, la Cour constitutionnelle y a intégré le principe de la dignité humaine qui implique le droit au juge, rejoignant ici clairement la position de la Cour constitutionnelle allemande. En 2017, elle y a également inclus le principe de légalité en matière pénale (ord. Taricco n° 24 de 2017). Encore récemment dans deux ordonnances nn° 216 et 2017 de 2021, la juridiction constitutionnelle a fait entrer le droit à la santé et le droit à la vie familiale dans l'escarcelle l'identité constitutionnelle italienne.

Il convient également de souligner que l'identité constitutionnelle italienne est dotée d'une forme d'élasticité face au droit de la Convention européenne des droits de l'homme puisque dans la mesure où son application en droit interne est subordonnée au respect de l'ensemble du texte constitutionnel. C'est ce que la doctrine italienne a appelé la « contre-limite élargie »¹⁴ (cf. arrêts nn° 348 et 349 de 2007¹⁵).

A la lumière de ce qui précède, l'on ne peut qu'être circonspect face à l'identité constitutionnelle telle que consacrée par le Conseil constitutionnel français dès 2006¹⁶. Contrairement à la Cour constitutionnelle italienne, celui-ci refuse catégoriquement d'y intégrer des droits fondamentaux¹⁷. Ainsi a-t-il écarté le droit à la vie privée¹⁸, l'égalité devant la loi, la liberté d'entreprendre¹⁹, ou encore dernièrement en 2022 la liberté d'expression et de communication²⁰. Comme l'a souligné la professeure Pascale Deumier, « depuis la consécration de la catégorie, il y a quinze ans, aucun principe constitutionnel (n'a) accédé à ce rang même si de toute évidence elle n'était pas « vouée à demeurer éternellement vide »²¹. Et, en effet, en 2021, dans sa décision *Société Air France*, le Conseil constitutionnel a fini par y rattacher un principe relatif à l' « interdiction de déléguer l'exercice de la fonction publique à des personnes privées²², écartant au passage le droit à la sûreté, le principe de responsabilité personnelle et le principe d'égalité devant les charges publiques. Cette décision a suscité beaucoup de scepticisme de la part de la doctrine française. Mais si on l'analyse en

¹⁴ T.-F. GIUPPONI, « Corte costituzionale, obblighi internazionali e 'controlimiti allargati' : che tutto cambi perché tutto rimanga uguale ? », in *www.forumcostituzionale.it*.

¹⁵ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 348 de 2007. Pour une analyse couplée avec l'arrêt n° 349 de 2007, voir notre étude : « Droit constitutionnel étranger. La Cour constitutionnelle italienne et la Convention européenne des droits de l'homme : la révolution à rebours des arrêts n° 348 et n° 349 de 2007 », *RFDC*, vol. 76, n° 4, 2008, pp. 883-892.

¹⁶ C.C., décision n° 2005-540 DC du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 19 ; décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, cons. 6 ; décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, cons. 44.

¹⁷ Sur la liberté d'expression et de communication : C.C. français, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rec.*, p. 126 ; C.C français, décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, JORF n°0174 du 31 juillet 2018, texte n° 64.

¹⁸ C.C., décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *op. cit.*

¹⁹ C.C., décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *op. cit.*

²⁰ C.C., décision n° 2022-841 DC du 13 août 2022, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne*.

²¹ P. DEUMIER, « Constitution et Union européenne : le réveil de l'identité », *RTD civ.* 2022, p. 89 et s.

²² C.C. français, décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France*, §. 15.

miroir avec la jurisprudence constitutionnelle allemande, il semblerait que la portée de ce principe soit plus étendue qu'il n'y paraît au premier abord. En effet, dans son arrêt de 2009 sur le traité de Lisbonne, la Cour constitutionnelle allemande a considéré que ce même principe dégagé par le Conseil constitutionnel était l'expression de la capacité d'autodétermination démocratique d'un Etat. Sous ce nouvel éclairage, peut-être est-il possible de considérer que le juge constitutionnel français a entendu, de manière encore une fois très laconique, consacrer un aspect de l'autodétermination démocratique de l'Etat français.

Il y a donc une dynamique de convergence entre les identités constitutionnelles nationales, à laquelle a même cédé la Cour constitutionnelle belge en effectuant un revirement de jurisprudence en 2016 lui permettant d'affirmer que l'Union européenne devait respecter les « structures politiques et constitutionnelles de l'Etat » ainsi que les « valeurs fondamentales que la Constitution confère aux sujets de droit » (arrêt n° 62 de 2016).

La juxtaposition de ces identités constitutionnelles apporte une certaine cohérence et lisibilité à la notion ce d'autant plus que leur mécanisme opératoire est similaire d'un système national à un autre en ce qu'il permet de neutraliser l'applicabilité interne des normes supranationales incompatibles.

B – La neutralisation de l'applicabilité interne des normes supranationales incompatibles avec l'identité constitutionnelle

La mécanique de l'identité constitutionnelle consiste à garantir aux Cours constitutionnelles une réserve de compétence leur permettant de pouvoir déclarer une norme supranationale inapplicable en droit interne si celle-ci est incompatible avec les valeurs essentielles du système. Cependant, si la fonctionnalité en elle-même de l'identité constitutionnelle est envisagée de manière analogue, la manière de la mettre en œuvre connaît des variations. La première tient au contenu en lui-même de l'identité constitutionnelle. Il est certain que la coquille presque vide de l'identité constitutionnelle française est potentiellement moins offensive qu'une identité constitutionnelle allemande ou italienne substantiellement densifiée. La seconde variation concerne le positionnement axiologique adopté par chaque Cour constitutionnelle. En effet, le Tribunal constitutionnel espagnol, tout comme le Conseil constitutionnel, envisagent le contrôle de l'identité constitutionnelle comme hypothétique, à l'image d'un simple « sabre de bois »²³. Comme le souligne le juge constitutionnel espagnol, dans sa Déclaration de 2004, l'Union européenne respecte « scrupuleusement » les identités constitutionnelles. Aussi, selon lui, il n'y a pas, dans l'immédiat, à s'opposer, ce qui le conduit à fustiger expressément les positionnements qu'il juge extrêmes de certains de ses homologues européens.

La question se pose alors de savoir quel est l'intérêt de brandir une identité constitutionnelle tout en la désactivant dans son application concrète. En effet, son opérativité permet de créer les conditions pour que surgissent de véritables interactions entre les ordres juridiques nationaux et supranationaux. Dans ses deux arrêts n° 348 et n° 349 de 2007, la Cour constitutionnelle italienne a fait état d'une confrontation programmée en cas d'incompatibilité des normes supranationales. Partant du spectre maximum de l'identité constitutionnelle, à savoir la « contre-limite élargie », elle a prévenu qu'il serait de son « devoir... d'expulser de l'ordre juridique italien » toute norme

²³ H. LABAYLE, « Identité constitutionnelle et primauté du droit de l'Union Libres propos sur une décision récente du Conseil constitutionnel », *Europe*, Décembre 2021, n° 12.

conventionnelle contraire aux prescriptions constitutionnelles. C'est ce qu'il s'est produit, pour la première fois, dans un arrêt n° 230 de 2012²⁴. Dans cette affaire, la juridiction constitutionnelle italienne a extrait de l'ordre juridique interne la notion de loi telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'elle y incluait la jurisprudence au lieu de la réserver à l'action parlementaire. Une telle interprétation européenne induisait, selon elle, à abaisser le niveau des garanties dans la mesure où la Constitution consacre une légalité pénale plus protectrice puisque la « Loi » ne peut être issue que du Parlement en tant que « plus haute expression de la représentation politique ». Dans un arrêt n° 238 de 2014²⁵, remarqué par la doctrine étrangère²⁶ et qualifié d'historique par nombres d'auteurs italiens²⁷, la Cour constitutionnelle a monté encore d'un cran l'intensité de l'identité constitutionnelle pour l'opposer à une coutume internationale dégagée par la Cour internationale de justice. En l'espèce il s'agissait de ressortissants italiens qui avaient été déboutés de leurs recours visant à obtenir réparation des préjudices subis, au cours de la seconde guerre mondiale, suite aux travaux forcés auxquels ils avaient été assujettis entre 1943 et 1945. L'Etat allemand avait refusé de faire droit à leurs demandes en se prévalant de l'immunité liée aux actes de souveraineté. Sa position avait ainsi été confirmée par la Cour internationale de justice²⁸ qui, à cette occasion, avait considéré que l'immunité juridictionnelle des Etats du fait de leurs actes de souveraineté revêt les caractéristiques d'une coutume internationale. La conséquence est que par le truchement de l'article 10 de la Constitution italienne qui prévoit une adaptation automatique du droit national aux règles du droit international généralement reconnues (dont la coutume internationale), les recours internes des requérants italiens n'étaient donc plus recevables. La Cour constitutionnelle italienne a totalement balayé cette impasse en considérant que cette coutume internationale se heurtait aux principes fondamentaux du système constitutionnel et aux droits inaliénables de la personne de sorte qu'elle ne pouvait valablement entrer dans l'ordre juridique interne²⁹. Selon elle, l'application de cette coutume internationale, qui exclut la compétence du juge pour connaître des demandes d'indemnisation des dommages de victimes de crime contre l'humanité et de graves violations des droits fondamentaux de la personne, conduirait au « sacrifice total du droit à la protection juridictionnelle des droits des victimes » (pt. 3.4. de l'arrêt). En conséquence, la Cour constitutionnelle, en faisant quand même attention à ne pas finir par censurer l'article 10 de la Constitution, a neutralisé le renvoi prévu par cette disposition constitutionnelle, privant ainsi d'effet en droit interne la coutume internationale contestée³⁰. Ainsi, pour garantir le respect « des éléments identitaires du système constitutionnel », la Cour constitutionnelle a jeté un pavé dans la mare au risque de court-circuiter les relations internationales de l'Etat italien sur la scène internationale.

²⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 230 du 8 octobre 2012, *Gazzetta Ufficiale*, 17 octobre 2012.

²⁵ E. LAMARQUE, « la Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere mordere », *Questioni Giustizia* 1/2015, p. 76-83, spéc. p.81.

²⁶ P. DE SENA, « The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law », QIL, 16 décembre 2014, <http://www.qil-qdi.org>.

²⁷ Voir en particulier, P. PASSAGLIA, « Una sentenza (auspicabilmente) storica : la Corte limite l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile », in www.dirittocomparati.it, 28 octobre 2014.

²⁸ CIJ, arrêt du 3 février 2012, *Jurisdictional immunities of the State, Germany v. Italy*.

²⁹ Sur ce point, voir aussi, Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 48 de 1979 et arrêt n° 73 de 2011.

³⁰ La Cour constitutionnelle italienne a ainsi considéré, dans cette affaire, que le renvoi prévu par l'article 10 de la Constitution n'était pas opérant ici, avec la conséquence que « la norme sur l'immunité de juridiction des Etats qui est en contradiction avec les principes fondamentaux susmentionnés n'entre pas dans l'ordre juridique italien et ne peut donc être appliquée » (pt. 3.5). La Cour constitutionnelle a confirmé sa position dans une ordonnance n° 30 de 2015.

La Cour constitutionnelle allemande se situe dans le même sillage que son homologue italien. L'identité constitutionnelle peut ainsi conduire à refuser l'application de normes externes en droit interne même si celles-ci répondent à toutes les conditions de légalité. Ainsi, dans un arrêt de 2015³¹, la juridiction constitutionnelle a déclenché le contrôle de l'identité face à un mandat d'arrêt européen, pourtant valide du point de vue des règles européennes et de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qu'il avait été pris en l'absence de la personne concernée. Elle en a ainsi refusé l'application dans la mesure où celui-ci transgressait l'identité constitutionnelle allemande du fait de son incompatibilité avec le principe de dignité humaine qui implique la possibilité de pouvoir présenter sa défense lors d'un procès.

Si l'on reprend la formule selon laquelle « nul ne peut servir deux maîtres » à la fois, l'invocation de l'identité constitutionnelle pourrait signer un désengagement en règle vis-à-vis des accords européens et internationaux. La logique moniste des rapports entre ordres juridiques n'est pas donc pleinement exploitable sans une dose de dualisme, condition d'un véritable pluralisme juridique avec des systèmes qui se tiennent en respect. Pour cela, l'apposition de contre-limites européennes est un gage pour la pérennité des équilibres.

II – Limiter les limites posées par les identités constitutionnelles nationales : vers l'affirmation de contre-limites européennes ?

Identifier des contre-limites européennes n'implique pas qu'elles soient toutes imposées de manière unilatérale par les instances européennes sous peine de produire l'effet inverse à celui escompté, à savoir le durcissement des identités constitutionnelles nationales. C'est la raison pour laquelle ces contre-limites doivent être modulées avec certaines qui peuvent être négociables (A) et d'autres, en revanche, qui ne le sont pas car incompatibles avec l'essence même des projets supranationaux européens (B).

A – Les limites aux limites négociables

Les identités constitutionnelles nationales telles qu'envisagées par les Cours constitutionnelles européennes étudiées sont en théorie intrinsèquement limitées de par leur contenu resserré aux éléments purement identitaires nationaux lorsqu'il s'agit des rapports avec l'Union européenne (plus étendu pour l'Italie en particulier dans ses rapports avec le système de la Convention EDH) mais aussi dans leur applicabilité. En effet, comme le souligne la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt de 2015 précité, le contrôle de l'identité constitutionnelle ne doit intervenir que de manière exceptionnelle. Telle est également la position de la Cour constitutionnelle italienne qui a, récemment rappelé, dans un arrêt n° 67 de 2022, la prévalence de la coopération loyale avec les systèmes externes et, en particulier, l'Union européenne.

La coopération loyale est d'ailleurs en soi une forme d'auto-limitation à la fois des Etats et de l'Union européenne. Elle peut ainsi constituer le fondement d'échanges de types transactionnels entre ces derniers de manière à négocier la portée des limites respectives de leurs interactions réciproques. En particulier, la notion d'identité nationale a été inscrite, à partir du traité de Maastricht, à l'article 4§2

³¹https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr2735_14en.html

du TUE afin d'apporter des « rassurer » aux Etats. Il s'agit ainsi d'apporter des garanties aux Etats leur permettant d'en revendiquer le respect devant la Cour de justice de l'UE que ce soit du point de vue, par exemple, de leur structure ou encore de leur patrimoine linguistique et culturel.

Ainsi, identité nationale et identité constitutionnelle sont deux notions fondamentales distinctes. Comme le souligne la Cour constitutionnelle italienne, dans son ordonnance *Taricco* n° 24 de 2017, celles-ci induisent une répartition des compétences entre les ordres juridiques. A la Cour de justice la compétence de garantir le respect de l'identité nationale des Etats « dans leur structure fondamentale » au niveau de l'UE et à la seule Cour constitutionnelle celui de faire respecter « les principes suprêmes de l'ordre national » dans le système interne. Elle considère ainsi, tout comme son homologue allemand depuis l'arrêt *Gauweiler* de 2014³² qu'il y a une étanchéité entre les deux notions. Cependant, il est possible aussi de considérer que certains aspects des identités constitutionnelles peuvent se refléter dans l'identité nationale.

La finalité de l'identité nationale n'est donc pas de se substituer aux identités constitutionnelles mais de fournir aux Etats membres un fondement contentieux pour demander à la CUE des dérogations à l'application du droit de l'UE. C'est ainsi que, par exemple, la Cour de justice a considéré que l'identité nationale pouvait justifier « des restrictions aux droits de libre circulation »³³ telle une « matrice européenne propre à pouvoir réceptionner des revendications étatiques »³⁴.

Si l'identité nationale a été spécialement conçue dans une logique conciliatrice, le renvoi préjudiciel de l'article 267 du TFU est lui-aussi parfois mobilisé par certaines Cours constitutionnelles européennes dans ce sens, s'éloignant ainsi des finalités qui lui ont été assignées par les traités, afin de transiger directement avec la Cour de justice pour déterminer l'interprétation d'une norme européenne la plus compatible avec les identités constitutionnelles. Ainsi, dans l'affaire *Taricco*, la Cour constitutionnelle italienne, par une ordonnance n° 24 de 2017, a saisi la Cour de justice afin de lui demander une réinterprétation de l'article 325 du TFUE (CJUE 8 septembre 2015³⁵) à la lumière de l'identité constitutionnelle italienne. Jusque-là, la Cour de justice considérait que cette disposition obligeait le juge national à écarter toutes dispositions internes (y compris celle de la prescription) ayant pour conséquence d'empêcher de sanctionner les personnes ayant porté atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. Pour la Cour constitutionnelle, cette interprétation était manifestement contraire au principe « irréductible » de légalité des délits et des peines (qui comprend, en Italie, les règles liées à la prescription). Elle a donc cherché à convaincre la Cour de justice d'en modifier la portée sous peine qu'elle ne doive faire son « devoir », c'est-à-dire « exclure que cette règle puisse trouver application en Italie ». Ce faisant la juridiction constitutionnelle

³² BVerfG, Federal Constitutional Court], Jan. 14, 2014, 2 BvR 2728/13, version anglaise in <https://www.bundesverfassungsgericht.de>.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande affirme, dans cet arrêt, que « le contrôle de l'identité effectué par la Cour constitutionnelle fédérale est fondamentalement différent du contrôle prévu à l'art. 4§2 du TUE par la Cour de justice de l'Union européenne » en ce qu'il « repose sur une notion d'identité nationale qui ne correspond pas à la notion d'identité constitutionnelle ».

³³ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Vardyn*, C-391/09. Dans une autre affaire, la Cour de justice a considéré qu'il y a lieu « d'admettre que, dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union. » (CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, §.83, C-208/09).

³⁴ S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle », *RFDC*, vol. 91, n° 3, 2012, pp. 13-44, spec. p. 25.

³⁵ CJUE, arrêt du 8 septembre 2015, affaire C-105/14.

italienne a initié une méthode de résolution préventive du conflit identitaire. Cela ne veut certes pas dire que cela peut aboutir en toutes circonstances mais, dans l'affaire visée, la Cour de justice a accepté, dans son arrêt du 5 décembre 2017 (affaire C-42/17) de réinterpréter l'article 325 précité ouvrant la possibilité pour le juge national de ne pas écarter l'application du droit interne contraire aux prescriptions européennes lorsque cela entraîne une violation de l'identité constitutionnelle de l'Etat ³⁶. La Cour constitutionnelle italienne a réitéré l'expérience encore récemment par deux ordonnances n° 216 et 2017 de 2021, demandant à la Cour de justice une relecture du droit de l'UE qui soit compatible avec l'identité constitutionnelle italienne du point de vue du droit à la santé de l'individu et du droit à la vie familiale.

Le renvoi préjudiciel constitue ainsi un canal de négociation avec la Cour de justice qui a été emprunté également par le Conseil constitutionnel en 2013 ³⁷, celui-ci prenant soin de préciser que l'interprétation qui est demandée n'est pas envisagée pour garantir l'uniformité d'application du droit de l'UE ³⁸ mais le bon déroulement du contrôle de constitutionnalité. Et l'on peut formuler l'hypothèse selon laquelle, plus ces « transactions » préventives se développeront, plus sera facilité le terrain de l'équivalence des protections qui gomme les limites pour laisser place à un espace commun de garanties.

Dans une certaine mesure, telle est déjà la position du Conseil constitutionnel. Celui-ci restreint le contenu de l'identité constitutionnelle française dans la mesure où il considère que l'Union européenne en particulier prévoit déjà des garanties équivalentes. Tout comme son homologue espagnol, il place d'emblée les interactions entre les ordres juridiques internes et externes dans une dimension où les garanties et les droits sont envisagés de manière équivalente, dessinant alors des limites co-décidées. Dans ces arrêts nn° 311 et 317 de 2009, la Cour constitutionnelle italienne s'est également prononcée en faveur d'une complémentarité des protections nationales et supranationales en matière de droits fondamentaux. Mais sa jurisprudence demeure chaotique, souvent mue par une logique dualiste qui la conduit au contraire à dissocier les protections. Cependant, dans deux arrêts récents nn° 54 et 67 de 2022, elle a semblé vouloir approfondir plus concrètement cet axe jurisprudentiel en affirmant qu'il lui appartenait d'« assurer une protection systémique et non pas fractionnée des droits garantis par la Constitution, en synergie ... avec la Charte de Nice » (pt. 10 arrêt n° 54). La Cour constitutionnelle italienne a fait ainsi ressortir la nécessité de faire évoluer les rapports entre ordres juridiques sur la base d'une dynamique de coopération au sein de laquelle le principe de primauté est, pour reprendre ses termes, l'« architrave sur lequel s'appuie la communauté des Cours nationales, tenues ensembles par des droits et des obligations convergentes » (arrêt n° 67, pt. 11).

Il est donc possible de négocier les limites respectives entre les systèmes supranationaux et nationaux au regard de l'identité constitutionnelle dans l'idée que, par la transaction, des compromis de part et d'autre peuvent être trouvés. En revanche, lorsque le contrôle de l'identité

³⁶ La Cour constitutionnelle italienne s'est prononcée une nouvelle fois sur la « règle Taricco » dans un arrêt n° 115 de 2018 par lequel elle a réaffirmé sa compétence exclusive pour en garantir la préservation au nom de l'identité constitutionnelle de l'Etat.

³⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, *M. Jeremy F.*, *Rec.* p. 523.

³⁸ Dans le considérant 7 de son renvoi préjudiciel, il indique que « pour juger de la conformité du quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale aux droits et libertés que garantit la Constitution », il appartient au Conseil constitutionnel de déterminer la portée de la norme européenne visée ce que seule la Cour de justice peut effectuer dans le cadre d'un renvoi préjudiciel qu'il se décide donc d'actionner.

constitutionnelle conduit à nier l'ordre juridique européen (voire le système de la Convention), il convient de poser des limites intangibles, ou tout du moins que l'on ne peut franchir sans s'exclure.

B – Les limites aux limites non négociables

Les identités constitutionnelles sont des freins à une potentielle extension hégémonique de l'UE. Elles verbalisent, pour prendre les termes de la professeure Anne Levađe, ce que « le juge constitutionnel ne peut admettre de voir mis en cause au risque de laisser disparaître l'ordre juridique qu'il protège »³⁹. Cependant, la réciproque est tout aussi vraie. Poussée dans leurs retranchements extrêmes, les identités constitutionnelles peuvent, elles-aussi, aboutir à une remise en question de l'Union européenne ou encore du système de la Convention.

La jurisprudence actuelle du Tribunal constitutionnel polonais en fournit une illustration significative. Dans un arrêt du 11 mai 2005 (K 18/04) sur l'adhésion à l'UE, il avait considéré que les traités étaient compatibles avec la Constitution⁴⁰. Il avait certes souligné, dans son arrêt de 2009 sur le traité de Lisbonne (affaire K 32/09), que les systèmes supranationaux devaient, en toute hypothèse, respecter une identité constitutionnelle polonaise dont l'intensité était « contenue », portant sur les champs communément empruntés par les autres Cours constitutionnelles européennes, à savoir les principes essentiels de la Constitution, les droits fondamentaux avec en particulier la dignité humaine, le principe de souveraineté, la démocratie ou encore l'Etat de droit. Un changement de majorité politique à la tête du Gouvernement a induit des réformes visant, notamment, à remettre en cause l'indépendance de la justice polonaise, suscitant des réactions de la part de la Commission et du Parlement européen. Emboitant le pas de ce nouvel élan politique, le Tribunal constitutionnel polonais a augmenté sensiblement l'intensité de l'identité constitutionnelle en rendant une décision « radicale »⁴¹, le 7 octobre 2021⁴², selon laquelle les valeurs fondamentales de l'Union, telles que consacrées notamment dans l'article 2 du TUE⁴³ seraient désormais devenues incompatibles avec la préservation de la suprématie de la Constitution polonaise et la souveraineté de l'Etat⁴⁴.

Pour la première fois, un juge constitutionnel européen a donc censuré des dispositions d'un traité pourtant ratifié par l'Etat. Et ce positionnement tend également à viser également le système de la Convention lorsque le Tribunal constitutionnel polonais déclare, dans un arrêt du 24 novembre 2021, que la CEDH est pour partie incompatible avec la Constitution. Le contrôle de l'identité constitutionnelle est donc devenu l'instrument d'une politique jurisprudentielle de non-retour. Par rapport aux jurisprudences constitutionnelles sur l'identité constitutionnelle précédemment

³⁹ A. LEVAĐE, « Identités constitutionnelles et hiérarchies », *AJIC*, 26/2010, 2011, pp. 453-486, spéc. p. 469.

⁴⁰ Sur ce point, voir notamment, M. SAFJAN, « L'identité constitutionnelle polonaise », *Revista de derecho comunitario europeo*, 30.08.2022, <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-09/3981502-safjan.html>

⁴¹ F. REVERCHON, « Le nouvel arrêt du Tribunal constitutionnel polonais sur l'application du droit européen : quelles conséquences juridiques ? », 19 octobre 2021, <https://blog.juspoliticum.com>

⁴² D'autres arrêts ont été rendus pendant la même période : un arrêt U2/20 qui censure un arrêt de la Cour suprême visant à transposer un arrêt de la CJUE du 19 novembre 2019 ; un arrêt Kpt 1/20 du 21 avril 2020 qui refuse à la Cour suprême de désappliquer des normes internes sur le statut des juges qui seraient incompatibles avec la jurisprudence de la CJUE ; un autre arrêt du 14 juillet 2021 (P7/20) qui refuse d'exécuter un arrêt de la CJUE qui demandait la cessation des procédures disciplinaires engagées contre des magistrats polonais.

⁴³ Il s'agissait des articles 1^{er} (création de l'UE), 2, 4§3 et 19 tels qu'interprétés par la CJUE

⁴⁴ Pour une version en anglais de l'arrêt : <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>

évoqués, il y a une véritable « différence de degré et de nature »⁴⁵. C'est ce qui explique d'ailleurs que la Commission européenne a saisi le 15 février 2023 la Cour de justice pour violation des « principes généraux d'autonomie, de primauté, d'efficacité, d'application uniforme du droit de l'Union et d'effet contraignant des arrêts de la Cour de justice de l'UE »⁴⁶.

Cette jurisprudence n'est d'ailleurs pas sans faire écho à un arrêt de la Cour constitutionnelle Tchèque du 31 janvier 2012, *Régime de pensions slovaque*, par lequel celle-ci a directement remis en cause un arrêt de la Cour de justice de l'UE, considérant, comme l'a fait le Tribunal constitutionnel polonais, que celle-ci sortait du cadre imposé par les traités pour faire « évoluer le droit de l'Union dans un sens susceptible de mettre en péril les fondements » de la République tchèque⁴⁷.

Il appartient désormais à la Cour de justice d'aller plus loin que la simple prise en contre des contre-limites nationales⁴⁸ pour forger des contre-limites européennes susceptibles de leur faire contrepoids. Déjà, dans le cadre des demandes de dérogation formulées par les Etats sur le fondement de l'identité nationale de l'article 4§2 du TUE, le juge européen a pu en rejeter certaines en ce qu'elles porteraient atteintes aux valeurs communes des Etats membres consacrées à l'article 2 du TUE comme la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'Etat de droit ou encore le respect des droits de l'homme⁴⁹. Mais cela n'est pas suffisant car cette jurisprudence part des prismes nationaux alors qu'elle devrait aussi s'enraciner dans une identité européenne à part entière. Or, celle-ci est encore aujourd'hui considérée comme un « concept vaporeux »⁵⁰, ou « insaisissable »⁵¹, fugacement évoquée lors de la Déclaration sur l'identité européenne du 14 décembre 1973 sans jamais avoir été réellement développée depuis.

Toujours est-il que cette notion d'identité européenne est exploitable, après plus de soixante ans de construction européenne, sans pour autant que cela n'implique de dépoussiérer les anciens projets de Constitution européenne. Au contraire, sur un tel fondement, la Cour de justice pourrait plutôt s'ériger en pivot des équilibres identitaires, matérialisant un espace européen certes harmonisé mais fondamentalement polycentrique.

⁴⁵ E. MAURICE, « L'Etat de droit en Pologne ou la fausse querelle de la primauté du droit européen », Question d'Europe n° 615, 29 novembre 2021, <https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0615-l-etat-de-droit-en-pologne-ou-la-fausse-querelle-de-la-primaute-du-droit-europeen>

⁴⁶ L'arrêt de la CJUE est désormais attendu pour juin 2023.

⁴⁷ Cité par A. LEVADE, « L'identité constitutionnelle tchèque méconnue : quand la Cour constitutionnelle conteste une décision de la Cour de justice », *Constitution*, 2012, p. 292 et s.

⁴⁸ Sur les contre-limites et l'UE, voir en particulier : J.-P. JACQUÉ, « La cour de justice de l'Union européenne et la théorie des « contre limites », http://www.droit-union-europeenne.be/432984946.html#_ednref31

⁴⁹ Une procédure institutionnelle est également prévue par l'article 7§1 du TUE afin de garantir le respect, par les Etats membres de ces valeurs communes par un double mécanisme de prévention et de sanction. Cependant, ces procédures sont complexes à mettre en œuvre comme l'ont montré celles engagées à l'encontre de la Pologne et de la Hongrie, y compris le mécanisme de conditionnalité des fonds européens.

⁵⁰ R.MEDHI, « L'Union européenne ou les paradoxes d'une identité malheureuse », 2018, <https://shs.hal.science/halshs-01790645/document>

⁵¹ R.MEDHI, *op. cit.*