

Identité nationale et primauté du droit communautaire : La Cour constitutionnelle belge suit-elle ses soeurs européennes ?

Auteur : Vervier, Laura

Promoteur(s) : 2961

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique : 2017-2018

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/5067>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**Identité nationale et primauté du droit communautaire :
La Cour constitutionnelle belge suit-elle ses sœurs européennes ?**

Laura Vervier

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Melchior Wathelet

Professeur extraordinaire

RESUME

L'examen du discours sur l'identité est un thème qui mêle droit constitutionnel et droit européen grâce à sa double origine dans les jurisprudences communautaire et constitutionnelles. En effet, le développement du discours sur l'identité en Europe est intervenu comme un jeu de ping-pong entre les acteurs nationaux et communautaires.

La balle a été lancée par la Cour de justice de l'Union, qui a développé au fil des années une jurisprudence imposant une primauté absolue du droit de l'Union sur tout le droit national. De l'autre côté, les Cours constitutionnelles ont opposé une résistance à l'application de ce principe à leurs Constitutions nationales en développant le concept d'identité constitutionnelle. Réceptionnant cette opposition, la Cour de justice a alors à son tour développé un concept d'identité nationale afin de prendre en compte les spécificités de l'État tout en assurant une application uniforme du droit de l'Union.

Spectatrice de cet échange durant plusieurs décennies, la Cour constitutionnelle belge a pris part au jeu dans son arrêt du 28 avril 2016.

Après avoir brièvement rappelé le développement du principe de primauté dans la jurisprudence de la Cour de justice ainsi que la réaction des États membres à celui-ci, nous examinerons le développement de ces jurisprudences construisant un discours sur l'identité au fil des années. Le but de notre recherche est ensuite de savoir dans quelle mesure celles-ci ont influencé l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge.

Table des matières

Introduction.....	4
Partie 1 : Le principe de primauté du droit européen.....	6
Chapitre 1 : Le principe de primauté comme pilier du droit communautaire.....	6
1) Le principe de primauté comme spécificité du droit européen	6
2) Le principe de primauté comme nécessité du droit européen	7
Chapitre 2 : Avènement du principe dans la jurisprudence de la Cour de justice	8
1) L'arrêt Van Gend en Loos.....	9
2) L'arrêt Costa c. E.N.E.L. (1964).....	10
3) L'arrêt Internationale Handelsgesellschaft (1970).....	11
4) L'arrêt Simmenthal II (1978).....	12
Chapitre 3 : Réactions des États membres à cette primauté absolue.....	14
Partie 2 : Les identités comme limites à la primauté du droit européen	17
Chapitre 1 : La notion d'identité dans les textes fondateurs.....	17
1) Le Traité de Maastricht	17
2) Le Traité d'Amsterdam	18
3) Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe.....	19
4) Le Traité de Lisbonne.....	20
Chapitre 2 : L'identité dans les jurisprudences constitutionnelles.....	21
1) L'identité constitutionnelle française	21
a) Développement du discours identitaire.....	21
b) Le contenu de l'identité constitutionnelle française	26
2) L'identité constitutionnelle allemande	28
a) Les droits fondamentaux comme première composante de l'identité constitutionnelle allemande : les arrêts <i>Solange</i>	29
b) Le lien avec la clause d'éternité : l'arrêt <i>Maastricht</i>	30
c) La définition de l'identité constitutionnelle : l'arrêt <i>Lisbonne</i>	32
3) Les autres Cours européennes	35
Chapitre 3 : L'identité dans la jurisprudence communautaire	37
1) La prise en compte des spécificités nationales par la Cour de justice.....	37
2) Le contenu de l'identité nationale	42
3) L'identité nationale et l'application uniforme du droit de l'Union	45
Chapitre 4 : Différenciation de l'identité nationale et de l'identité constitutionnelle.....	48
Partie 3 : L'identité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge.....	51
Chapitre 1 : La réaction belge à l'intégration européenne.....	51
1) L'article 34 de la Constitution belge	51
2) La jurisprudence belge	52
a) La Cour de cassation.....	52
b) Le Conseil d'État	53
c) La Cour constitutionnelle.....	54

Chapitre 2 : L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 28 avril 2016	56
1) Analyse de l'arrêt	56
2) Apport de l'arrêt	58
3) Critique de l'arrêt	59
Chapitre 3 : Réflexions sur le contenu de l'identité nationale belge.....	62
Conclusion	65
Bibliographie	67

INTRODUCTION

Avec plus de 512 millions d'habitants, 23 langues officielles et des centaines de traditions historiques et culturelles divergentes, l'Europe est un continent portant haut les couleurs de la diversité. Fondée sur cette prémisse de pluralité, la devise de l'Union a logiquement été « Unie dans la diversité »¹. Il semblerait cependant que cette diversité ait une deuxième facette : celle d'une protection par les États membres de caractéristiques qui leur sont propres et qu'ils désirent conserver face à une immixtion toujours plus importante de l'Union dans les affaires internes par l'intermédiaire du principe de primauté.

La première partie de notre travail sera consacrée à un bref examen du développement du principe de primauté dans la jurisprudence de la Cour de justice. Alors que les États reconnaissent largement l'utilité du principe de primauté en tant que fondement essentiel de la construction européenne, c'est dans une réaction à ce principe que s'est développé le discours sur l'identité au sein de l'Union européenne. Nous étudierons les bases de sa construction ainsi que les premières réactions des États membres à son instauration.

La deuxième partie de notre travail sera dédiée à l'examen du discours sur l'identité en tant que limite à la primauté du droit de l'Union. Cette partie sera divisée en quatre chapitres. Le premier sera consacré à l'historique de la clause d'identité inscrite à l'article 4, §3 du Traité sur l'Union européenne. En effet, une volonté de protéger les spécificités étatiques s'est d'abord manifestée dans la négociation et l'adoption des traités européens²³. Alors même que la primauté n'est pas formellement inscrite dans les articles des textes fondateurs de l'Union, une clause protégeant les identités nationales des États membres a été insérée dans les traités suite à leur insistance. Les Cours constitutionnelles européennes, influencées par ce vocabulaire d'identité, ont ensuite repris à leur compte un discours identitaire afin de protéger les caractéristiques fondamentales des Constitutions qu'elles sont censées défendre. Dans le deuxième chapitre, nous examinerons le développement des jurisprudences française et allemande, qui ont inspiré le discours des Cours constitutionnelles à travers l'Europe. Ensuite, le troisième chapitre sera consacré à la jurisprudence communautaire. La Cour de justice, ayant pris conscience des résistances des États face à la primauté absolue qu'elle a développée, a utilisé cette notion d'identité afin de combiner l'intérêt de l'Union avec les exigences fondamentales des États membres. Les deux notions - d'identité nationale, dans la sphère communautaire et d'identité constitutionnelle, dans la sphère constitutionnelle - se

¹ P. FARAGUNA, « Constitutional identity in the EU – A Shield or a Sword », *German Law Journal*, Vol. 18, n°7, 2017, p.1619.

² A. LEVADE, « Identité nationale ou constitutionnelle », in *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe*, A. Levade, M. Fatin-Rouge Stéfani et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, p.194.

³ La toute première référence est intervenue dans l'arrêt Solange I, mais n'a pas suscité d'émotion à l'époque et n'a pas été couvert par la doctrine. C'est l'inclusion dans les traités qui, pour la première fois, a attiré l'attention sur l'identité au sein de l'Union. Voy. S. MARTIN, « L'identité de l'état dans l'Union européenne : entre identité nationale et identité constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n°91, 2012/3, pp. 13- 44.

rejoignent sans se confondre. Néanmoins, la ressemblance entre ces deux concepts a permis un dialogue entre les hautes Cours des deux ordres juridiques⁴. Dans le quatrième chapitre, nous examinerons les ressemblances et différences entre ces deux concepts.

Après avoir exposé ces développements, nous étudierons dans la troisième partie de notre travail leur impact sur la Cour constitutionnelle belge. Témoin de cet échange entre les différentes Cours européennes, la Cour constitutionnelle belge est longtemps restée à l'écart. Elle a cependant changé son attitude en 2016 lors de l'examen de la loi portant assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance en invoquant la première fois l'identité nationale belge. Nous examinerons et critiquerons brièvement cet arrêt avant de réfléchir sur le contenu que l'identité nationale pourrait avoir en Belgique.

Nous concluons en soulignant l'influence des différentes Cours européennes sur la Cour constitutionnelle belge et son discours.

⁴ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », *Annales de Droit de Louvain : revue trimestrielle*, Vol. 75, no.3-4, 2015, pp. 484-485.

PARTIE 1 : LE PRINCIPE DE PRIMAUTÉ DU DROIT EUROPÉEN

CHAPITRE 1 : LE PRINCIPE DE PRIMAUTÉ COMME PILIER DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Comme le souligne D. Hanf, « l'existence parallèle de deux ordres juridiques également applicables dans l'ordre interne – l'un émanant du Traité et l'autre des instances nationales – pose la question de leur hiérarchie en cas de conflit »⁵.

Cette question fondamentale trouve sa réponse en droit communautaire dans le principe de primauté. Celui-ci est l'un des plus anciens et plus importants principes de droit de l'Union. Tel que formulé par la Cour de justice, il impose une primauté intégrale et absolue du droit communautaire sur le droit national⁶, ce qui a pour conséquence que toute norme de droit européen l'emporte sur toute norme de droit national contraire⁷⁸.

En instaurant ce principe de primauté, la Cour de justice a non seulement marqué l'histoire mais aussi répondu à une nécessité inhérente à la nature de la construction européenne.

1) Le principe de primauté comme spécificité du droit européen

Le principe de primauté du droit européen est l'un des piliers de fonctionnement de l'ordre juridique européen. Son application fait de l'ordre juridique européen une structure dont l'intégration est unique sur la scène internationale, puisqu'aucune institution de droit international n'avait réussi auparavant à s'immiscer si loin dans l'ordre juridique national de ses membres⁹. En instaurant ce principe de primauté, l'Union est passée d'une institution de droit international à une construction *sui generis*. Alors que le droit international impose sa primauté sur le plan international tout en laissant aux États le choix des mécanismes d'application de cette primauté dans leur ordre juridique¹⁰, l'Union se démarque de ce fonctionnement. Comme l'a souligné la Cour, « le Traité ne se borne pas à créer des

⁵ Pour une analyse, voir D. HANF, « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du traité de Maastricht », *R.T.D.E.*, 1994, pp. 393.

⁶ A. BARRAMDANE, « CJCE, 15 Juillet 1964, Flaminio Costa c/ Enel, aff. 6.64, Rec. P.1141 », *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne*, C. Boutayeb (dir), Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p.81.

⁷ O. DUBOS, « Inconciliable primauté. L'identité nationale : sonderweg et self-restraint au service du pouvoir des juges ? » in Colloque des 18 et 19 décembre 2009 *La conciliation entre les droits et libertés dans les ordres juridiques européens* 10^e journées du Pôle européen J. Monnet, Faculté de droit de Metz, p.430.

⁸ M. CLAES, « The primacy of EU law in European and national law », in *The Oxford Handbook of European Union Law*, A. Arnall and D. Chalmers (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 182 ; I. PERNICE, « Costa v. ENEL and Simmenthal : Primacy of European Law », *The Past and Future of EU Law*, M.Poiars Maduro et L.Azoulai (dir.), Oxford, Hart publishing, 2010, p.58.

⁹ M. CLAES, *ibidem*, p. 178.

¹⁰ M. CLAES, *ibidem*, p. 181.

obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, les droits et obligations desdits sujets »¹¹.

2) Le principe de primauté comme nécessité du droit européen

Ce principe de primauté est aussi une nécessité pour l'existence de l'Union européenne puisque, sans ce principe, le droit communautaire pourrait être remis en cause par les législations nationales postérieures, ce qui empêcherait l'application uniforme et affaiblirait la Communauté elle-même.

Comme l'a formulé la Cour dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, « la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du Traité »¹². Par conséquent, l'Union européenne ne peut être envisagée qu'à l'aune d'une exigence existentielle : la primauté de son droit¹³.

Cependant, s'il est admis par tous que la primauté est une exigence nécessaire du droit communautaire, il existe plusieurs visions de la primauté. D'une part, celle développée par la Cour de justice, absolue et inconditionnée, accordant la priorité à toutes les dispositions de droit communautaire sur toutes les dispositions de droit interne. D'autre part, la vision des États membres, qui ont formulé leur propre interprétation de ce principe afin de conserver leur souveraineté¹⁴. Comme nous le verrons par la suite, les Cours constitutionnelles européennes ont en effet développé une version atténuée du principe de primauté¹⁵.

¹¹ C.J.C.E., arrêt *Commission de la Communauté économique européenne contre Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, 13 novembre 1964, aff. jtes 90/63 et 91/63, ECLI:EU:C:1964:80, p.1232.

¹² C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p.1159.

¹³ A. LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Ed. Pedone, 2010, p. 111.

¹⁴ M. CLAES, « The primacy of EU law in European and national law », *op.cit.*, pp. 179-211.

¹⁵ A. BARRAMDANE, *op.cit.*, pp.84-85.

CHAPITRE 2 : AVENEMENT DU PRINCIPE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE

Malgré ce caractère fondamental en droit communautaire, la primauté du droit européen n'était pas inscrite dans les textes originaires. Cela s'explique probablement par l'idée de rendre plus facile la ratification des traités. La mention explicite du principe de primauté dans les traités européens pose une double difficulté. D'une part, l'acceptation politique de ce principe n'est, comme nous allons le constater, pas évidente. D'autre part, l'inscription du principe de primauté dans un traité européen aurait, dans plusieurs États membres, nécessité une révision de leurs Constitutions respectives afin de rendre la ratification de ce traité possible¹⁶.

Une tentative d'inscription a été faite en 2004, au moment de la négociation du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Toutefois, l'échec du Traité suite aux référendums négatifs a dissuadé les négociateurs de réinscrire celui-ci dans le Traité de Lisbonne¹⁷. Un pis-aller fut trouvé en inscrivant celui-ci à la Déclaration n°17 attachée au Traité de Lisbonne en ces termes « La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence »¹⁸.

Comme le souligne cette Déclaration, le développement de ce principe est uniquement dû à la jurisprudence de la Cour. Au fur et à mesure de ses arrêts, la Cour de justice va construire une primauté intégrale, absolue et inconditionnée du droit communautaire¹⁹ qui, combinée au principe d'effet direct, va faire de la construction européenne une création unique en son genre.

¹⁶ T. DEBARD, « 3. CJCE, 15 Juillet 1964, Flaminio Costa c/ Enel, aff. 6.64, Rec. 11411 », *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, M. Karpenschif et C. Nourissat (dir.), Paris, Thémis droit, PUF, 2010, p. 16.

¹⁷ A. VON BODGANDY, et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, p.1417.

¹⁸ M. CLAES, « The primacy of EU law in European and national law », *op.cit.*, p. 179.

¹⁹ A. BARRAMDANE, *op.cit.*, p.81.

1) *L'arrêt Van Gend en Loos*²⁰

En plus d'établir le principe de l'effet direct du droit issu du Traité, cet arrêt du 5 avril 1963 marque la première pierre de la construction européenne du principe de primauté²¹ et l'évolution d'une lecture de droit international public des traités fondateurs vers une lecture presque constitutionnelle de ceux-ci²².

La *Tariefcommissie* d'Amsterdam souhaitait savoir si « l'article 12 du Traité C.E.E. a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des États membres pourraient faire valoir, sur la base de cet article, des droits que le juge national doit sauvegarder ». En répondant à cette question, la Cour rend un arrêt fondateur concernant les rapports entre les ordres juridiques²³.

Dans son raisonnement, la Cour rejette l'approche traditionnelle de droit international public soutenue par les États intervenants selon laquelle chaque État est en mesure de décider si l'accord international signé sera applicable directement ou non à ses nationaux²⁴. Elle justifie sa décision en adoptant un raisonnement téléologique²⁵. Sur la base des objectifs du Traité C.E.E., de son préambule et des moyens mis à disposition des ressortissants des États afin d'intervenir dans le fonctionnement de la Communauté, la Communauté a pour vocation d'intéresser directement les ressortissants des États²⁶. Elle fonde par cela le principe de l'effet direct du droit de l'Union en désignant les ressortissants communautaires comme sujets directs de celui-ci. Elle souligne aussi la place des États, liés par des obligations qui s'imposent à eux de manière directe en vertu des limitations de souveraineté auxquelles ils ont consenti.

C'est lors de cette décision que la Cour va pour la première fois dans son histoire souligner que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants »²⁷. Dans cette affaire, la Cour impose une vision moniste des rapports entre la Communauté et

²⁰ C.J.C.E., arrêt *NV Algemene transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise (Van Gend en Loos)*, 5 février 1963, aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

²¹ T. DEBARD, « 1. CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise (Van Gend en Loos)*, aff. 26/62 », *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, M. Karpenschif et C. Nourissat (dir.), Paris, Thémis droit, PUF, 2010, p. 7.

²² F.C. MAYER, « Van Gend en Loos : the Foundation of a Community of Law », *The Past and Future of EU Law*, M.Poiaras Maduro et L.Azoulai (dir.), Oxford, Hart publishing, 2010, p.20.

²³ P. PESCATORE, « Van Gend en Loos, 3 February 1963- A view from within », *The Past and Future of EU Law*, M.Poiaras Maduro et L.Azoulai (dir.), Oxford, Hart publishing, 2010, p.3.

²⁴ M. WATHELET, « Arrêt van Gend en Loos : 50 ans déjà », *JDE*, 2013, p. 213.

²⁵ F.C. MAYER, « Van Gend en Loos : the Foundation of a Community of Law », *op.cit.*, p.20.

²⁶ C.J.C.E., arrêt *NV Algemene transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise (Van Gend en Loos)*, 5 février 1963, aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, p.23.

²⁷ C.J.C.E., arrêt *NV Algemene transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise (Van Gend en Loos)*, 5 février 1963, aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, p.23.

ses États en considérant que le Traité est directement applicable dans l'ordre juridique national. Elle écarte ainsi la prise en compte des différences de statut du droit communautaire au sein des droits nationaux en ce qui concerne les effets du droit de l'Union. Si l'arrêt ne s'exprime pas explicitement sur le principe de primauté, il donne à celui-ci une fondation forte. C'est par extension de ce raisonnement que sera affirmé l'année suivante dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* le caractère absolu et inconditionné de cette primauté²⁸.

2) *L'arrêt Costa c. E.N.E.L. (1964)*²⁹

Contenu en germes dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, c'est dans un arrêt rendu au cours de l'année suivante que la Cour de justice pose le deuxième pilier du droit européen : sa primauté absolue et inconditionnée. Elle esquisse à cette occasion les contours du principe, que la jurisprudence ultérieure viendra préciser et réaffirmer³⁰.

Comme formulé par l'Avocat général, dans cette affaire, « le problème est celui de la coexistence de deux normes juridiques contraires (par hypothèse) et également applicables dans l'ordre interne, l'une émanant du traité ou des Institutions de la Communauté, l'autre des instances nationales : laquelle doit prévaloir tant qu'il n'a pas été mis fin à la contrariété ? Telle est la question »³¹.

Alors que la Cour constitutionnelle italienne traitait ce problème comme un conflit dans le temps entre deux lois successives³², la Cour de justice considère qu'il ne s'agit pas d'un conflit dans le temps entre deux lois nationales, mais d'un problème d'interprétation du Traité C.E.E. et de prévalence de l'ordre juridique communautaire sur les droits internes.

Dans le raisonnement qui instaure le principe de primauté, la Cour continue de développer ce qu'elle avait entamé dans *Van Gend en Loos*. Elle avait déjà évoqué dans celui-ci que la Communauté créait un nouvel ordre de droit international. Elle s'exprime ici encore plus clairement et distingue l'ordre juridique communautaire de l'ordre juridique international. Elle fait valoir qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la C.E.E a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions »³³.

²⁸ L. POTVIN-SOLIS, « CJCE, 5 février 1963, NV algemene Transport- en expeditie onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, aff. 26/62, Rec. P.3 », *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne*, C. Boutayeb (dir), Issy-les-Moulineaux LGDJ, 2014, p.47.

²⁹ C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

³⁰ A. BARRAMDANE, *op.cit.*, p.77.

³¹ Av. gén. M. LAGRANGE, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:51, p.1174.

³² *Corte costituzionale*, décision du 24 février 1964, n°14/1964.

³³ C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p.1158.

La Cour donne deux fondements à la primauté du droit communautaire³⁴.

Le premier a trait au transfert de compétences des États à la Communauté : la Cour considère que ce sont les États qui, en choisissant d'instituer cette communauté, ont limité leurs droits souverains dans des domaines restreints et ont décidé de s'imposer à eux-mêmes ainsi qu'à leurs ressortissants, un nouveau corps de droit applicable.

Le deuxième est l'indispensable application uniforme du droit communautaire. La Cour souligne que « cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du Traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable »³⁵. Par cela, la Cour de justice souligne la nécessité du principe de primauté : la force du droit communautaire ne saurait varier d'un État à l'autre en faveur des législations internes ultérieures sans mettre en péril la réalisation des buts du Traité.

Dans un célèbre attendu, la Cour consacre explicitement la primauté du droit issu du Traité sur toute disposition nationale, soulignant « qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne *quel qu'il soit*, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »³⁶.

Déjà apparaît une considération qui fera couler beaucoup d'encre à travers le continent, et que la Cour réaffirmera six années plus tard : la primauté du droit européen sur les Constitutions nationales elles-mêmes³⁷.

3) *L'arrêt Internationale Handelsgesellschaft (1970)*³⁸

Dans cette affaire, les requérantes remettent en cause le droit de l'Union car il attente aux droits de propriété et d'exercice d'une activité économique, protégés par la Loi Fondamentale allemande en tant que droits fondamentaux. Les requérantes soutiennent que la primauté du droit supranational devrait céder devant les principes de la Loi fondamentale allemande.

A cet argument, la Cour répond que « le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit

³⁴ A. BARRAMDANE, *op.cit.*, p.79.

³⁵ C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p.1159.

³⁶ C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p.1160. Nous soulignons.

³⁷ T. DEBARD, « 3. CJCE, 15 Juillet 1964, Flaminio Costa c/ Enel, aff. 6.64, Rec. 11411 », *op.cit.*, p. 17.

³⁸ C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

communautaire »³⁹. Pour cette raison, « l’invocation d’atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu’ils sont formulés par la constitution d’un État membre, soit aux principes d’une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d’un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »⁴⁰. Elle semble donc intransigeante dans son application de la primauté.

A l’adoption du Traité en 1957, les auteurs n’ont pas jugé nécessaire d’inclure de protection en faveur des droits fondamentaux car la vocation économique des Communautés ne semblait pas de nature à mettre à mal les droits de l’homme⁴¹. L’intégration européenne avançant, cette vision semble de plus en plus fragile⁴². La Cour tente donc de répondre aux inquiétudes des Cours constitutionnelles nationales en soutenant que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect »⁴³.

4) L’arrêt *Simmenthal II* (1978)⁴⁴

Dans cet arrêt, la Cour ne précise pas davantage la formulation du principe de primauté. Celle-ci se contente de confirmer la position qu’elle avait adoptée en 1964 dans l’arrêt *Costa* : les dispositions des traités et des actes des institutions directement applicables font partie intégrante, avec rang de priorité, des normes juridiques applicables sur le territoire de chacun des États membres. Celles-ci sont une source immédiate de droits et d’obligations pour les États membres et pour les particuliers⁴⁵.

En revanche, la Cour de Luxembourg utilise les conséquences de la primauté couplée avec l’effet direct pour conférer au juge national un tout nouvel office. Celui-ci se voit investit, en tant qu’organe d’un État membre, de la mission de protéger les droits conférés aux

³⁹ C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, point 3.

⁴⁰ C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, point 3.

⁴¹ P. DOLLAT, « CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (demande de décision préjudicielle, formée par le Verwaltungsgericht Frankfurt), aff. 11/70, Rec. p.1175. », *Les grands arrêts du droit de l’Union européenne*, C. Boutayeb (dir), Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p.164.

⁴² P. DOLLAT, *ibidem*, p.168.

⁴³ C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, point 4. Dans un arrêt complémentaire du 14 mai 1974, l’arrêt J. Nold, la cour réaffirme cet attachement aux droits fondamentaux et considère qu’elle ne saurait par conséquent admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États (C.J.C.E., arrêt *J.Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, 14 mai 1974, aff. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51, point 13).

⁴⁴ C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l’État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

⁴⁵ C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l’État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, points 14-15.

particuliers par le droit communautaire⁴⁶. En vertu de cette mission, il doit permettre au droit communautaire de produire tous ses effets. Il peut par conséquent être amené à écarter les dispositions nationales contraires au droit communautaire, que celles-ci soient antérieures ou postérieures à l'acte communautaire auquel elles se heurtent⁴⁷.

La Cour de justice s'oppose à « toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires »⁴⁸.

⁴⁶ C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, point 16.

⁴⁷ C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, point 21.

Voy. T. DEBARD, « CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. 629 », *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, M. Karpenschif et C. Nourissat (dir.), Paris, Thémis droit, PUF, 2010, p. 83.

⁴⁸ C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, point 22.

CHAPITRE 3 : REACTIONS DES ÉTATS MEMBRES A CETTE PRIMAUTE ABSOLUE

Si les États membres ont largement accepté la primauté des normes communautaires sur leur législation, un certain nombre d'entre eux, par le biais de leur Cours constitutionnelle, s'opposent à une primauté absolue du droit européen sur leur Constitution nationale⁴⁹⁵⁰.

Dans l'ordre juridique interne des États membres, le principe de primauté du droit européen a été majoritairement réceptionné au moyen d'une clause constitutionnelle d'intégration⁵¹. Ce faisant, les États ont alors adopté une solution intermédiaire : sans accorder un statut supérieur au droit constitutionnel, le droit de l'Union a acquis une valeur équivalente à celui-ci grâce à la création d'une passerelle permettant l'intrusion des normes européennes dans l'ordre juridique interne.

Lorsqu'une confrontation se produit entre une norme de droit européen et la Constitution, les Cours constitutionnelles argumentent que les bases de la primauté du droit communautaire reposent dans la Constitution. La primauté est par conséquent limitée par cette même Constitution⁵². Selon ce raisonnement, les institutions européennes, tirant finalement leur pouvoir de ces dispositions constitutionnelles, ne peuvent faire ce que les autorités nationales ne pourraient faire sans violer leurs Constitutions.

Les Cours constitutionnelles, avec la Cour italienne en tête⁵³, ont par ce raisonnement développé des contre-limites au principe de primauté du droit européen sur les dispositions constitutionnelles nationales⁵⁴. Ces réserves de constitutionnalité, ou « clauses de sauvegarde » se sont manifestées sous trois angles différents⁵⁵.

⁴⁹ M. CLAES, « The validity and primacy of EU Law and the cooperative relationship between national constitutional courts and the Court of Justice of the European Union », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol.23(1), 2016, pp.154-163.

⁵⁰ Pour une étude des positions des différents pays européens relativement à la primauté du droit européen, voy. C. GRABENWARTER, « National Constitutional Law relating to the EU, in *Principles of European Constitutional Law* » in A. Von Bogdandy et J. Bast (dir.) Oxford, Hart Publishing, 2nd édition, 2009, pp.83-91.

⁵¹ L'Allemagne a adopté l'article 23 dans la Loi Fondamentale, la France a inséré un article 88-1 dans sa Constitution, l'Espagne un article 93 et l'Italie un article 11. voy. P.-E. LEHMANN, « Le respect de l'identité nationale des Etats membres », in *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?*, J.-C. Barbato et Y.Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, p.156 ; F. CHALTIEL, « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des Etats membres » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Ed. Pedone, 2010, pp.70-73.

⁵² M. CLAES, « The primacy of EU law in European and national law », *op.cit.*, p. 179 ; P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 467.

⁵³ La première à développer un tel raisonnement fut la Cour constitutionnelle italienne, créant la théorie des contre-limites dans l'arrêt *Frontini* (Corte costituzionale, décision *Frontini* du 27 décembre 1973, n°183/73, 2 *Common Market Law Review* 372, 1974 et Corte costituzionale, décision *Granital* du 8 juin 1984, n°170/84, 21 *Common Market Law Review* 756, 1984).

⁵⁴ M. R. DONNARUMMA, « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/4, n° 84, pp.727-729.

⁵⁵ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 469 ; M. KUMM, « The jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, Vol. 11, n°3, 2005, p.264.

Le premier angle de protection des principes constitutionnels adopté par les Cours constitutionnelles européennes a été celui des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle allemande a été la première à avancer ce raisonnement afin de protéger les droits fondamentaux consacrés dans la Loi Fondamentale⁵⁶. En l'absence d'un système de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire, la Cour constitutionnelle allemande a marqué son refus de reconnaître la primauté du droit de l'Union et par cela de restreindre ses capacités de protéger les droits fondamentaux dont elle était garante. Elle a donc posé les principes fondamentaux en tant que limites à la primauté du droit européen, et par cela, a répondu à la Cour de justice et à son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁷. Elle se donne alors le pouvoir de juger de l'applicabilité des décisions européennes si des exigences minimales de protection des droits de l'homme ne sont pas respectées⁵⁸. Cet angle de protection fut toutefois quelque peu abandonné dès que l'Union a été en mesure d'accorder une protection similaire aux droits fondamentaux⁵⁹.

Suite à l'adoption du Traité de Maastricht, s'est développée la notion de contrôle *ultravires*⁶⁰. C'est, une fois de plus, la Cour constitutionnelle allemande qui fut pionnière en la matière, en considérant qu'elle était compétente pour s'assurer que les institutions européennes ne transgressaient pas les compétences qui leur avaient été accordées⁶¹. Elle fut rejointe par d'autres Cours européennes⁶².

Plus récemment, s'est développé un troisième angle de protection des dispositions constitutionnelles, par l'identification d'un noyau dur de principes, d'une identité de l'État qui

⁵⁶ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 29 mai 1974, Solange I, BVerfGE 37, 271 (279 et s.).

⁵⁷ C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : flashback sur le coming-out d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 321-322 et M. BLANQUET, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice: enfin des mots, toujours des maux? », in *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, B. Bertrand, F. Picod et S. Roland (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.305-308.

⁵⁸ I. PERNICE, *op.cit.*, p.54.

⁵⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 22 octobre 1986, Solange II, BVerfGE 73, 339 (375 et s.), traduction française disponible dans *RTDE*, 1987, p.537.

⁶⁰ M. WENDEL, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'intégration européenne », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. XXXVIII, 2013, Paris, Economica, p.641.

⁶¹ Etabli dans l'arrêt Maastricht (Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 12 octobre 1993, BVerfGE 89, 155, *Maastricht*, disponible sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html>), complété et adouci dans l'arrêt Honeywell (Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 6 juillet 2010, BVerfGE 126, 286, Honeywell. Accessible en version anglaise sur le site du Tribunal constitutionnel).

⁶² Notamment la Pologne et la République Tchèque (Tribunal constitutionnel polonais, *Lisbonne*, 24 novembre 2010, No. K 32/09 ; Cour constitutionnelle tchèque, *Lisbonne I*, 26 novembre 2008, No. PL. US 19/08 ; Cour constitutionnelle tchèque, *Lisbonne II*, 3 novembre 2009, No. PL. US 29/09). Pour une vision d'ensemble des limites substantielles et procédurales voy. le rapport suivant : L. BESSELINK, M. CLAES, S. IMAMOVIC et J.H. REESTMAN, « National constitutional avenues for further EU integration », *Study for the European Parliament (Directorate General of Internal Policies, Policy Department, Citizen's rights and constitutional affairs)*, Doc. PE 493.046, 2014, Brussels, 282p.

serait intangible. Celle-ci marquerait donc une limite à l'intrusion du pouvoir européen dans les souverainetés nationales⁶³.

⁶³ M. BLANQUET, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux? », *op.cit.*, pp.298-299 ; M. WENDEL, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'intégration européenne », *op.cit.*, pp.640-645.

PARTIE 2 : LES IDENTITÉS COMME LIMITES À LA PRIMAUTÉ DU DROIT EUROPÉEN

CHAPITRE 1 : LA NOTION D'IDENTITE DANS LES TEXTES FONDATEURS

1) Le Traité de Maastricht

Comme le souligne D. Rousseau, entre 1957 et 1986, les États membres ont toujours l'impression qu'ils contrôlent le processus européen. En effet, malgré les arrêts de la Cour de justice établissant et consolidant le principe de primauté, l'Europe est à cette époque uniquement économique. Dès 1986, l'Europe entame un changement de visage en s'étendant sur la souveraineté monétaire et financière des États membres par l'adoption de l'Acte Unique⁶⁴.

En 1992, le Traité de Maastricht révolutionne le continent européen en fondant l'Union européenne⁶⁵. La construction européenne change de nature et tend vers un développement fédéral de l'intégration européenne⁶⁶. La nouvelle Union européenne acquiert des compétences en matière de politique étrangère, de défense et de police par l'introduction de la nouvelle politique étrangère et de sécurité commune (P.E.S.C.), la collaboration est favorisée dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, les États perdent le monopole sur la citoyenneté et abandonnent à l'Union leur souveraineté monétaire. Ceci, combiné à la modification du processus de décision⁶⁷, transforme l'Union européenne en une véritable institution supranationale. Il n'est dès lors pas surprenant que les États aient pu se sentir menacés⁶⁸.

Ceux-ci font donc inscrire dans les textes fondateurs des dispositions protégeant leurs particularités étatiques afin de se prémunir contre le rouleau compresseur d'intégration qu'est l'Union européenne⁶⁹. C'est dans ce contexte qu'apparaît à l'article F, alinéa 1^{er} du Traité de Maastricht⁷⁰ la notion d'identité nationale⁷¹, sous les termes suivants : « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur

⁶⁴ D. ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, pp.90-91.

⁶⁵ Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, *J.O.*, n°C 191 du 29 juillet 1992.

⁶⁶ M. ROSARIA DONNARUMMA, *op.cit.*, p.727.

⁶⁷ Celui-ci opère une extension du vote à la majorité qualifiée et diminue donc les possibilités d'exercice du veto par les États membres.

⁶⁸ F.-X. MILLET, « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des États membres dans les traités sur l'Union européenne », *R. A.E. – L.E.A.*, 2013/2, p.331.

⁶⁹ A. BAILLEUX, H. DUMONT, « Section 2. - Les rapports entre l'Union et les États membres » in *Le pacte constitutionnel européen – Tome 1. Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p.322 et P. FARAGUNA, « Constitutional identity in the EU – A Shield or a Sword », *op.cit.*, p.1619.

⁷⁰ Article F. du Traité de Maastricht, *J.O.* n°C 191 du 29 juillet 1992.

⁷¹ A. LEVADE, « Identité nationale ou constitutionnelle », *op.cit.*, p.188.

les principes démocratiques ». Même si cette clause a une signification davantage politique que juridique⁷², l'inclusion d'une telle clause dans les textes portant le projet européen surprend⁷³. La mention de la notion d'identité nationale dans un projet qui tend à surmonter les clivages nationaux semble quelque peu contradictoire. La clause d'identité nationale étonne d'autant plus lorsque l'on examine la position de cette clause dans le Traité, parmi les dispositions communes et juste avant la disposition consacrant les droits fondamentaux.

F.X. Millet répond à ces différents questionnements par une étude de ses versions antérieures. Il explique que l'article initial entendait imposer le respect des ordres constitutionnels des États membres et cela principalement car les Constitutions étaient la source des droits fondamentaux en Europe⁷⁴. Cependant, comme il le souligne, l'acceptabilité politique et juridique de cet article était limitée puisque l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* avait déjà insisté sur le fait que le droit communautaire ne cédait pas devant les droits fondamentaux constitutionnellement garantis. Il considère donc que c'est pour cette raison que les auteurs du Traité ont souhaité faire disparaître la référence aux constitutions nationales dans la version finale de l'article F, alinéa 1^{er}⁷⁵.

2) *Le Traité d'Amsterdam*

En 1997, le Traité d'Amsterdam⁷⁶ modifie l'article F précité⁷⁷. L'accent sur le caractère démocratique de l'Union est marqué par l'alinéa 1^{er} : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres ». Les auteurs du Traité rappellent ensuite dans l'alinéa 2 que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres ».

⁷² V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Ed. Pedone, 2010, p.83.

⁷³ F.-X. MILLET, « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des Etats membres dans les traités sur l'Union européenne », *op.cit.*, p.331.

⁷⁴ F.-X. MILLET, *ibidem*, pp.332- 333.

⁷⁵ F.-X. MILLET, *ibidem*, pp.332- 333.

⁷⁶ Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1992, *J.O.* n°C 340 du 10 novembre 1997.

⁷⁷ Art. 1, 8) du Traité d'Amsterdam.

3) *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe*⁷⁸

Une version plus complète de la clause d'identité est élaborée lors des négociations du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (ci-après T.E.C.E.) en 2004⁷⁹ : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale »⁸⁰.

A la lecture des documents préparatoires de cette Constitution pour l'Europe, on comprend que le respect des responsabilités centrales de l'État dans cette nouvelle Union fut abondamment discuté^{81,82}. Afin de garantir le rôle de l'État dans le projet de la future Union, la clause d'identité nationale a été extensivement réécrite pour apporter plus de transparence sur les éléments essentiels de l'identité nationale que l'Union doit respecter dans l'exercice de ses compétences.

Un groupe de travail, dirigé par le délégué danois H. Christophersen, a particulièrement examiné deux domaines dans lesquels les responsabilités des États membres sont essentielles : d'une part, les structures fondamentales et fonctions essentielles d'un État membre⁸³ et d'autre part, les choix fondamentaux en matière de politiques publiques et valeurs sociales d'un État membre^{84,85}. Le Traité n'ayant jamais vu le jour, la clause d'identité nationale telle qu'inscrite dans le projet ne fut pas adoptée à cette occasion⁸⁶.

⁷⁸ Traité établissant une Constitution pour l'Europe (T.E.C.E.), J.O. n° C 310 du 16 décembre 2004.

⁷⁹ Pour une analyse de la portée de cette clause, notamment en relation avec le principe de coopération loyal inscrit à l'alinéa 2, voy. M. BLANQUET, « Article I-5 – Relations entre l'Union et les États membres », *Traité établissant une constitution pour l'Europe - Commentaire article par article*, L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.) tome I, parties I et IV - « Architecture constitutionnelle », Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 96 – 106.

⁸⁰ Art. I-5, al.1 du T.E.C.E.

⁸¹ Groupe de travail V « Compétences complémentaires » de la Convention européenne, Rapport du Président du Groupe de travail V « Compétences complémentaires » aux Membres de la Convention, CONV 375/1/02 – REV 1 – WG V 14, Bruxelles, 04.11.02, p.10.

⁸² Pour une explication détaillée des différentes positions lors des négociations de la clause, voy. P. FARAGUNA, « A living Constitutional identity : the Contribution of Non-Judicial Actors », Jean Monnet Working Paper 10/15, 2015, pp.25-28. Accessible à <https://jeanmonnetprogram.org/paper/a-living-constitutional-identity-the-contribution-of-non-judicial-actors/>.

⁸³ A ce titre, le groupe de travail listait comme responsabilités essentielles les tâches suivantes : structure politique et constitutionnelle, y compris administration autonome aux niveaux régional et local, citoyenneté nationale, territoire, statut légal des églises et des sociétés religieuses, défense nationale et organisation des forces armées, choix des langues (Rapport final du groupe de travail V « Compétences complémentaires, *op.cit.*, p.12).

⁸⁴ A ce titre, le groupe listait : la politique de distribution des revenus, l'imposition et la collecte des impôts et taxes individuels, le système de prestations de sécurité sociale, le système éducatif, le système public de soins de santé, la préservation et le développement culturels, le service militaire ou civil obligatoire (Rapport, p.12)

⁸⁵ Il fut finalement décidé de ne pas intégrer ce deuxième domaine dans la clause d'identité nationale (Rapport final du groupe de travail V « Compétences complémentaires, *op.cit.*, p.12).

⁸⁶ Celle-ci aurait dû se lire comme suit : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris

4) *Le Traité de Lisbonne*

L'évolution concernant l'identité nationale apportée par le groupe de travail dirigé par H. Christophersen ne s'est cependant pas perdue, puisque le Traité de Lisbonne⁸⁷, en l'article 4, § 2 du Traité sur l'Union européenne (ci-après T.U.E.) inséra presque mot pour mot la clause telle que résultant des travaux menés à l'occasion du T.E.C.E.⁸⁸.

Certaines modifications ont néanmoins été opérées. Contrairement aux clauses adoptées à Maastricht ou Amsterdam, la clause telle que résultant du Traité de Lisbonne marque l'accent sur le contenu de cette identité nationale⁸⁹. De plus, les précisions apportées lors de la rédaction du T.E.C.E. et du Traité de Lisbonne donnent accentuent le côté juridique de la clause d'identité⁹⁰. En mentionnant que l'identité nationale est celle inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles, l'Union européenne reconnaît en quelque sorte une identité constitutionnelle de l'État membre⁹¹. Enfin, contrairement aux dispositions correspondantes des traités précédents, cette clause est invocable devant la Cour de justice pour en garantir le respect⁹².

en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet de sauvegarder la sécurité nationale. » (Art. I-5 T.E.C.E.).

⁸⁷ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.U.E.*, n° C 306.

⁸⁸ Art. 3bis du Traité de Lisbonne, modifiant l'article 4 du T.U.E. : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

⁸⁹ S. PLATON, « Le respect de l'identité nationale des états membres : frein ou recomposition de la gouvernance », *Revue de l'Union européenne*, n°556, mars 2012, p.1 ; F.X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne : texte et commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, Paris, La documentation française, 2008, p.39.

⁹⁰ F.-X. MILLET, « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des Etats membres dans les traités sur l'Union européenne », *op.cit.* p.335.

⁹¹ L. BESSELINK, « National and constitutional identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, Vol. 6, 2010, p. 44. Critique de cette position par E. CLOOTS qui considère que la clause d'identité nationale ne doit pas être transformée par la doctrine en une clause d'identité constitutionnelle : E. CLOOTS, « National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU », *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2, 2016, p.83

⁹² Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la clause d'identité nationale n'entrait pas dans le champ de compétences de la Cour puisque l'ancien article 6, §3 T.U.E. n'était pas listé à l'article 46 T.U.E., déterminant les domaines de compétence de la Cour. Voy. E. LEVITS, « L'identité nationale des Etats membres selon l'article 4, §2, du T.U.E en tant qu'élément de la structure constitutionnelle de l'Union européenne » in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, A. Tizzano, A. Rossas et al. (dir.) Bruxelles, Bruylant, 2015, p.388; E.E. DUQUE, « United in Diversity or Through Diversity? National Identity as a Flexibility Clause-Granting Member State a Margin of Appreciation », *Lund Student EU Law Review*, 2013, Vol. II, p.37 ; P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 485.

CHAPITRE 2 : L'IDENTITE DANS LES JURISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLES

A la même période que la tentative de constitutionnalisation de l'Union par le T.E.C.E., un discours basé sur l'identité⁹³ des Constitutions apparaît dans les jurisprudences constitutionnelles. Cela n'est bien sûr pas anodin : c'est au moment où les Constitutions se voient devenir perméables aux dispositions européennes⁹⁴ que la notion d'identité constitutionnelle apparaît, comme en réaction à la place que commence à prendre l'Europe dans la souveraineté des États⁹⁵. C'est sans doute face à cette expansion de l'Union sur le terrain des compétences nationales que les juges constitutionnels ont ressenti le besoin de réaffirmer leur rôle dans la protection de leur texte fondamental.

L'identité constitutionnelle fut alors élaborée en identifiant, de manière plus ou moins précise, des dispositions constitutionnelles qui ne sauraient s'effacer au profit des exigences du droit de l'Union. Dans ce travail d'identification, ce sont les Cours française et allemande qui ont mené la danse. Influencées par leur raisonnement, d'autres Cours européennes ont développé un discours semblable durant les années suivantes.

1) *L'identité constitutionnelle française*

a) Développement du discours identitaire

Influencé par le raisonnement des contre-limites développé par les Cours constitutionnelles italiennes et allemandes, le juge constitutionnel français sera le premier à faire explicitement usage de ce discours identitaire en tant que limite à l'intégration du droit européen dans le droit national⁹⁶⁹⁷. Le Conseil constitutionnel, dans deux cas de saisine différents, a fait référence à un discours basé sur l'identité pour aménager les relations entre l'ordre juridique constitutionnel et l'ordre juridique communautaire et ainsi mettre un frein à la primauté de ce dernier.

⁹³ On parle ici de l'identité au sens d'essence de la Constitution, d'ipséité. Pour plus de précisions sur la notion d'identité, voy. A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, pp.7-24.

⁹⁴ Insertion de l'article 23 dans la Loi Fondamentale allemande et de l'article 88-1 en France en 1992, de l'article 10-a en République Tchèque en 2001 permettant l'attribution de compétences alors réservées aux États à l'Union (L. BESSELINK, M. CLAES, S. IMAMOVIC et J.H. REESTMAN, « National constitutional avenues for further EU integration », *Study for the European Parliament (Directorate General of Internal Policies, Policy Department, Citizen's rights and constitutional affairs)*, Doc. PE 493.046, 2014, Brussels, 282p.).

⁹⁵ D. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 93.

⁹⁶ A. LEVADE, « Identité nationale ou constitutionnelle », *op.cit.*, p. 188.

⁹⁷ Bien que cette réserve ait en fait été inspirée à ses auteurs par les jurisprudences italienne et allemande qui seront examinées ci-après, le juge français est le premier juge à insister sur la notion d'identité. voy. : E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 83, 2010/3, p. 452-453 ; P. MAZEAUD, « L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives », Colloque de Venise du 16 décembre 2006, p. 2, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

1. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition

a. La décision « économie numérique »

Les prémices du discours sur l'identité se sont développées dès juin 2004 dans le cadre du contrôle de constitutionnalité d'une loi transposant une directive européenne. Dans un arrêt du 10 juin 2004⁹⁸, le Conseil constitutionnel reconnaît que l'article 88-1 de la Constitution lui impose de veiller à la transposition en droit interne des directives européennes et qu'il n'est en principe pas compétent pour procéder à un contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition qui tire les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles d'une directive⁹⁹. En effet, cela reviendrait à contrôler la constitutionnalité de la directive elle-même et contreviendrait au principe de primauté.

Cependant, il introduit un *caveat* à ce raisonnement, soulignant qu'il pourra être fait obstacle à cette obligation en cas de « disposition expresse contraire de la Constitution »¹⁰⁰. Par cette formulation, le Conseil constitutionnel souligne que la spécificité du droit européen, dont découlent la primauté et l'obligation de transposition européenne, repose sur la clause européenne inscrite à l'article 88-1¹⁰¹, disposition constitutionnelle, devant être conciliée avec d'autres dispositions constitutionnelles. La question qui se pose n'est pas une question de hiérarchie dans ce cas, mais une question de conciliation entre deux normes constitutionnelles.

Affirmant la primauté de la Constitution, la limite à l'intégration du droit européen est alors déterminée : une disposition expresse contraire de la Constitution¹⁰². Le contenu de ce

⁹⁸ Cons. const., décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, pt.7. Confirmé par la suite par les décisions du Conseil constitutionnel n°2004-497 DC du 1 juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n°2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, n°2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de donnée à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

⁹⁹ Si les premiers commentateurs de cet arrêt se sont félicités de la prise de position du juge constitutionnel, mettant en avant sa contribution à la construction communautaire, la doctrine a cependant critiqué le raisonnement reposant sur l'article 88-1 et utilisé par le juge constitutionnel. Voy. J. ROSSETTO, « La primauté du droit communautaire selon les juridictions françaises » in J. Rossetto et A. Berramdane (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, pp. 71-90 ; J. ARRIGHI DE CASANOVA, « La décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *Actualité Juridique Droit Administratif*, n°28, 2004, pp. 1534-1537.

¹⁰⁰ La théorie développée à cette occasion par le Conseil constitutionnel est appelée la « théorie de la directive écran », puisque la directive, bénéficiant d'une immunité constitutionnelle, est en fait comme un écran entre la loi de transposition et la Constitution. Cet écran disparaît, lorsqu'une disposition expresse contraire de la Constitution apparaît. Voy. CHARPY, C., « The Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order : The Recent Case-Law of the Conseil Constitutionnel and the Conseil d'Etat. », *European Constitutional Law Review*, Vol.3, n°3, 2007, pp.443-444.

¹⁰¹ Cette reconnaissance de la spécificité du droit européen est déjà une évolution relativement à la précédente jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui examinait jusqu'alors le droit européen d'un point de vue de droit international public, au travers de l'article 55 de la Constitution française, disposition consacrant la supériorité des traités sur la loi sous condition de réciprocité. Voy. CHARPY, C., *ibidem*, pp.438-439.

¹⁰² B. MATHIEU, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, pp. 141-143.

concept reste vague puisque le Conseil constitutionnel n'indique pas quelles dispositions pourraient faire obstacle à ce principe. S'inspirant du raisonnement d'un autre arrêt du Conseil constitutionnel¹⁰³, la doctrine conclut qu'une disposition expresse contraire de la Constitution est en fait une disposition qui ne peut être trouvée que dans la Constitution française et qui ne peut donc être protégée par l'Union¹⁰⁴. Par conséquent, on peut conclure que le droit communautaire, par le truchement de l'article 88-1, bénéficie généralement de la primauté sur les dispositions constitutionnelles « normales ». Il perd toutefois ce bénéfice de primauté sur quelques dispositions spécifiques à la République française. On sent déjà poindre dans cette logique la notion d'identité de l'État.

b. La décision « droit d'auteur ».

Sur la base de ces développements constitutionnels, le discours identitaire apparaît au grand jour deux ans plus tard. Le raisonnement précédent est conservé, mais la formule de la contre-limite « disposition expresse contraire de la Constitution » est remplacée en 2006 par celle d'une « règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »¹⁰⁵¹⁰⁶¹⁰⁷.

Cette nouvelle formulation appelle plusieurs remarques. D'une part, en marquant que l'incompatibilité pourrait être levée par le consentement du constituant, le Conseil donne alors l'indication que cet obstacle peut en fait être levé par une révision de la Constitution. L'identité constitutionnelle de la France n'est donc pas indisponible¹⁰⁸¹⁰⁹. D'autre part, il est

¹⁰³ Cons. const., décision n°2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, pts. 5-7.

¹⁰⁴ Sur la notion de “disposition expresse contraire de la Constitution”, voy. J. REESTMAN, « France Conseil Constitutionnel on the Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order. Decision of 10 June 2004, 2004-496 DC », *European Constitutional Law Review*, Vol. 1(2), 2005, pp. 311-313.

¹⁰⁵ Cons. const., décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

¹⁰⁶ Cette formulation fut confirmée à plusieurs reprises, dont 3 fois en omettant la deuxième partie de la phrase : Cons. const., décision n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, pt.6 ; n°2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, pt.44, n°2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, pt.18 ; n°2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, pt.3 ; n°2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, pt.45 ; n°2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, pt. 31 ; n°2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Séphora* ; n°2014-694 DC du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, pt.4 ; n°2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash*, pt.9 ; n°2015-726 DC du 29 décembre 2015, *Loi de finances rectificative pour 2015*, pt.5 ; n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, pt.5.

¹⁰⁷ Cette position a aussi été adoptée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Arcelor*, sans toutefois reprendre explicitement la formule du Conseil constitutionnel (C.E., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Lorraine*, req. n°287110).

¹⁰⁸ Exception faite, peut-être, de la forme républicaine du gouvernement, qui est déclarée comme intangible par le constituant ? Le débat fait rage, puisqu'il est possible de supprimer l'article 89, al.5. Voy. V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », *op.cit.*, p.85 ; D. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 96.

difficile de définir le véritable effet de la reformulation de la contre-limite sur son champ d'application. Si la formulation précédente visait les valeurs qui ne sont protégées qu'au niveau constitutionnel, la nouvelle formulation semble viser des dispositions qui, en plus de refléter le particularisme de l'ordre juridique français¹¹⁰, font partie de son essence¹¹¹¹¹². Cependant, l'ancienne formulation supposait que le champ d'application varie en fonction de la protection apportée par l'Union. Puisque cela n'est plus exigé, le Conseil constitutionnel dispose d'une plus grande marge de manœuvre pour déterminer les éléments qui pourraient rentrer dans cette définition¹¹³.

2. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux

Outre les nombreuses décisions du Conseil constitutionnel mettant en scène l'identité dans le cadre du contrôle des lois de transposition, le Conseil constitutionnel a tenu un tel discours dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux.

La France ne connaissant pas de contrôle de constitutionnalité des traités en vigueur, le Conseil constitutionnel peut uniquement être saisi a priori afin de procéder à un contrôle de constitutionnalité d'un engagement international¹¹⁴. Cette procédure, ayant été utilisée à plusieurs reprises dans le cours de l'intégration européenne, permet alors au constituant d'identifier les dispositions constitutionnelles à modifier afin que l'engagement international soit compatible avec la Constitution. En effet, il arrive que l'autorisation de ratifier des engagements internationaux appelle une révision constitutionnelle lorsque ceux-ci « contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »¹¹⁵.

¹⁰⁹ J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle et Constitution européenne », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, F. Berrod, J. Gerkrath et al (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.414-415 ; C. GREWE et J. RIDEAU, *op.cit.*, pp. 337-339.

¹¹⁰ E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *op.cit.*, p. 454.

¹¹¹ Comme le dit DUBOUT, « l'Essence de la République c'est son cœur même, ce sans quoi le régime français ne serait plus républicain » voy. E. DUBOUT, *ibidem*, p. 456.

¹¹² DUBOUT parle du « spécial » et du « crucial », voy. E. DUBOUT, *ibidem*, p. 464.

¹¹³ C. CHARPY, « The Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order: The Recent Case-Law of the Conseil Constitutionnel and the Conseil d'Etat. », *op.cit.*, p.445-446 ; F. CHALTIEL, « Droit constitutionnel et droit communautaire, Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire, La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°68, 2006, p. 843-844 ; J. ROSSETTO, *op.cit.*, pp. 71-90.

¹¹⁴ Art. 54 de la Constitution de la République française.

¹¹⁵ Cons. const., décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, §7 et Cons. const., décision n°2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne*, § 9.

Cette procédure a d'ailleurs mené à la révision à plusieurs reprises de la Constitution française afin prévenir toute violation lors de la ratification¹¹⁶. Lorsqu'il aboutit, dans ses décisions, à une incompatibilité qui doit être levée par une révision de la Constitution, le Conseil ne précise cependant jamais comment devraient être formulées les nouvelles dispositions. De cette manière, le Conseil constitutionnel se confine à son rôle de juge et laisse une place importante au fonctionnement politique pour définir la manière de modifier les dispositions constitutionnelles qui doivent l'être¹¹⁷.

a. La décision concernant le TECE

C'est dans ce contexte que le Traité instituant une Constitution pour l'Europe¹¹⁸ fut soumis au Conseil constitutionnel pour vérification de sa compatibilité avant sa ratification. Le Conseil souligne d'abord que malgré sa dénomination de « Constitution », ce Traité conserve le caractère d'un traité international et n'a donc aucune incidence sur la place de la Constitution française au sommet de l'ordre juridique interne. Il utilise ensuite la clause d'identité nationale, inscrite à l'article I-5 pour confirmer que les dispositions du Traité relatives à la primauté pouvaient être ratifiées sans révision de la Constitution¹¹⁹.

Le raisonnement est le suivant : le Traité affirmait en son article I-6 le principe de primauté du droit de l'Union tel qu'exprimé par la Cour de justice. Cette affirmation aurait pu menacer la jurisprudence du Conseil constitutionnel puisque celui-ci considérait la Constitution comme source de ce principe. Cela aurait alors affaibli la position des juges constitutionnels qui exigent le respect de la Constitution en tant que contre-limite à la primauté¹²⁰. Cependant, le Conseil a estimé que cet article n'était pas en contradiction avec la Constitution française grâce à l'existence de l'article I-5 imposant le respect par l'Union de l'identité nationale des États membres. Il en a ainsi déduit le principe de primauté adopté par le Traité de Rome

¹¹⁶ Cette procédure a d'ailleurs mené à la révision à plusieurs reprises de la Constitution française afin de permettre la ratification des traités européens sans violer la Constitution. Voy. la Loi n° 92- 554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : "Des Communautés européennes et de l'Union européenne, *JORF* n°147 du 26 juin 1992, p. 8406 pour le Traité de Maastricht du 7 février 1992 ; la Loi n° 99-49 du 25 janvier 1999 modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la Constitution, *JORF* n°21 du 26 janvier 1999, p.1343 pour le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 ; la Loi n° 2005-204 du 1er mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF* n°51 du 2 mars 2005, p.3696 pour le Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004 et la Loi n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF* n°0030 du 5 février 2008, p.2202 pour le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

¹¹⁷ C'est la raison pour laquelle M. WENDEL qualifie la fonction du Conseil constitutionnelle d' « aiguilleur » voy. M. WENDEL, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur l'évolution des traités européens. Un conte d'aiguilleurs et de gardiens de ponts », in *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, E. Lagrange, A.Hamann et J.-M. Sorel (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2012, p.112. Voy. aussi P. FARAGUNA, « A living Constitutional identity : the Contribution of Non-Judicial Actors », *op.cit.*, pp.16-17.

¹¹⁸ Cons. const., décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

¹¹⁹ Cons. const., décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, pts. 9-13.

¹²⁰ J. ROSSETTO, *op.cit.*, pp. 71-90.

n'avait pas une portée autre que celle que le Conseil constitutionnel lui-même avait adopté dans sa décision économique numérique¹²¹ et que le Traité n'altérerait pas les relations en cours entre le droit de l'Union et le droit national¹²².

b. La décision CETA

Le Conseil constitutionnel a encore appliqué un raisonnement basé sur l'identité dans une décision récente du 31 juillet 2017 portant sur l'accord de libre-échange avec le Canada¹²³. Après avoir distingué entre les dispositions relevant d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres et les dispositions relevant d'une compétence exclusive de l'Union, il souligne que : « S'agissant, en revanche, des stipulations de l'accord qui relèvent d'une compétence exclusive de l'Union européenne, il revient seulement au Conseil constitutionnel, saisi afin de déterminer si l'autorisation de ratifier cet accord implique une révision constitutionnelle, de veiller à ce qu'elles ne mettent pas en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. En l'absence d'une telle mise en cause, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne de contrôler la compatibilité de l'accord avec le droit de l'Union européenne ».¹²⁴¹²⁵

b) Le contenu de l'identité constitutionnelle française

Dans les deux situations, les juges du pavillon Montpensier ont imposé une réserve de constitutionnalité en la forme des « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » et ainsi exprimé que certaines normes nationales résisteraient aux éventuelles contradictions imposées par le droit communautaire. Par conséquent, ces normes nationales peuvent être considérées comme hiérarchiquement supérieures à l'exigence constitutionnelle du respect du droit de l'Union inscrite à l'article 88-1¹²⁶.

¹²¹ O. DUBOS, *op.cit.*, p.441.

¹²² G. CARCASSONNE, « France Conseil Constitutionnel on the European Constitutional Treaty. Decision of 19 November 2004, 2004-505 DC ». *European Constitutional Law Review*, Vol.1, n°2, 2005, p.294.

¹²³ Cons. const., décision n°2017-549 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*.

¹²⁴ Cons. const., décision n°2017-549 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, pt.14

¹²⁵ Voy. à propos de cette décision : F. CHALTIEL, « Le traité CETA devant le juge constitutionnel (à propos de la décision du 31 juillet 2017) », *Petites affiches*, n°73, 2018, p.6 ; D. SIMON, « La ratification du CETA ne nécessitera pas de révision constitutionnelle : bref propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 2017 », *Europe*, n° 8-9, août-septembre 2017, p. 1-2.

¹²⁶ E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *op.cit.*, p. 469.

Le Conseil constitutionnel n'ayant lui-même pas arrêté une liste de ces normes¹²⁷, plusieurs auteurs se sont essayés à l'exercice périlleux de dresser un inventaire des dispositions constitutionnelles pertinentes. Nous ne pouvons cependant que remarquer qu'il n'existe à ce sujet aucun consensus¹²⁸.

J. Derosier a tenté l'exercice en identifiant les principes « supra-constitutionnels ». Il a établi que « le “noyau constitutionnel identitaire” correspond à un ensemble de principes constitutionnels formant une catégorie spécifique de normes que l'on appelle les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : il s'agit de normes constitutionnelles qui échappent à toute possibilité de suppression et qui ont un impact sur le processus d'intégration européenne, en interdisant la production d'une norme primaire de l'Union européenne ou en empêchant l'application d'une norme de droit dérivé, malgré les principes de primauté et d'effet direct. Elles ne peuvent pas, elles-mêmes, être écartées (par une révision constitutionnelle) car le droit positif ne prévoit aucune procédure permettant de les détruire »¹²⁹.

E. Dubout a aussi étudié l'identité constitutionnelle sous cet angle, en soutenant « l'idée qu'au sein même des normes de rang constitutionnel, certaines seraient plus dignes d'intérêt et donc de protection que d'autres. Cette distinction fait apparaître en droit positif français une certaine forme de hiérarchie entre ce qui est “inhérent à l'identité constitutionnelle” et ce qui ne l'est pas : le premier ensemble apparaissant, non seulement symboliquement mais aussi désormais juridiquement, plus important que le second »¹³⁰. Cependant, comme le souligne S. Martin¹³¹, cette approche a deux défauts. Premièrement, elle a l'inconvénient de limiter très fortement les principes protégés puisque seule la forme républicaine du Gouvernement est considérée comme intangible en France. Deuxièmement, cette approche semble aller à l'encontre des mots du Conseil constitutionnel qui a clairement établi qu'une obligation issue

¹²⁷ Le président du Conseil constitutionnel a cependant précisé cette notion dans un discours : « Oui, en raison du consentement constitutionnel et populaire dont il a bénéficié, le droit communautaire est d'effet direct et prévaut, en cas de conflit, sur nos normes nationales, y compris, dans la généralité des cas, sur nos règles constitutionnelles. Mais non, le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme "inhérent": crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République ». (P. MAZEAUD, *Vœux du Conseil constitutionnel au président de la République*, 3 janvier 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel).

¹²⁸ L. DECHATRE, « L'identité constitutionnelle comme limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France » in *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, E. Lagrange, A. Hamann et J.-M. Sorel (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2012, pp.80-85 ; D. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 96.

¹²⁹ J.-P. DEROSIER, « Le Noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne. Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *VIIIe Congrès de l'AFDC*, Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011, p.2.

¹³⁰ DUBOUT a aussi tenté l'exercice sous cet angle : E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *op.cit.*, pp. 451-482.

¹³¹ S. MARTIN, *op.cit.*, p. 22.

du droit communautaire « 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 »¹³²

F.X. Millet a aussi tenté d'apporter quelques pistes en identifiant certains principes fondateurs de la République. Il reconnaît d'abord le principe d'égalité, dont découlent l'indivisibilité de la République et le principe de laïcité¹³³. Il insiste ensuite sur la conception française de la séparation des pouvoirs, impliquant la dualité d'autorités administratives et judiciaires, la distinction entre le domaine de la loi et celui du règlement et la possibilité de cumuler les sanctions administratives et pénales¹³⁴. Enfin, il souligne l'importance des principes du droit d'asile et de l'extradition¹³⁵.

2) *L'identité constitutionnelle allemande*

C'est en Allemagne que le discours d'identité en tant que limite à l'intégration européenne sera développé le plus en détail. Cette réticence marquée des juges constitutionnels vis-à-vis d'une intégration supranationale pose question puisque le texte constitutionnel allemand est résolument favorable à la construction européenne¹³⁶. En effet, le Préambule de la Constitution allemande dispose que « Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant ».

Cependant, le discours identitaire en Allemagne n'est pas né à l'occasion de l'intégration européenne. La notion d'identité agite les débats en Allemagne depuis le siècle dernier. Dès 1928, Carl Schmitt pense identifier dans la Constitution allemande certaines « décisions politiques fondamentales » qui ne devraient pas être susceptibles de révision constitutionnelle¹³⁷. Il instaure ainsi une notion d'identité de la Constitution qui se pose comme limite à la révision de celle-ci¹³⁸. Parmi les éléments faisant partie de l'identité constitutionnelle allemande, Schmitt identifie la démocratie, la République, la structure fédérale du Reich, la forme fondamentalement représentative et parlementaire du pouvoir législatif et du gouvernement, l'État de droit, les droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs.

¹³² Cons. const, décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*

¹³³ F.X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, Paris, LGDJ, 2013, pp.121-126.

¹³⁴ F.X. MILLET, *ibidem*, pp.126-130.

¹³⁵ F.X. MILLET, *ibidem*, pp.131-132.

¹³⁶ J. KOKOTT, « The Basic Law at 60 – From 1949 to 2009 : the Basic Law and Supranational Integration », *German Law Journal*, Vol. 11, n°1, 2010, p.104.

¹³⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution* (traduction française), Paris, PUF, 1993, p.241.

¹³⁸ M. WENDEL, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », in *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p.232.

Cette vision est aujourd'hui consacrée par l'article 79, alinéa 3 de la Loi Fondamentale, clause d'éternité qui interdit expressément toute modification aux principes constitutionnels fondamentaux que sont la démocratie, l'État de droit, le noyau des droits fondamentaux prenant racine dans la dignité humaine ainsi que le fédéralisme¹³⁹.

a) Les droits fondamentaux comme première composante de l'identité constitutionnelle allemande : les arrêts *Solange*

Le *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal constitutionnel fédéral, a certainement été influencé par cette idée d'un noyau de principes constitutionnels inaliénables. Dès l'arrêt *Solange I* de 1974¹⁴⁰, celui-ci réserve sa compétence pour contrôler la législation communautaire au regard des droits fondamentaux aussi longtemps que la Communauté ne disposera pas elle-même d'un catalogue de droits fondamentaux¹⁴¹. Par cet arrêt, la Tribunal constitutionnel allemand élabore la première réserve de constitutionnalité opposable au principe de primauté : le respect des droits fondamentaux.

De plus, c'est dans ce contexte que le Tribunal fait pour la première fois référence à l'idée d'identité constitutionnelle :

« L'article 24 de la Loi fondamentale traite du transfert de pouvoirs souverains à des institutions interétatiques¹⁴². Cette disposition ne doit pas être interprétée littéralement. L'article 24 GG, comme toute règle constitutionnelle présentant un caractère fondamental analogue à cette disposition, doit être entendu et interprété dans le cadre de l'ensemble de la Constitution. Cela signifie qu'il ne permet pas que *la structure fondamentale de la Constitution, qui confère à celle-ci son identité*, soit modifiée sans révision constitutionnelle, et notamment par la législation de l'institution interétatique. Les institutions communautaires compétentes peuvent certes adopter des dispositions légales que les organes constitutionnels compétents allemands ne pourraient pas adopter compte tenu des dispositions de la Loi fondamentale, mais qui n'en sont pas point valables et qui doivent être appliquées directement en République fédérale d'Allemagne. L'article 24 de la Loi fondamentale restreint toutefois cette possibilité, en ce qu'il fait obstacle à une modification du Traité qui affecterait les structures qui forment la Constitution en vigueur en République fédérale d'Allemagne et qui supprimerait de ce fait son identité. La même règle vaudrait d'ailleurs pour les dispositions du droit communautaire dérivé, arrêtées sur la base d'une interprétation en ce sens du

¹³⁹ F.C. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, pp.77-78.

¹⁴⁰ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271 (279 et s.), Disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>.

¹⁴¹ F.C. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *op.cit.*, p. 64 ; P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 476.

¹⁴² Le raisonnement du Tribunal à cette époque reposait sur l'article 24 de la Loi Fondamentale, permettant le transfert de pouvoirs à toute institution internationale. L'article 23, consacrant spécifiquement la participation à l'Union européenne, ne sera introduit dans la Loi Fédérale qu'en 1992.

Traité en vigueur et qui affecteraient de la même manière les structures essentielles de la Loi fondamentale »¹⁴³.

Après avoir développé ce raisonnement, le Tribunal constitutionnel pose que les droits fondamentaux, tels que garantis par la Constitution, font partie de cette structure fondamentale de la Constitution, qui en définit l'identité¹⁴⁴.

Douze ans plus tard, construisant sur le raisonnement bâti précédemment, le Tribunal Constitutionnel considère dans son arrêt *Solange II*¹⁴⁵ que les progrès effectués en matière de protection des droits fondamentaux permettent que la Cour de justice en prenne soin, aussi longtemps que le niveau de protection restera suffisant. Il ne s'agit pas là d'un revirement de jurisprudence : le raisonnement plaçant les droits fondamentaux comme élément de l'identité constitutionnelle allemande est toujours présent¹⁴⁶¹⁴⁷.

Malgré la mention de la notion d'« identité » dans ces deux décisions, la véritable réflexion du Tribunal allemand à ce sujet n'interviendra que plus tardivement dans la jurisprudence¹⁴⁸.

b) Le lien avec la clause d'éternité : l'arrêt *Maastricht*¹⁴⁹

Avec le Traité de Maastricht en 1992, l'identité nationale est rentrée dans le droit primaire à l'article F, § 1 du T.U.E.. Au cours de la même année, l'Allemagne révisé sa Constitution afin d'y insérer un article 23, formant désormais la base légale spécifique du transfert de compétences de la République fédérale d'Allemagne à l'Union¹⁵⁰.

¹⁴³ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 29 mai 1974, *Solange I*, op.cit., § 43. (Traduction française disponible dans *RTDE*, 1975, p.316). Nous soulignons.

¹⁴⁴ « Une partie essentielle et irréductible de la Constitution en vigueur en République fédérale d'Allemagne, et qui touche à la structure constitutionnelle de la Loi fondamentale, est constituée par les dispositions relatives aux droits fondamentaux » (Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 29 mai 1974, *Solange I*, op.cit., § 44. Traduction française à *R.T.D.E.*, 1975, p.319).

¹⁴⁵ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339 (375 et s.), disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>.

¹⁴⁶ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 22 octobre 1986, *Solange II*, op.cit., § 104. (Traduction française disponible dans *R.T.D.E.*, 1987, p.537).

¹⁴⁷ F.C. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », op.cit., p. 65.

¹⁴⁸ M. WENDEL, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », op.cit., p.234.

¹⁴⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 12 octobre 1993, BVerfGE 89, 155, *Maastricht*, disponible sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html>. Pour une analyse, voir D. HANF, « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du traité de Maastricht », op.cit., pp. 391-423 ; K.M. MEESSEN, « Hedging European Integration : The Maastricht Judgment of the Federal Constitutional Court of Germany », *Fordham International Law Journal*, Vol. 17, issue 3, 1993, pp.511-530.

¹⁵⁰ L'article 24 formait auparavant cette base légale. Le besoin s'est cependant fait ressentir d'une base constitutionnelle spécifique qui apporte davantage de protection et de précisions sur l'ampleur du transfert et ses limites voy. D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt 'Lisbonne' de la Cour constitutionnelle fédérale », *Cahiers de droit européen*, 2009/5-6, pp.663-667.

Le Tribunal constitutionnel est à ce moment saisi de plusieurs recours de particuliers mettant en cause la constitutionnalité de la loi portant ratification du Traité de Maastricht. Basé sur l'article 38 de la Loi Fondamentale, les requérants alléguent une atteinte à leur droit de vote garanti par la Constitution, ceci résultant du transfert de compétences à l'Union¹⁵¹. Ils considéraient que ce transfert aboutirait pour eux à des « élections vides, comme par exemple celles qui consisteraient à élire une assemblée sans compétence »¹⁵². Ils estiment par conséquent que le principe de démocratie serait violé, puisque les compétences du Bundestag allemand seraient vidées de leur substance. Par une interprétation contestée, la Cour accepte cette allégation d'une violation du principe de démocratie tel qu'inscrit à l'article 20 et déclare le recours recevable¹⁵³.

Dans le raisonnement du Tribunal constitutionnel, qui aboutira à déclarer la loi de ratification du Traité de Maastricht compatible avec la Constitution, n'apparaît qu'une très faible référence au discours identitaire. Bien que le Tribunal rappelle l'obligation de respect d'identité nationale des États¹⁵⁴ inscrite à l'article F§1 du TUE¹⁵⁵, il n'élabore pas la notion d'identité de la Constitution qu'il avait développée dans les arrêts précédents¹⁵⁶. On trouve néanmoins dans cet arrêt une idée, en rapport avec les arrêts *Solange*, qu'une certaine partie de la Constitution est si fondamentale qu'elle est intangible. Le Tribunal constitutionnel identifie le principe de démocratie comme faisant partie de ces fondamentaux. La clause d'éternité ayant pour fonction de protéger les caractéristiques fondamentales de l'État, il considère alors que l'article 79 §3 marque une limite à l'habilitation qui est accordée à l'Union européenne¹⁵⁷. Un lien se dessine entre la clause d'éternité, le principe de démocratie et l'identité constitutionnelle¹⁵⁸.

¹⁵¹ Voy. C. TOMUSCHAT, « The Defence of National Identity by the German Constitutional Court », in *National Constitutional Identity and European Integration*, A. Saiz Arnaiz et C. Alcobarro Llivina (dir.), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p.209.

¹⁵² K. REEH, « L'Union européenne : de Maastricht à Karlsruhe et au-delà », *Politique étrangère*, 59^eannée, 1994, n°2, p.524.

¹⁵³ M. WENDEL, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'intégration européenne », *op.cit.*, p.631 ;

C. TOMUSCHAT, *op.cit.*, p.209.

¹⁵⁴ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 12 octobre 1993, BVerfGE 89, 155, *Maastricht*, § 90.

¹⁵⁵ *Idem*, §109.

¹⁵⁶ F.C. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *op.cit.*, p. 66.

¹⁵⁷ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 12 octobre 1993, BVerfGE 89, 155, *Maastricht*, § 85. Traduction française du § 85 dans F.C. MAYER, *ibidem*, p. 66.

Voy. aussi D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt 'Lisbonne' de la Cour constitutionnelle fédérale », *op.cit.*, pp.667-668.

¹⁵⁸ F.C. MAYER, *ibidem*, p. 66.

c) La définition de l'identité constitutionnelle : l'arrêt *Lisbonne*

1. Etablissement de la notion d'identité constitutionnelle

C'est dans l'arrêt *Lisbonne*¹⁵⁹ que le Tribunal constitutionnel fédéral entretiendra finalement une réelle réflexion sur l'identité constitutionnelle allemande.

Le recours est à nouveau fondé sur la base d'une violation de l'article 38 consacrant le droit de vote aux élections législatives fédérales. Poursuivant sur le rapprochement effectué dans Maastricht, la Cour lie à nouveau celui-ci au principe de démocratie¹⁶⁰. Comme le souligne D. DITTERT, ainsi rapprochés, « le droit de vote et le principe de démocratie donnent alors naissance à un véritable droit de chaque citoyen allemand à la préservation de l'État-Nation auquel il appartient »¹⁶¹.

Les juges de Karlsruhe établissent ensuite expressément le rapport entre le principe de démocratie, la clause d'éternité et l'identité de l'ordre constitutionnel¹⁶²: « L'examen d'une éventuelle atteinte au droit de vote englobe en l'espèce aussi celui d'atteintes aux principes qui, d'après l'article 79 alinéa 3 GG, sont inhérents à l'identité constitutionnelle allemande »¹⁶³.

Ils expliquent que « le pouvoir constituant des Allemands, qui s'est donné la Loi fondamentale, a voulu tracer une limite qu'aucune évolution politique ultérieure ne saurait franchir. Une modification de la Loi fondamentale qui aurait pour effet de toucher aux principes consacrés par les articles 1 et 20 GG est interdite (article 79 alinéa 3 GG). Avec cette « garantie de pérennité », même le législateur constitutionnel ne peut disposer de l'identité de l'ordre constitutionnel libéral. Ainsi, la Loi fondamentale ne présuppose-t-elle pas seulement la qualité d'État souverain de l'Allemagne, mais elle la garantit aussi »¹⁶⁴.

Reconnaissant que l'Allemagne est habilitée à participer à la construction de l'Union, le Tribunal pose ensuite clairement l'identité constitutionnelle comme une limitation à cette participation : « L'habilitation à participer à l'intégration européenne autorise un aménagement de la formation de la volonté politique différent de l'organisation que la Loi fondamentale prévoit pour l'ordre constitutionnel allemand. Ceci vaut *jusqu'à ce que soit atteinte la limite de l'identité constitutionnelle inaliénable* (article 79 alinéa 3 GG) »¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, Disponible sur le site du Tribunal constitutionnel.

¹⁶⁰ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 12 octobre 1993, BVerfGE 89, 155, *Maastricht*, § 173-175.

¹⁶¹ D. DITTERT, « La Cour constitutionnelle allemande et le traité de Lisbonne », *R.A.E – L.E.A.*, 2009-2010/4, p.849.

¹⁶² F.C. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *op.cit.*, pp. 67-68.

¹⁶³ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §208.

¹⁶⁴ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §216.

¹⁶⁵ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §219. Nous soulignons. Le Tribunal continue ce raisonnement dans le §226.

Par cette formulation, le Tribunal constitutionnel fédéral marque que l'identité constitutionnelle, dont le principe démocratique est un composant, forme un obstacle absolu et insurmontable : la seule solution pour le dépasser serait de changer la Constitution même¹⁶⁶¹⁶⁷.

2. Contenu de l'identité constitutionnelle

En liant l'identité constitutionnelle à la clause d'éternité, le Tribunal établit qu'une atteinte aux principes protégés par cette dernière attenterait immédiatement à l'identité de la Constitution. Ces principes sont l'organisation de la Fédération en Länder, le principe de la participation des Länder à la législation, le principe démocratique et le respect de la dignité humaine¹⁶⁸.

Le Tribunal constitutionnel considère que pour respecter ce principe démocratique, il faut que le Parlement dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour effectivement mettre en place des mesures dans les domaines de la vie économique, culturelle et sociale¹⁶⁹. En effet, « l'élection par le peuple des députés au Bundestag allemand ne peut remplir son rôle déterminant dans le système dans lequel s'entrelacent les pouvoirs fédéral et supranational que si le Bundestag allemand représentant le peuple et le gouvernement fédéral soutenu par le Bundestag conservent une influence leur permettant d'agir sur l'évolution politique de l'Allemagne. Ceci est le cas lorsque le Bundestag allemand conserve des fonctions et des compétences propres d'importance politique substantielle ou que le gouvernement fédéral responsable devant le Bundestag est en mesure d'exercer une influence déterminante dans le cadre des procédures européennes de décision »¹⁷⁰. Cette interprétation n'est pas sans rappeler celle adoptée dès l'arrêt *Maastricht*.

Contrairement au juge français, qui se retient délimiter le contenu de l'identité française, le Tribunal allemand va énumérer les compétences nationales qui, pour ne pas porter atteinte au principe de démocratie, doivent rester dans les mains des États membres¹⁷¹ : « Les décisions relatives au droit pénal matériel et formel (1), la disposition du monopole de la force – force

¹⁶⁶ M. WENDEL, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », *op.cit.*, pp.235-239 ; J. REESTMAN, « The Franco-German Constitutional Divide: Reflection on National and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, Vol.5(3), 2009, p.388.

¹⁶⁷ Pour une explication des conséquences du caractère insurmontable : C. GREWE et J. RIDEAU, *op.cit.*, pp. 335-337.

¹⁶⁸ Art. 79, al. 3 de la Loi Fondamentale allemande.

¹⁶⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §249.

Voy. P.-C. MÜLLER-GRAFF, « L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne : les implications pour la politique européenne », *R.A.E- L.E.A.*, 2012/1, p.138.

¹⁷⁰ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §246.

¹⁷¹ M. WENDEL, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », *op.cit.*, p.240 ; X. MAGNON, « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur « le traité de Lisbonne » », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 82, no. 2, 2010, pp. 417-442, §7.

de police à l'intérieur, force armée vers l'extérieur – (2), les décisions fondamentales fiscales relatives aux recettes et aux dépenses publiques – notamment celles motivées par des considérations de politique sociale – (3), la réglementation des conditions de vie par l'État social (4), ainsi que les décisions particulièrement importantes du point de vue culturel, par exemple relatives au droit de la famille, au système scolaire et de l'éducation nationale, ou encore au traitement de communautés religieuses (5). »¹⁷².

Dans les années qui suivront l'arrêt *Lisbonne*, le Tribunal prêtera une attention toute particulière à la souveraineté budgétaire dans le cadre du respect de ce principe démocratique¹⁷³. Cet aspect sera réaffirmé dans les arrêts *OMT*¹⁷⁴¹⁷⁵.

3. Contrôle du respect de l'identité constitutionnelle

En ce qui concerne l'institution qui sera chargée de contrôler que l'attribution de compétences à l'Union ne dépasse pas ces limites, le Tribunal allemand déclare qu'il est seul compétent pour procéder à l'examen¹⁷⁶.

Faisant un pas vers l'Union en reconnaissant la primauté de son droit, il annonce que « le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle permet de vérifier si les principes des articles 1 et 20 de la Constitution, déclarés intangibles par l'article 79 alinéa 3, ont été violés par une action des organes européens. Ceci permet d'assurer que la primauté d'application du droit de l'Union ne s'applique qu'en vertu et dans les limites de l'habilitation

¹⁷² Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lisabon*, §252, élaboré aux paragraphes 252-260. Pour une analyse, voy. H. LOPEZ BOFILL, « What is not Constitutional Pluralism in the EU : National Constitutional Identity in the German Lisbon Judgment », in *National Constitutional Identity and European Integration*, A. Saiz Arnaiz et C. Alcobarro Llivina (dir.), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp.221-242.

¹⁷³ En effet, il répètera à plusieurs reprises que « *a necessary condition for the safeguarding of political latitude in the sense of the core of identity of the constitution (Article 20.1 and 20.2, Article 79.3 of the Basic Law) is that the budget legislature makes its decisions on revenue and expenditure free of other-directedness on the part of the bodies and of other Member States of the European Union and remains permanently "the master of its decisions"*. (...) *It follows from the democratic basis of budget autonomy that the Bundestag may not consent to an intergovernmentally or supranationally agreed automatic guarantee or performance which is not subject to strict requirements and whose effects are not limited, which – once it has been set in motion – is removed from the Bundestag's control and influence* » (Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 7 septembre 2011, 2 BvR 987/10, BVerfGE 129, 124, §127 ; décision du 12 septembre 2012, 2 BvR 1390/12, BVerfGE 132, 195, §109 ainsi que décision du 18 mars 2014, 2 BvR 1390/12, BVerfGE 135, 317).

Voy. M. WENDEL, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », *op.cit.*, p.241

¹⁷⁴ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 14 janvier 2014, BVerfGE 134, 366, 2 BvR 2728/13, *OMT*, §102, Disponible sur le site du Tribunal constitutionnel.

Pour une analyse, voy. CLAES, M., et REESTMAN, J. H., « The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case » in *German law journal: review of developments in German, European and international jurisprudence*, Vol. 16, n°4, 2015, pp.917-970

¹⁷⁵ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13, BVerfGE 142, 123, *OMT*, §§210 à 219. Disponible en anglais sur le site du Tribunal constitutionnel.

¹⁷⁶ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lisabon*, §235.

constitutionnelle persistante »¹⁷⁷. Si d'aventure cela n'était pas le cas, cela pourrait conduire à ce qu'une disposition de droit de l'Union soit inapplicable sur le territoire¹⁷⁸. La Cour ajoute qu'elle est seule compétente pour imposer cette sanction, excluant ainsi la possibilité pour les juges du fond d'écarter des dispositions de droit communautaire pour une prétendue violation de l'identité constitutionnelle¹⁷⁹. Pour mettre en place ce contrôle, les juges encouragent le législateur à créer de nouvelles voies de recours¹⁸⁰.

Afin de justifier ce raisonnement, le Tribunal fait référence au droit primaire, et particulièrement au principe de respect de l'identité nationale dans le T.U.E. : « L'exercice de cette compétence de contrôle tirée de la Loi fondamentale respecte le principe de l'ouverture de la Loi fondamentale à l'égard du droit européen et pour cette raison, elle n'est pas contraire au principe de coopération loyale (art. 4 alinéa 3 TUE Lisbonne). Dans le cadre de l'avancement d'une intégration de plus en plus approfondie, il serait impossible d'assurer autrement le respect des structures fondamentales politiques et constitutionnelles des États membres souverains, respect garanti par l'article 4 alinéa 2 phrase 1 TUE Lisbonne. Ainsi, les garanties de l'identité constitutionnelle dans l'espace juridique européen par la Constitution d'une part, et par le droit de l'Union d'autre part, se rejoignent-elles »¹⁸¹.

Cette position du Tribunal constitutionnel vis-à-vis du contrôle d'identité sera réaffirmée dans l'arrêt *Honeywell* du 6 juillet 2010¹⁸² ainsi que dans l'arrêt *OMT*¹⁸³.

3) *Les autres Cours européennes*

Une étude de la conception de l'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de chaque Cour européenne outrepasserait le cadre de notre étude¹⁸⁴. A la lecture des décisions des juges à travers l'Europe, nous remarquons que même si tous n'ont pas la même perception de l'identité constitutionnelle de leur État, presque toutes les Cours européennes ont amorcé une réflexion sur cette question. Nous pouvons citer par exemple le développement des « principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel » italien, la « base matérielle de

¹⁷⁷ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §240.

¹⁷⁸ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §241.

¹⁷⁹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §241.

¹⁸⁰ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §241.

¹⁸¹ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §240.

¹⁸² Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 6 juillet 2010, BVerfGE 126, 286, *Honeywell*. Disponible sur le site du Tribunal constitutionnel.

¹⁸³ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13, BVerfGE 142, 123, *OMT*, §§136-143 et §§153-155. Disponible sur le site du Tribunal constitutionnel.

¹⁸⁴ Pour un tour d'horizon des différentes jurisprudences en Europe, voy. l'ouvrage de L. BURGORGUE-LARSEN, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Ed. Pedone, 2011, 168p ainsi que A. ALEN, « Les relations entre la Cour de justice des CE et les Cours constitutionnelles », *Liber amicorum Paul Martens - L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp.665-713.

l'ordre constitutionnel » tchèque, ou encore les « principes fondamentaux de l'État de droit, social et démocratique » espagnol¹⁸⁵.

S'il est impossible d'identifier précisément dans quelle mesure chaque Cour a été influencée dans sa réflexion par les arrêts précédemment étudiés, il est indéniable que les développements français et allemands ont marqué les réflexions à travers le continent¹⁸⁶.

L'influence allemande s'est sentie sur certaines Cours européennes qui ont, elles aussi, tenté d'établir une liste des principes et compétences qui constituent l'identité nationale et par conséquent ne peuvent être atteints par les décisions européennes. Le juge polonais a notamment établi une liste - plus vague que l'énumération allemande - de principes comme « la souveraineté, la démocratie, l'État de droit, le principe de justice sociale, celui de subsidiarité ainsi que les principes de protection de la dignité humaine et des droits constitutionnels et libertés fondamentales » qui composent l'identité constitutionnelle¹⁸⁷.

Certains juges européens, se rangeant dans la lignée de la conception française, considèrent par contre que s'il existe bien des limites substantielles à l'intégration européenne dans la Constitution, ce n'est pas le rôle du juge, mais du législateur, d'en définir le contenu. C'est par exemple le cas du juge tchèque¹⁸⁸.

Enfin, nous devons souligner ici qu'un certain nombre de Cours européennes ont fait expressément référence aux articles des traités protégeant l'identité nationale pour souligner que l'Union veille aussi à protéger les spécificités de ses États membres¹⁸⁹. Elles ont ainsi été en mesure de déclarer ces traités compatibles avec leurs Constitutions.

¹⁸⁵ X. MAGNON, *op.cit.*, pp. 417-442, §17.

Pour une description des réserves de constitutionnalité substantielles imposées par les États membres, voir L. BESSELINK, M. CLAES, S. IMAMOVIC et J.H. REESTMAN, « National constitutional avenues for further EU integration », *Study for the European Parliament (Directorate General of Internal Policies, Policy Department, Citizen's rights and constitutional affairs)*, Doc. PE 493.046, 2014, Brussels, 282p.

¹⁸⁶ Il suffit de constater le nombre de Cours européennes renvoyant explicitement dans leurs décisions aux raisonnements adoptés par ces deux Cours. Voy. Cour constitutionnelle tchèque, *Lisbonne II*, No. PL. US 29/09, 3 novembre 2009, §110 ; Cour constitutionnelle polonaise, arrêt *Lisbonne* du 24 novembre 2010, pt.3. A ce sujet, voy. notamment P. FARAGUNA, « A living Constitutional identity : the Contribution of Non-Judicial Actors », *op.cit.*, p.14.

¹⁸⁷ Tribunal constitutionnel polonais, *Lisbonne*, 24 novembre 2010, No. K 32/09. Disponible en anglais sur le site du Tribunal constitutionnel. Voy. S. LAULHE SHAELOU, « « Nous les peuples, identité constitutionnelle dans les jurisprudences tchèque, polonaise et lettone » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, p. 146.

¹⁸⁸ Cour constitutionnelle tchèque, *Lisbonne I*, 26 novembre 2008, No. Pl. US 19/08, §93 et *Lisbonne II*, 3 novembre 2009, No. PL. US 29/09, §111. Disponibles en anglais sur le site de la Cour constitutionnelle. Voy. S. LAULHE SHAELOU, *op.cit.*, pp. 140-141.

¹⁸⁹ Notamment : Tribunal constitutionnel espagnol, DTC n°1/2004, 13 décembre 2004, pt.3. ; Tribunal constitutionnel polonais, *Lisbonne*, 24 novembre 2010, No. K 32/09, pt.2. ; Cons. const., décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, pt.9-13 ; Cour constitutionnelle de Lettonie, 7 avril 2009, No. 2008-35-01, *Traité de Lisbonne*, pt.16.3. Disponible sur le site de la Cour constitutionnelle. Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, §259.

CHAPITRE 3 : L'IDENTITE DANS LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Tout comme au niveau constitutionnel, l'identité de l'État a pris sa place au niveau communautaire afin de freiner la primauté du droit européen. Nombreux sont les États membres qui ont tenté d'invoquer une particularité étatique pour échapper à l'application d'une mesure ou justifier une restriction imposée à une liberté fondamentale.

Nous verrons que, si la Cour n'a utilisé la notion d'identité qu'après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, celle-ci prend en compte depuis longtemps les spécificités nationales.

Nous étudierons ensuite le contenu de l'identité nationale et son rapport avec l'identité constitutionnelle telle que définie dans le précédent chapitre. En effet, si le Traité dispose que l'Union respecte l'identité nationale de l'État « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale »¹⁹⁰, la lecture seule de cette phrase ne nous informe pas sur le contenu de ce concept. La notion d'identité nationale étant une notion autonome du droit de l'Union, dont le juge communautaire doit délimiter les contours matériels, la jurisprudence de la Cour de justice nous aide à saisir les finesses de celle-ci et son rapport avec les identités constitutionnelles invoquées par les États membres.

Enfin, nous discuterons de l'impact que la clause d'identité nationale peut avoir sur l'application du droit communautaire dans les États membres. Nous constaterons que celui-ci est à relativiser. De plus, le rôle de la clause en tant qu'instrument de dialogue justifiera qu'on y porte un regard bienveillant.

1) La prise en compte des spécificités nationales par la Cour de justice

Avant que la clause n'entre dans la compétence de la Cour à l'adoption du Traité de Lisbonne, la Cour n'avait presque¹⁹¹ jamais fait référence à l'identité de l'État dans ses décisions. Cela ne signifie toutefois pas que la Cour de justice n'avait pas réfléchi à la protection de l'identité nationale auparavant. Les spécificités étatiques étaient de longue date prises en compte dans le raisonnement de la Cour par le biais des exceptions fondées

¹⁹⁰ Art. 4, § 3 du Traité sur l'Union européenne.

¹⁹¹ Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour a fait référence à la langue comme un moyen d'exprimer l'identité nationale et culturelle d'un Etat dans l'arrêt *Groener* (C.J.C.E., arrêt *Anita Groener contre Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, 28 novembre 1989, aff. C-379/87, ECLI:EU:C:1989:599.). Elle a aussi utilisé une référence à l'article F §1 du TUE dans C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, ECLI:EU:C:1996:263, point 35. Dans cet arrêt, la Cour rejette les arguments luxembourgeois et qualifie l'identité nationale comme simple but légitime pour l'ordre juridique communautaire.

notamment sur l'ordre public et la théorie des exigences impératives d'intérêt général¹⁹². Suite à l'adoption du Traité de Lisbonne et à l'insistance des avocats généraux, la Cour de justice va passer de références implicites au respect de l'identité nationale à des références explicites¹⁹³.

1. Références implicites à l'identité nationale

L'arrêt phare dans ce sens est l'arrêt *Omega*¹⁹⁴, dans lequel la Cour, sans mentionner le devoir de respecter l'identité nationale d'un État membre, a autorisé l'Allemagne à restreindre la liberté de prestation de service afin de protéger une disposition de sa Loi Fondamentale¹⁹⁵¹⁹⁶.

L'Allemagne interdisait à une société de mettre à la disposition du public des installations de pratique de « laser-sport », permettant de « jouer à tuer » des personnes, car ce jeu contrevenait à la dignité humaine, protégé à l'article 1^{er}, § 1 de la Loi Fondamentale. Répondant à la question de la juridiction de renvoi qui l'interrogeait sur la validité de cette restriction, la Cour rappelle que le droit communautaire tend à respecter la dignité humaine en tant que principe général du droit et qu'« il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome »¹⁹⁷. L'importance de cette disposition constitutionnelle pour l'identité de l'État ne semble donc pas devoir justifier une influence particulière sur le droit communautaire¹⁹⁸. Cependant, elle conclut son raisonnement en soulignant que « l'interdiction de l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes de violence contre les personnes, en particulier la représentation d'actes de mise à mort d'êtres humains, correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne »¹⁹⁹.

¹⁹² O. DUBOS, *op.cit.*, pp.432-435.

¹⁹³ A. BAILLEUX, H. DUMONT, *op.cit.*, p.324.

¹⁹⁴ C.J, arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

¹⁹⁵ E.E. DUQUE, *op.cit.*, p.38.

¹⁹⁶ On trouve aussi un indice de la prise en compte des conceptions constitutionnelles dans l'arrêt Groener, (C.J.C.E., arrêt *Anita Groener contre Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, 28 novembre 1989, aff. C-379/87, ECLI:EU:C:1989:599) et dans l'arrêt Schmidberger (C.J.C.E., *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich*. 12 juin 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333)

¹⁹⁷ C.J, arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, point 34.

¹⁹⁸ O. DUBOS, *op.cit.*, pp.432-433.

¹⁹⁹ C.J, arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, point 39. Nous soulignons.

La Cour marque donc son respect pour la conception allemande de dignité humaine, quand bien même celle-ci ne correspondrait pas à celle partagée par l'ensemble des États²⁰⁰ et valide la restriction imposée par l'Allemagne²⁰¹.

2. *L'insistance des avocats généraux*

Dès l'année 2004, l'Avocat général M. Poiares Maduro a utilisé un discours identitaire afin de donner aux États membres une plus grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre du droit communautaire, tout en respectant leurs spécificités nationales.

La première référence à l'identité nationale d'un État membre intervient dans l'affaire *Royaume d'Espagne c. Eurojust*²⁰², à propos de la procédure de recrutement d'agents par Eurojust et des exigences linguistiques pouvant être imposées dans le cadre de cette procédure. En l'espèce, il définit la langue comme un élément de l'identité nationale des États membres²⁰³.

Le même Avocat général, deux années plus tard, utilisera une référence à l'identité constitutionnelle dans ses conclusions relatives à l'affaire *Marrosu*²⁰⁴. Il conclura à l'acceptabilité d'une différence de traitement fondée sur les exigences constitutionnelles de l'État membre²⁰⁵. Il écrit à ce sujet : « Sans doute doit-on reconnaître aux autorités nationales, et notamment aux juridictions constitutionnelles, la responsabilité de définir la nature des spécificités nationales pouvant justifier une telle différence de traitement. Celles-ci sont, en effet, les mieux placées pour définir l'identité constitutionnelle des États membres que l'Union européenne s'est donnée pour mission de respecter » et renvoie à l'article 6, § 3 du TUE protégeant les identités nationales²⁰⁶.

²⁰⁰ C.J., arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, point 37.

²⁰¹ Voy. J.D. MOUTON, « Le respect de l'identité nationale des États » in *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 455 ; D. RITLÉNG, « Les Constitutions nationales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, F. Berrod, J. Gerkrath et al (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, p.507.

²⁰² C.J.C.E. (gde ch.), *Royaume d'Espagne c. Eurojust*, 15 mars 2005, C-160/03, ECLI:EU:C:2005:168.

²⁰³ Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E. (gde ch.), *Royaume d'Espagne c. Eurojust*, 15 mars 2005, C-160/03, ECLI:EU:C:2004:817, point 36.

Voy. S. MARTIN, *op.cit.*, p.16.

²⁰⁴ C.J.C.E., arrêt *Cristiano Marrosu et Gianluca Sardino contre Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, 7 septembre 2006, C-53/04, ECLI:EU:C:2006:517.

²⁰⁵ J.D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Ed. Pedone, 2010, p.146

²⁰⁶ Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Cristiano Marrosu et Gianluca Sardino contre Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, 7 septembre 2006, C-53/04, ECLI:EU:C:2005:569, point. 40.

Il répète cette position dans ses conclusions relatives à l'affaire *Michaniki*²⁰⁷, soulignant qu'« Il est vrai que le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir. Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États. Preuve en est qu'il fut énoncé pour la première fois explicitement à l'occasion d'une révision des traités dont les avancées sur la voie de l'intégration qu'elle prévoyait ont rendu nécessaire aux yeux des constituants son rappel. C'est ainsi que l'article F, § 1 du Traité de Maastricht, devenu l'article 6, § 3 du Traité sur l'Union dispose : « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres »²⁰⁸.

Les exemples de références au discours identitaire dans les conclusions des avocats généraux entre les années 2004 et 2009 sont nombreux²⁰⁹. Comme le souligne J.D. Mouton, « on sent donc, à travers ces exemples rapprochés, monter une pression de la part de certains avocats généraux, pour faire reconnaître le respect de l'identité constitutionnelle par la haute juridiction communautaire »²¹⁰.

3. Références explicites à l'identité nationale

Il semble qu'en 2009, cette pression des avocats généraux, conjuguée à l'adoption du Traité de Lisbonne, ait mené la Cour de justice à se référer explicitement à l'obligation de l'Union de respecter les identités nationales.

Une année seulement après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour rend son arrêt *Sayn von Wittgenstein*²¹¹. En cause, l'adoption d'une citoyenne autrichienne résidant en Allemagne par un prince allemand portant le patronyme de « von Sayn-Wittgenstein ». A la suite de cette adoption, la ressortissante autrichienne bénéficie du titre de noblesse de son père adoptif et se fait donc appeler « Fürstin von Sayn-Wittgenstein ». Or, une loi ayant aboli la noblesse en Autriche, la ressortissante se voit retirer le titre et la particule nobiliaire dont elle

²⁰⁷ C.J.C.E, arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoirgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731.

²⁰⁸ Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E, arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoirgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, ECLI:EU:C:2008:544, point 31.

²⁰⁹ Voy. par exemple Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, ECLI: ECLI:EU:C:2008:262 ; Av. gén. V. TRSTENJAK, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle and Région de Bruxelles-Capitale*. 13 novembre 2008, aff. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:317 ; Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión de Televisión Comerciales Asociadas (UTECA) v Administración General del Estado*, 5 mars 2009, aff. C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468 ; Av. gén. R.-J. COLOMER, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Umweltanwalt von Kärnten v Kärntner Landesregierung*, 10 décembre 2009, aff. C-205/08, ECLI:EU:C:2009:397 ; Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J. (gde ch.), arrêt *Janko Rottman contre Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588.

²¹⁰ J.D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », *op.cit.*, p.147.

²¹¹ C.J., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

était titulaire. Invoquant les confusions possibles entre les documents d'identité allemands – qui faisaient mention du titre de noblesse et de la particule - et autrichiens et les difficultés pouvant survenir lors des voyages entre les deux pays, Mme von Sayn-Wittgenstein saisit les tribunaux en invoquant un obstacle à sa liberté de circulation.

La juridiction de renvoi autrichienne pose une question à la Cour de justice, qui se lit sous ces termes : « L'article [21 TFUE] s'oppose-t-il à une règle selon laquelle les autorités compétentes d'un État membre peuvent refuser de reconnaître le nom patronymique d'un enfant adopté (adulte) qui a été défini dans un autre État membre dès lors que ce nom patronymique comprend un titre de noblesse qui n'est pas admis dans le premier État membre (au titre même du droit constitutionnel de cet État)? »²¹².

Après avoir reconnu que la disposition en présence constituait un obstacle à la liberté de circulation, la Cour examine la possibilité d'une justification. A ce titre, elle souligne que « 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 »²¹³ et rappelle ensuite que « conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la forme républicaine de l'État »²¹⁴. Elle rattache par cela expressément l'identité constitutionnelle, en tant que concept national, à l'identité nationale, concept européen²¹⁵. La Cour considère donc que l'atteinte à la libre circulation est justifiée par des motifs tirés de l'ordre public, à savoir l'histoire constitutionnelle autrichienne²¹⁶.

Par sa justification, la Cour permet la prise en compte de spécificités étatiques dans son raisonnement et ainsi une application du droit communautaire respectueuse des caractéristiques propres à chaque État.

²¹² C.J., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, ECLI:EU:C:2010:806, point 35.

²¹³ C.J., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, ECLI:EU:C:2010:806, point 83. Nous soulignons.

²¹⁴ C.J., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, ECLI:EU:C:2010:806, point 92.

²¹⁵ J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle et Constitution européenne », *op.cit.*, p.416

²¹⁶ L.BESSELINK, « Respecting constitutional identity in the EU : A Case Note to ECJ (Second Chamber), Case C 208/09, 22 December 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien* » in *Common Market Law Review*, Vol.49 n°2, 2012, pp. 671– 693 ; A. VON BOGDANDY, et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, p.1425.

2) *Le contenu de l'identité nationale*

Si, comme en droit constitutionnel français et allemand, il est difficile d'établir avec certitude le contenu concret de l'identité nationale, la jurisprudence fournie de la Cour ainsi que les conclusions des avocats généraux nous donnent certains indices quant aux éléments pouvant faire partie de ce concept.

1. *Le rapport avec l'identité constitutionnelle*

Nous avons vu que les juges français et allemands faisaient référence à la notion d'identité constitutionnelle pour déterminer les caractéristiques étatiques formant un obstacle à la primauté du droit européen, alors que l'expression européenne est celle d'« identité nationale ».

Les avocats généraux ont établi un lien entre ces deux concepts en soulignant que « l'identité nationale comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre »²¹⁷²¹⁸. Ils ont été suivis par la Cour de justice qui a fait un rapprochement certes moins explicite, mais tout de même révélateur : « 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 »²¹⁹.

2. *Les composantes de l'identité nationale*

Comme le laisse entendre la clause d'identité nationale inscrite à l'article 4, § 3 du Traité sur l'Union européenne²²⁰, le noyau dur de l'identité nationale protège les « structures fondamentales politiques et constitutionnelles » de l'État. Selon l'article, celles-ci doivent aussi être « inhérentes à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». On devine donc encore une fois le lien avec les dispositions inscrites dans la Constitution²²¹.

Il est évident, à la lecture de cet article, que sont protégées au titre de choix fondamentaux

²¹⁷ Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E, arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, ECLI:EU:C:2008:544, point 31.

²¹⁸ J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle et Constitution européenne », *op.cit.* p.415

²¹⁹ C.J., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, ECLI:EU:C:2010:806, point 83.

²²⁰ En guise de rappel, celui-ci se lit comme suit : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

²²¹ E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 133-136.

les décisions nationales en termes de forme et d'organisation de l'État²²² ainsi que d'autonomie locale et régionale²²³. D. Simon ajoute à ces caractéristiques fondamentales la compétence d'attribuer et de retirer la citoyenneté²²⁵, reposant son raisonnement sur les arrêts *Espagne c/ Royaume Uni*²²⁶ et *Rottman*²²⁷. Il souligne ainsi que « la jurisprudence de la Cour entérine le droit inaliénable de chaque État membre de définir ce qu'on désigne traditionnellement comme les éléments constitutifs de l'État au titre de son identité constitutionnelle nationale »²²⁸. A ces éléments, les conclusions de l'Avocat général Tanchev semblent ajouter les rapports que les États membres souhaitent entretenir avec les organisations religieuses²²⁹.

Toujours en lisant l'article 4, § 3, il est clair que les décisions de l'État visant à assurer sa sécurité nationale et à maintenir l'ordre public font aussi partie de ce noyau dur de l'identité nationale, comme cela fut confirmé par la Cour dans ses arrêts *Schmidberger*²³⁰, *Omega*²³¹ et *Sayn-Wittgenstein*²³².

La clause d'identité nationale ne fait pas mention explicite d'autres caractéristiques fondamentales. Face au silence du Traité, on pourrait croire que là s'arrêtent les dispositions relevant de l'identité nationale de l'État. Néanmoins, des caractéristiques ne figurant pas dans la liste dressée par l'article 4, § 3 telles que le caractère républicain de l'État²³³, les conditions

²²² A titre d'illustration, voy. notamment l'arrêt *Digibet* concernant les compétences des Länder allemands (C.J., arrêt *Digibet Ltd and Gert Albers v Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, 12 juin 2014, C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756) ou l'arrêt *O'Brien* concernant l'indépendance des juges (Voy. arrêt *O'Brien*, (C.J., arrêt *Dermod Patrick O'Brien v Ministry of Justice, formerly Department for Constitutional Affairs*, 1 mars 2010, C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110).

²²³ Pour une illustration du respect de l'autonomie locale des entités intra-étatiques, voy. Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, ECLI:EU:C:2008:262, point 54, et C.J. *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord contre Region Hannover*, 21 décembre 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985.

²²⁴ BAILLEUX et DUMONT relient cette facette de l'identité nationale à l'obligation de l'Union de respecter l'autonomie institutionnelle et procédurale des États. A. BAILLEUX et H. DUMONT, *op.cit.*, p.325.

²²⁵ D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgogue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, pp. 33-35.

²²⁶ C.J.C.E. (gde ch.), arrêt *Espagne c. Royaume Uni*, 12 septembre 2006, C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543.

²²⁷ C.J. (gde ch.), arrêt *Janko Rottman contre Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

²²⁸ D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, pp. 33-35.

²²⁹ Av. gén. E. TANCHEV, affaire *Vera Egenberger contre Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, 17 avril 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2017:851, points 95-99. L'Avocat général J. Kokott avait déjà réalisé ce rapprochement dans l'affaire C.J. (gde ch.), *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania contre Ayuntamiento de Getafe*, 27 juin 2017, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:135, point 31.

²³⁰ C.J.C.E., *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich*. 12 juin 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333.

²³¹ C.J., arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

²³² C.J., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, confirmé ensuite par l'arrêt C.J., *Nabiel Peter Bogendorff von Wolfersdorff contre Standesamt der Stadt Karlsruhe et Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, 2 juin 2016, C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401.

²³³ C.J., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

d'accès à certains emplois dans l'administration publique²³⁴ ou l'identité culturelle²³⁵ ont été rangées dans le concept d'identité nationale. Composante importante de l'identité culturelle, la protection de la langue a été le fondement de nombreuses dérogations aux libertés du marché intérieur²³⁶. J.C Barbato considère que l'on peut y ajouter la protection du patrimoine national, le développement culturel, la promotion de la cinématographie ou de l'audiovisuel national ainsi que la défense du pluralisme²³⁷.

Toutes les dispositions constitutionnelles des États membres ne peuvent cependant pas être invoquées pour faire échec à la primauté du droit européen. Cela fut rappelé récemment par l'Avocat général Y. Bot, dans ses conclusions précédant l'affaire Procédure pénale contre M.A.S. et M.B.²³⁸. En l'espèce, l'Italie soutenait que le principe italien de légalité des délits et des peines, composante de l'identité nationale italienne, s'applique aussi aux règles de prescription en matière pénale. Elle considère que le juge ne peut pas écarter, dans le cadre de procédures pénales en cours, une disposition limitant la possibilité de prolongation du délai de prescription en cas d'interruption de celle-ci.

La Cour constitutionnelle italienne invoque que « le droit de l'Union tout comme l'interprétation retenue par la Cour de ce droit ne sauraient être regardés comme imposant à l'État membre de renoncer aux principes suprêmes de son ordre constitutionnel, lesquels définissent son identité nationale. Ainsi, la mise en œuvre d'un arrêt de la Cour serait toujours conditionnée à la compatibilité de ce dernier avec l'ordre constitutionnel de l'État membre,

²³⁴ C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, 2 juillet 1996, C-473/93, ECLI:EU:C:1996:263 et C.J.C.E., arrêt *Cristiano Marrosu et Gianluca Sardino contre Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, 7 septembre 2006, C-53/04, ECLI:EU:C:2006:517.

²³⁵ L'Avocat général Kokott a souligné que le respect de l'identité culturelle faisait partie intégrante du respect de l'identité nationale. (Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) v Administración General del Estado*, 5 mars 2009, aff. C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468, point 93).

²³⁶ La Cour a parfois identifié expressément la langue comme un facteur de l'identité nationale : C.J.C.E., arrêt *Anita Groener contre Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, 28 novembre 1989, aff. C-379/87, ECLI:EU:C:1989:599 ; C.J., arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, 12 mai 2011, C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291 ; C.J., arrêt *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, 16 avril 2013, aff. C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239. D'autres fois, sans nommer expressément le concept d'identité nationale, la Cour a accepté un argument tiré de la protection de la langue et de la culture : C.J.C.E., arrêt *United Pan-Europe Communications Belgium SA and Others v Belgian State*, 13 décembre 2007, C-250/06, ECLI:EU:C:2007:783 C.J.C.E., arrêt *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) v Administración General del Estado*, 5 mars 2009, aff. C-222/07, ECLI:EU:C:2009:124.

²³⁷ J.C. BARBATO, « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », in J.-C. Barbato et J.-D. Mouton, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 60-61.

²³⁸ CJ. (gde ch.), arrêt *Procédure pénale contre M.A.S. et M.B.* C-42/17, ECLI:EU:C:2017:564.

laquelle doit être appréciée par les autorités nationales et, en l'occurrence, en Italie, par la *Corte costituzionale* (Cour constitutionnelle) »²³⁹.

Après avoir reconnu l'existence de l'obligation de respect de l'identité nationale, l'Avocat général répond : « En effet, il ne faut pas confondre ce qui relève d'une conception exigeante de la protection d'un droit fondamental avec une atteinte à l'identité nationale ou, plus précisément, à l'identité constitutionnelle d'un État membre. Il s'agit, certes, en l'occurrence, d'un droit fondamental protégé par la Constitution italienne dont l'importance ne saurait être sous-estimée, mais cela ne signifie pas, pour autant, que l'application de l'article 4, paragraphe 2, TUE doive ici être envisagée »²⁴⁰.

Grâce à cette jurisprudence fournie de la Cour de justice, nous pouvons mieux cerner les contours du concept d'identité nationale. D'une part, on remarque que si l'identité constitutionnelle fait partie de l'identité nationale, le concept d'identité nationale n'englobe pas toutes les dispositions constitutionnelles de l'État puisqu'il tend à recouvrir uniquement les valeurs fondamentales d'un État²⁴¹. D'autre part, on observe que l'identité nationale peut aussi comprendre des valeurs qui n'ont pas de protection expresse dans la Constitution²⁴², c'est notamment le cas pour l'identité culturelle²⁴³.

Il convient néanmoins de rester prudent dans l'utilisation du concept d'identité nationale dans le cadre contentieux. Comme le souligne D. Simon, afin que celui-ci conserve sa pertinence, il n'est pas question de l'étendre à la qualité des produits viticoles, à la tauromachie ou à la défense du foie gras²⁴⁴.

3) L'identité nationale et l'application uniforme du droit de l'Union

Nous avons constaté que dans la jurisprudence communautaire aussi, l'identité nationale peut être un frein à l'application du droit de l'Union. On pourrait voir dans la jurisprudence un aveu de faiblesse de la Cour de justice, acceptant que les États reprennent le contrôle de l'intégration européenne. Adopter un tel point de vue serait se leurrer sur le fonctionnement

²³⁹ Av. gén. Y. BOT, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Procédure pénale contre M.A.S. et M.B.*, 5 décembre 2017, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:564, point 171.

²⁴⁰ Av. gén. Y. BOT, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Procédure pénale contre M.A.S. et M.B.*, 5 décembre 2017, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:564, point 179.

²⁴¹ A. VON BOGDANDY, et S. SCHILL, *op.cit.*, pp.1431-1432 ; L. BESSELINK, « National and constitutional identity before and after Lisbon *op.cit.*, pp. 47-48.

²⁴² P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 488 ; P.-E. LEHMANN, *op.cit.*, p.169.

Pour une opinion contraire, voy. G. VAN DER SCHYFF, « The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU », *European Law Review*, n°37, 2012, pp.566-568 ; A. VON BOGDANDY, et S. SCHILL, *op.cit.*, pp.1417-1453.

²⁴³ L. BESSELINK, « National and constitutional identity before and after Lisbon », *op.cit.*, p. 44.

²⁴⁴ D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op.cit.*, p.43.

de l'Union. Nous souhaitons faire plusieurs remarques afin de relativiser la portée du concept de l'identité nationale avant de clore le chapitre consacré à la vision européenne de l'identité.

D'une part, il est important de souligner que si les principes de primauté et de respect de l'identité nationale semblent se confronter violemment, la réalité est toute autre. Dans bien des cas, la conciliation entre ces deux principes est aisée parce que les deux ordres juridiques partagent les mêmes valeurs et tendent donc tous les deux vers leur protection. L'Avocat général M. Poiares Maduro l'explique sous ces termes :

« Comment assurer la protection de la Constitution dans l'ordre juridique interne sans attenter à l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire ? Cette revendication concurrente de souveraineté juridique est la manifestation même du pluralisme juridique qui marque l'originalité du processus d'intégration européenne. De la solution qui lui a été apportée par le juge de renvoi est née la présente question préjudicielle. Loin de déboucher sur une atteinte portée à l'application uniforme du droit communautaire, elle conduit le juge a quo à solliciter, par voie préjudicielle, le concours de la Cour de justice pour garantir le respect par les actes communautaires des valeurs et principes également reconnus par sa Constitution nationale. Il ne saurait y avoir dans cette invite de quoi nous étonner, l'Union étant elle-même fondée sur les principes constitutionnels communs aux États membres, comme le rappelle l'article 6, § 1 paragraphe T.U.E. En réalité ce que le Conseil d'État demande à la Cour, ce n'est non pas de vérifier la conformité d'un acte communautaire avec certaines valeurs constitutionnelles nationales, -il ne pourrait d'ailleurs pas le faire-, mais de contrôler sa légalité à la lumière de valeurs constitutionnelles européennes analogues. C'est par cette voie que ce qui semblait, à première vue irréconciliable, a été en fait réconcilié. *L'Union européenne et les ordres juridiques nationaux sont fondés sur les mêmes valeurs juridiques fondamentales*. Tandis qu'il est du devoir des juges nationaux de garantir le respect de ces valeurs dans le champ d'application de leurs constitutions, il est de la responsabilité de la Cour d'en faire de même dans le cadre de l'ordre juridique communautaire »²⁴⁵.

D'autre part, même dans le cas d'une opposition, la portée de la clause d'identité nationale est imprécise et les conséquences de son invocation ne sont pas certaines. Certains auteurs soulignent son caractère de principe général de droit européen²⁴⁶ et expliquent que celui-ci ne prévaut pas forcément, puisqu'il doit se combiner avec l'application d'autres principes de droit communautaire²⁴⁷ tels que la primauté, le principe d'égalité des États, le principe de la coopération loyale et le principe de l'application effective, uniforme et simultanée du droit de l'union. Cette combinaison justifie alors parfois que certains éléments de l'identité nationale s'effacent au bénéfice de la bonne application du droit communautaire. D'autres remarquent que « cette jurisprudence n'aboutit, en l'état, qu'à conférer à cette clause, le statut d'une

²⁴⁵ Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Société Arcelor Atlantique Lorraine e.a. c. Premier ministre e.a.*, 16 décembre 2008, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292, point 15.

²⁴⁶ S. AERTS, « Nationale identiteit als barrière tegen Europese integratie », *C.D.P.K.*, 2015, pp.334-350.

²⁴⁷ Pour un exemple de cette considération dans la jurisprudence de la Cour, voy. C.J. (gde ch.), arrêt *Commission européenne c. Grand-Duché de Luxembourg*, 24 mai 2011, C-51/08, ECLI:EU:C:2011:336, point 72. Pour un exemple dans les conclusions des avocats généraux, voy. Av. gén. M. WATHELET, concl. préc. C.J., arrêt *Coman e.a.*, affaire en cours, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:2, point 40.

exception »²⁴⁸ ou d'un «objectif légitime propre à limiter l'exercice des libertés fondamentales du marché intérieur »²⁴⁹. La mesure prise sur la base de cet objectif légitime devra d'ailleurs encore être soumise au test de proportionnalité par la Cour, qui n'est donc pas pieds et poings liés lorsqu'un État invoque son identité nationale²⁵⁰.

Nous pensons qu'au-delà de la dualité primauté-souveraineté, la clause d'identité nationale en permet une convergence puisqu'elle marque la réception par l'Union des valeurs constitutionnelles de ses États membres²⁵¹. Davantage qu'une arme au poing de l'un ou l'autre ordre juridique, elle se présente comme un instrument de dialogue entre les acteurs juridiques²⁵². En effet, si la Cour de justice dispose du rôle d'interprète des traités, elle n'est pas compétente pour interpréter les normes constitutionnelles nationales qui composeraient l'identité nationale²⁵³. Elle doit par conséquent laisser de l'espace aux Cours constitutionnelles afin d'identifier les principes fondamentaux composant l'identité de l'État. Réciproquement, si les Cours constitutionnelles invoquent à leur guise leur identité nationale, la Cour est seule juge pour déterminer dans quelle mesure les éléments invoqués sont couverts par la garantie de protection et les conséquences d'une hypothétique violation de cette identité²⁵⁴.

²⁴⁸ J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle et Constitution européenne », *op.cit.*, p.417. Il réitère cette opinion dans une contribution récente : J.D. MOUTON, « Le respect de l'identité nationale des États », *op.cit.*, p. 455.

²⁴⁹ A. BAILLEUX et H. DUMONT, *op.cit.*, p.324.

²⁵⁰ L'arrêt *Las* a par exemple reconnu la mesure belge tenant à l'identité nationale mais pas proportionnée (C.J., arrêt *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, 16 avril 2013, aff. C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239).

²⁵¹ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 495

²⁵² L. BESSELINK, « National and constitutional identity before and after Lisbon », *op.cit.*, p. 45.

²⁵³ A. VON BOGDANDY, et S. SCHILL, *op.cit.*, p.1449.

²⁵⁴ A. VON BOGDANDY, et S. SCHILL, *ibidem*, p.1449 ; D. RITLENG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *R.T.D.E.*, 2009, n°4, pp.677-697.

CHAPITRE 4 : DIFFERENCIATION DE L'IDENTITE NATIONALE ET DE L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE

A ce stade de notre étude, les jurisprudences communautaire et constitutionnelles ont révélé l'existence de deux concepts centrés sur l'identité des États. Maintenant que le développement historique et les contours matériels de ces deux notions ont été exposés, il nous semble nécessaire pour des raisons de clarté de procéder à une brève comparaison de ces deux concepts. Il est admis que la notion d'identité nationale se distingue à plusieurs égards de la notion d'identité constitutionnelle.

Premièrement, à l'examen des différentes jurisprudences, il nous apparaît comme évident que la différence de vocabulaire entre les Cours constitutionnelles et la Cour de justice n'est pas anodine et renferme une différence de contenu²⁵⁵. Comme cela a déjà été souligné, la notion d'identité nationale est une notion autonome du droit de l'Union. Par conséquent, « il revient au juge de l'Union d'en délimiter les contours matériels, certes en s'inspirant de ce que les États ont pu reconnaître comme relevant de leur identité constitutionnelle et dont les éléments constitutifs sont d'ailleurs pour partie retranscrits dans la clause du respect de l'identité nationale, mais tout en conservant une certaine marge de manœuvre »²⁵⁶. Il est reconnu que l'identité constitutionnelle est un élément de l'identité nationale²⁵⁷. Toutefois, bénéficiant de la liberté attachée à un concept autonome de droit communautaire, la Cour de justice peut se permettre d'étendre les contours de la notion d'identité et donc de prendre en compte des éléments qui ne seraient pas couverts par l'identité constitutionnelle telle que conçue au niveau des États. Alors que l'identité constitutionnelle est un concept plus restrictif qui ne prend en compte que des éléments qui bénéficient d'une couverture constitutionnelle²⁵⁸, la notion d'identité nationale permet d'appréhender des éléments parfois externes à la Constitution, tels que les éléments culturels²⁵⁹. Cette considération forme d'ailleurs une importante partie de la jurisprudence de la Cour.

Deuxièmement, si les deux concepts ont pour but de moduler le principe de primauté afin de protéger les États, ils s'opposent quant à la finalité qui leur est allouée. En effet, la notion d'identité nationale a pour vocation d'appréhender les particularités de l'ensemble des États membres afin d'assurer une application uniforme du droit communautaire, tandis que l'identité constitutionnelle est développée par chaque État afin de promouvoir et de protéger ses caractéristiques essentielles²⁶⁰.

²⁵⁵ E. CLOOTS, « National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU », *op.cit.*, p.98

²⁵⁶ P.-E. LEHMANN, *op.cit.*, pp.169.

²⁵⁷ Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E, arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, ECLI:EU:C:2008:544, point 31.

J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle et Constitution européenne », *op.cit.*, p.417.

²⁵⁸ S. MARTIN, *op.cit.*, p.25.

²⁵⁹ E. LEVITS, *op.cit.*, p.393

²⁶⁰ S. MARTIN, *op.cit.*, p.26.

Troisièmement, ils sont régis par des régimes juridiques différents. D'un côté, bien que celle-ci soit reconnue par le Traité, il reste difficile d'établir la force contraignante de l'obligation de respect de l'identité nationale. Comme le souligne S. Martin, la problématique se situe dans un « entre deux » : trop forte, l'obligation diminuerait l'effet utile du droit communautaire. Trop légère, elle ne représenterait qu'une déclaration d'intention²⁶¹. En l'état actuel, il nous semble que cette clause ne soit pas un danger pour l'application uniforme du droit de l'Union. Alors que la rédaction du Traité de Lisbonne pourrait faire croire à l'identité nationale comme principe régulateur des actions de l'Union qui affecterait alors la légalité et l'applicabilité des actes lui contrevenant, la Cour de justice ne donne à cette disposition que la valeur d'une exception aux libertés de circulation²⁶². Loin d'être une protection juridique absolue que l'État membre pourrait invoquer, cette disposition permet tout au plus une conciliation entre les nécessités existentielles de l'Union et des États. De l'autre côté, l'identité constitutionnelle telle que développée par les Cours européennes correspond à une réserve d'interprétation. En utilisant cette technique, la Cour « oblige l'ensemble des autorités nationales à s'assurer autant que faire se peut que l'application de la norme de transposition ne contrevient pas à l'identité constitutionnelle, et, si besoin est, de laisser inappliqué le droit de l'Union européenne »²⁶³. La force contraignante de cette notion est donc beaucoup plus importante puisqu'elle a le potentiel de mettre en échec l'application du droit de l'Union.

Si nous avons démontré que les deux concepts d'identité se distinguent à plusieurs égards, nous devons aussi souligner qu'ils se rapprochent et se soutiennent.

Ils se rapprochent d'une part, car au-delà de ces différences, il est indéniable que chaque identité s'est construite sous l'influence de l'autre. L'identité nationale et les valeurs qu'elle protège telles que la langue, l'histoire et la culture ont souvent eu un impact sur la Constitution et ses principes fondamentaux. De l'autre, il est possible que les caractéristiques fondamentales d'un État, protégées par l'identité nationale, aient été formées par les dispositions spécifiques de la Constitution de cet État²⁶⁴. Comme le souligne E. Cloots, le cas de la protection de la dignité humaine en Allemagne est dans cette optique un bon exemple. C'est l'histoire allemande et les horreurs de la guerre qui ont poussé les rédacteurs de la Constitution à intégrer en tant que principe fondamental cette protection spécifique. Si la protection de la dignité humaine appartient à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne, elle fait aussi nécessairement partie de son identité nationale²⁶⁵.

²⁶¹ S. MARTIN, *ibidem*, p.29.

²⁶² S. PLATON, *op.cit.*, pp.1-8.

²⁶³ S. MARTIN, *op.cit.*, p.33.

²⁶⁴ E. CLOOTS, « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p.312.

²⁶⁵ E. CLOOTS, *ibidem*, p.312.

Ils se soutiennent d'autre part, comme nous l'avons exposé, car ces concepts permettent un dialogue entre les juridictions. Loin de garder leur jurisprudence close aux influences extérieures, les Cours européennes et la Cour de justice ont chacune fait référence au concept d'identité développée par l'autre. Le concept d'identité nationale a été positivement reçu dans la jurisprudence constitutionnelle²⁶⁶ : autant le Conseil constitutionnel français que la Cour constitutionnelle allemande ont fait référence à l'identité nationale pour déclarer la compatibilité du droit originaire avec leur Constitution²⁶⁷. La réception de l'identité constitutionnelle dans la jurisprudence communautaire s'est avérée plus compliquée. Cela n'a cependant pas empêché la Cour de justice d'intégrer certains éléments appartenant à l'identité constitutionnelle dans son propre concept d'identité nationale²⁶⁸. Ainsi, l'identité nationale et l'identité constitutionnelle ont formé les deux extrémités d'un pont au milieu duquel peuvent se retrouver magistrats constitutionnels et juges communautaires.

²⁶⁶ S. MARTIN, *op.cit.*, p.36.

²⁶⁷ Cons. const., décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* et Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, disponible sur le site internet du *Bundesverfassungsgericht*.

²⁶⁸ S. MARTIN, *op.cit.*, p.38.

PARTIE 3 : L'IDENTITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE

CHAPITRE 1 : LA REACTION BELGE A L'INTEGRATION EUROPEENNE

1) L'article 34 de la Constitution belge

L'article 33 de la Constitution belge, datant de 1831, dispose que « Tous les pouvoirs émanent de la Nation ». Celui-ci voit dans la nation et ses représentants les dépositaires exclusifs de la souveraineté et n'apporte à la souveraineté nationale ni limitation, ni exception. La participation belge à des organisations internationales ne semblait pas remettre en cause cette souveraineté puisque « l'État qui s'engage par un traité reste aussi fondamentalement souverain que demeure libre l'individu signant un contrat »²⁶⁹.

Cependant, dès le début de l'intégration européenne, la question se pose de la compatibilité de ce nouvel engagement avec l'article 33. En effet, la participation aux organisations internationales classiques impliquait une prise de décision à l'unanimité des représentants nationaux, décision qui devait encore être approuvée dans chaque État membre par les procédures constitutionnelles nationales. La construction européenne est une révolution : l'unanimité devient majorité, les institutions créées acquièrent des compétences qu'elles exercent de manière indépendante des gouvernements et les décisions prises par celles-ci sont obligatoires et directement appliquées. Les Chambres, conscientes de l'importance de la participation belge au projet européen, approuvent les Traités. Elles comptent sur une révision ultérieure de la Constitution afin de lever tous les doutes relativement à la constitutionnalité de ces transferts de souveraineté²⁷⁰²⁷¹.

C'est la raison pour laquelle, en 1970, le constituant a procédé à une révision de la Constitution afin d'ajouter une disposition admettant que « l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public »²⁷². Du point de vue constitutionnel, c'est donc l'article 34 qui assure l'articulation entre la primauté du droit européen telle qu'exigée par la nature de l'ordre juridique communautaire et la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne²⁷³.

²⁶⁹ Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, *Doc.*, Ch., 1969-1970, n°10/16(2), p. 2.

²⁷⁰ Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, *Doc.*, Ch., 1969-1970, n°10/16(2), pp. 2-3.

²⁷¹ R. ERGEC, note sous C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 254.

²⁷² Art. 34 de la Constitution belge. (voy. E. DE GROOT, J. SPREUTELS, E. PEREMANS, et G. GOEDERTIER, « Rôle des cours constitutionnelles dans le maintien et l'application des principes constitutionnels », *Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique présenté au XVIIe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, Batumi, 29 juin -1 juillet 2017, p.34).

²⁷³ Avant-projet d'ordonnance portant assentiment au Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne (traité modificatif) fait à Lisbonne le 17 décembre 2007, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2007/2008, A-464/1, p.23.

2) La jurisprudence belge

Jusqu'à l'arrêt du 28 avril 2016, le droit belge ne connaissait pas, à proprement parler, de théorie des « contre-limites » comme nous avons pu l'exposer pour le droit français ou allemand²⁷⁴.

a) La Cour de cassation

Dans l'arrêt *Le Ski*²⁷⁵, la Cour de cassation a reconnu sans réserve et de manière absolue la primauté, sur le droit interne, du droit international ayant un effet direct, ceci s'appliquant à fortiori aux règles du droit de l'Union dotées d'effet direct. Malgré l'existence à ce moment déjà de l'article 34 dans la Constitution belge, la Cour de cassation n'a pas jugé nécessaire d'utiliser cette disposition comme base de la primauté du droit communautaire²⁷⁶ et a fondé cette primauté directement sur la spécificité du droit communautaire²⁷⁷. Comme le souligne le Procureur général, « la soumission de l'État, et donc de son droit, au droit international, dans ses rapports interétatiques, trouve son fondement dans l'ordre juridique international. Cette soumission implique la primauté de la règle de droit international sur la règle de droit interne »²⁷⁸. Il remarque qu'une disposition expresse de la Constitution affirmant cette primauté n'est pas nécessaire et que si celle-ci devait contenir « l'affirmation de la supériorité des traités ou accords régulièrement approuvés sur les lois, pareille disposition aurait (..) le caractère déclaratif »²⁷⁹.

La confirmation de cette jurisprudence en ce qui concerne un conflit entre la Constitution belge et le droit communautaire est intervenue quelques années plus tard. Se basant sur les décisions communautaires *Costa c. E.N.E.L*²⁸⁰ et *Internationale Handelsgesellschaft*²⁸¹, la Cour de cassation affirme que le droit communautaire « ne peut en raison de sa nature spécifique originale se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ». Par conséquent, « les infractions aux droits fondamentaux qui figurent dans la Constitution d'un État membre ou aux principes du régime constitutionnel

²⁷⁴ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p.474

²⁷⁵ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p.886, concl. Proc. gén. W. Ganshof van der Meersch.

²⁷⁶ S. SOTTIAUX, « Het stabiliteitsverdrag arrest in het licht van de rechtspraak van de hoogste Belgische rechtscollages », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p.306.

²⁷⁷ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p.919. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 septembre 1984, *Pas.* 1985, I, p.65.

²⁷⁸ Proc. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. préc. Cass. 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p.897.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 899.

²⁸⁰ C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

²⁸¹ C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

d'un État membre ne peuvent déroger à la régularité d'un acte de la Communauté ou à l'effet de cet acte sur le territoire de cet État »²⁸².

La Cour de cassation adopte donc une vision particulièrement favorable du droit communautaire puisqu'elle pose la primauté de tout le droit communautaire ayant effet direct sur toute norme de droit interne, quelle qu'elle soit²⁸³.

b) Le Conseil d'État

1. Section du contentieux administratif

L'arrêt *Orfinger*²⁸⁴ de la section du contentieux administratif du Conseil d'État semble admettre une primauté sans réserve du droit communautaire sur la Constitution. Celui-ci fonde la base juridique de la primauté sur l'article 34 de la Constitution puisqu'il souligne que « l'autorité de l'interprétation donnée au Traité de Rome par la Cour de justice repose sur l'article 34 de la Constitution, quand bien même cette interprétation aboutirait à arrêter les effets d'une partie des articles 8 et 10 de la Constitution »²⁸⁵. En remarquant que l'article 34 de la Constitution « ne détermine nullement les pouvoirs qui peuvent être attribués, et ne les limite donc nullement », la section du contentieux administratif du Conseil d'État se place résolument en faveur d'une plus forte intégration communautaire²⁸⁶.

2. Section de législation

En ce qui concerne la section de législation, elle considère qu'un législateur ne peut donner assentiment à un traité qui entre en contradiction avec la Constitution avant que ne soit intervenu un amendement de la Constitution²⁸⁷, ce qui placerait la Constitution au-dessus du droit conventionnel.

Néanmoins, à partir du moment où ces compétences sont transférées, la section de législation considère que les institutions auxquelles les pouvoirs ont été transférés doivent

²⁸² Cass., 2 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007/1, p. 29.

²⁸³ L. VANCRAVEBECK, « VIII.2. Le conflit traité-Constitution » in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. Van Drooghenbroeck (dir.), coll. « Les grands arrêts de la jurisprudence belge », Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 288-289.

²⁸⁴ C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 254.

²⁸⁵ C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p.255.

²⁸⁶ La section contentieux prend à ce moment le contre-pied de la position du Tribunal constitutionnel allemand qui montre ses réticences face à l'intégration européenne (R. ERGEC, note sous C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, pp. 254 et s.).

²⁸⁷ Avant-projet d'ordonnance portant assentiment au Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne (traité modificatif) fait à Lisbonne le 17 décembre 2007, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2007/2008, A-464/1, p.21.

pouvoir décider de manière autonome comment elles exercent ces pouvoirs, sans être liées par les dispositions de la Constitution belge²⁸⁸. Cela signifie donc que la Constitution ne pourrait être invoquée à l'encontre d'actes de droit européen dérivé qui seraient contraires à la Constitution belge et ce, sur la base du transfert de compétences intervenu grâce à l'article 34. La section législation a cependant introduit un *caveat* en soulignant que : « Dans l'avenir, pour le cas où l'hypothèse se présente d'un conflit entre le droit européen dérivé et des dispositions de la Constitution belge, il pourrait toutefois s'avérer souhaitable, voire nécessaire, compte tenu de la portée plus ou moins large qui serait donnée à l'article 34 de la Constitution, de modifier les dispositions constitutionnelles en cause, outre la possibilité, fût-elle théorique, pour la Belgique de se retirer de l'Union européenne »²⁸⁹²⁹⁰.

Les deux sections du Conseil d'État semblent donc fonder la primauté du droit européen dérivé sur la Constitution grâce à la clause européenne de l'article 34.

c) La Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle distingue elle aussi entre l'examen de la constitutionnalité de la loi d'assentiment à un traité et celui du droit dérivé²⁹¹.

La Cour constitutionnelle a, dans plusieurs arrêts²⁹², considéré qu'elle était compétente pour contrôler la loi d'assentiment d'un traité à la Constitution²⁹³. Opérer ce contrôle implique donc de tester le contenu de l'accord international à la Constitution. Selon la logique de la Cour, ce que le législateur ne peut faire directement en adoptant une loi contraire à la Constitution, il ne peut le faire indirectement en posant son assentiment à un traité contraire à la Constitution²⁹⁴. Nous pouvons alors en déduire qu'elle considère que la Constitution prime le droit conventionnel directement applicable et donc, les traités européens²⁹⁵. Elle a ensuite

²⁸⁸ Projet de loi portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Sén., 2004/2005, n°3-1091/1, p.530. Position du Conseil d'Etat répétée dans Projet de loi portant révision de la législation pharmaceutique, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2005-2006, n°2189/1, p.115, et dans Projet d'ordonnance portant assentiment au Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne (traité modificatif) fait à Lisbonne le 17 décembre 2007, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2007/2008, A-464/1, p.22.

²⁸⁹ Projet d'ordonnance portant assentiment au Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne (traité modificatif) fait à Lisbonne le 17 décembre 2007, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2007/2008, A-464/1, p.24.

²⁹⁰ M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, et al., « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, 2017, n°6699, p. 578.

²⁹¹ P. GERARD, et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court adopts National Identity discourse », *European Constitutional Law Review*, 2017, 13, p.194.

²⁹² C.A., 16 octobre 1991, n°26/91 et C.A., 3 février 1994, n°12/94.

²⁹³ En ce qui concerne les modalités de ce contrôle, voy. M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice », *Revue belge de droit constitutionnelle*, no 2- 3, 2011, pp.81-109.

²⁹⁴ C.A., 3 février 1994, n°12/94, B.3-B.4.

²⁹⁵ R. ERGEC, note sous C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 254 ; L. VANCRAVEBECK, *op.cit.*, pp. 287-288.

tempéré son élan, en ajoutant qu'elle « devra exercer son contrôle en tenant compte de ce qu'il ne s'agit pas d'un acte de souveraineté unilatéral mais d'une norme conventionnelle par laquelle la Belgique a pris un engagement de droit international à l'égard d'un autre État »²⁹⁶²⁹⁷.

En ce qui concerne le droit dérivé, la Cour, bien que n'étant pas explicite sur la question, donnait les signes d'un ralliement à la primauté du droit dérivé sur la Constitution sur la base de l'article 34²⁹⁸. Dans un arrêt portant sur la C.R.E.G.²⁹⁹, la Cour a soutenu que « Dans la mesure où ce qui précède ne suffirait pas pour justifier que les personnes qui font l'objet d'une décision de la C.R.E.G. « ne jouissent pas de la garantie de voir la décision prise par une autorité administrative dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif », cette situation est justifiée, en vertu de l'article 34 de la Constitution, par les exigences découlant du droit de l'Union européenne »³⁰⁰. Cela indique donc que la primauté du droit européen sur la Constitution découle de la Constitution elle-même³⁰¹.

²⁹⁶ C.A., 4 février 2004, n°20/2004, B.6.

²⁹⁷ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 468.

²⁹⁸ S. SOTTIAUX, *op.cit.*, pp.305-309.

²⁹⁹ C.C., 18 novembre 2010, n°130/2010.

³⁰⁰ C.C., 18 novembre 2010, n°130/2010, B. 8.1 (voy. M. El BERHOUMI, L. DETROUX, et al., *op.cit.*, p. 578).

³⁰¹ La Cour constitutionnelle belge semble donc avoir suivi les Cours allemande et française sur l'origine de la primauté du droit communautaire (Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 29 mai 1974, Solange I, BVerfGE 37, 271 (279 et s.), et Cons. constit., décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*)

CHAPITRE 2 : L'ARRET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU 28 AVRIL 2016

1) *Analyse de l'arrêt*

A la lecture des développements précédents, l'on pourrait croire que la Cour constitutionnelle considère qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, le droit communautaire l'emporte sur toutes les autres dispositions de la Constitution. Cette position a été nuancée par la Cour dans un arrêt du 28 avril 2016³⁰².

En l'espèce, les parties requérantes demandaient l'annulation de la loi du 18 juillet 2013 portant assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (ci-après T.S.C.G.)³⁰³, de l'accord de coopération du 13 décembre 2013 entre l'État fédéral, les Communautés, les Régions et les Commissions Communautaires relatif à la mise en œuvre de l'article 3, § 1 du Traité précité³⁰⁴, et du décret flamand du 21 mars 2014 portant assentiment à l'accord de coopération précité³⁰⁵. Le T.S.C.G.³⁰⁶ consacre une discipline budgétaire fondée sur le principe d'équilibre des finances publiques et enjoint aux États de transposer ses règles et principes fondateurs dans leur ordre juridique par le biais de principes et règles contraignantes³⁰⁷. En Belgique, il fut décidé que cela serait accompli au moyen d'un accord de coopération, plus aisé à mettre en place qu'une révision constitutionnelle³⁰⁸.

³⁰² C.C., 28 avril 2016, n° 62/2016.

³⁰³ Loi du 18 juillet 2013 portant assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire entre le Royaume de Belgique, la République de Bulgarie, le Royaume du Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, l'Irlande, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le grand-duché de Luxembourg, la Hongrie, Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la Roumanie, la République de Slovénie, la République slovaque, la République de Finlande et le Royaume de Suède, et au procès-verbal de signature du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, fait à Bruxelles le 2 mars 2012, *M.B.*, 7 avril 2014.

³⁰⁴ Accord de coopération du 13 décembre 2013 entre l'Etat fédéral, les Communautés, les Régions et les Commissions communautaires relatif à la mise en œuvre de l'article 3, § 1er, du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, *M.B.*, 18 décembre 2013.

³⁰⁵ Décret flamand du 21 mars 2014 portant assentiment à l'accord de coopération du 13 décembre 2013 entre l'Autorité fédérale, les Communautés, les Régions et les Commissions communautaires relatif à l'exécution de l'article 3, § 1er, du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire, *M.B.*, 20 juin 2014.

³⁰⁶ Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (T.S.C.G.), signé à Bruxelles le 2 mars 2012. Ce Traité, conclu sous la forme d'un traité de droit international public, présente des liens très étroits avec le droit communautaire. Celui-ci implique notamment le recours aux institutions européennes telles que la Commission, le Conseil de l'Union, la Banque centrale européenne et la Cour de justice. (voy. M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, et al., *op.cit.*, pp. 567-568).

³⁰⁷ Art. 3, § 2 du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire.

³⁰⁸ P. DERMINE, note sous C.C., 28 avril 2016, n°62/2016, *J.T.*, 2016, p.471.

Sans surprise, l'adoption des instruments de ratification, de l'accord de coopération et des instruments d'assentiment à l'accord a soulevé des oppositions en Belgique. Ils ont ainsi été contestés devant la juridiction constitutionnelle par quatre recours proposant divers moyens³⁰⁹. Parmi ceux-ci, l'allégation d'un transfert aux institutions européennes d'éléments essentiels de la souveraineté nationale entraînant une violation des articles 34 et 174 de la Constitution³¹⁰.

Après avoir établi que les demandeurs n'avaient pas l'intérêt individuel requis pour agir, la Cour souligne qu'elle doit tout de même examiner si « les dispositions attaquées portent directement atteinte à un autre aspect de l'État de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa protection intéresse tous les citoyens »³¹¹. Elle examine alors une possible violation de l'article 174 de la Constitution en ce que le transfert de compétences aux institutions priverait le Parlement de son rôle dans la fixation des comptes et du budget. Reconnaissant que « lorsqu'il porte assentiment à un traité, le législateur ne peut porter atteinte aux garanties prévues par la Constitution »³¹², la Cour considère cependant que les parlements nationaux bénéficient toujours du soin de concrétiser et d'approuver le budget dans le cadre du T.S.C.G..

La Cour annonce ensuite que « le traité sur la stabilité ne prévoit pas seulement un cadre budgétaire rigide ; il confie également certaines compétences aux institutions de l'Union européenne, notamment à la Commission européenne et à la Cour de justice de l'Union européenne »³¹³. C'est dans cette optique que la Cour accepte d'examiner la compatibilité des différentes dispositions attaquées avec l'article 34 de la Constitution.

Au cœur de cet examen, la Cour va développer pour la première fois l'argument d'identité nationale. Dans un *obiter dictum*, elle soutient que « lorsque le législateur donne assentiment à un traité qui a une telle portée, il doit respecter l'article 34 de la Constitution. En vertu de cette disposition, l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public. Il est vrai que ces institutions peuvent ensuite décider de manière autonome comment elles exercent les pouvoirs qui leur sont attribués, mais l'article 34 de la Constitution ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées, lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées. *L'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou*

³⁰⁹ Pour une analyse de la procédure et des différents moyens, voy. J. THEUNIS, « Het stabiliteitsverdrag-arrest : « the making of », *T.B.P.*, 2017/6, pp. 298-304.

³¹⁰ P. DERMINE, note sous C.C., 28 avril 2016, n°62/2016, *J.T.*, 2016, p.471.

³¹¹ C.C., 28 avril 2016, n°62/2016, B.8.2.

³¹² C.C., 28 avril 2016, n°62/2016, B.8.5.

³¹³ C.C., 28 avril 2016, n°62/2016, B.8.7.

aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit »³¹⁴.

Suite à cet avertissement, l'arrêt « accouche d'une souris »³¹⁵. Après avoir disqualifié tous les autres moyens invoqués, la Cour considère que, conformément à l'article 34 de la Constitution, les compétences dont l'exercice est transféré aux institutions européennes sont déterminées et limitées. Faute de requête recevable, la Cour rejette tous les recours.

2) Apport de l'arrêt

Si ce développement peut alors sembler dérisoire, il n'en est rien. Comme le souligne W. Verrijdt, par ce considérant, la Cour constitutionnelle établit trois principes fondamentaux relativement à la hiérarchie entre le droit de l'Union et la Constitution³¹⁶. Premièrement, celui-ci sous-entend que la hiérarchie entre droit communautaire et droit constitutionnel n'est pas réglée par le droit de l'Union, mais par l'article 34 de la Constitution. Deuxièmement, l'article 34 de la Constitution accorde en principe au droit dérivé la primauté sur la Constitution. Troisièmement, cette primauté est limitée. Il semblerait donc que la Constitution soit la plus haute norme, puisque c'est elle qui instaure la hiérarchie.

Parmi ces limites, la Cour identifie l'identité nationale et les valeurs fondamentales protégées par la Constitution. Le premier concept fait directement écho à la clause d'identité nationale consacrée à l'article 4, § 2 du T.U.E.³¹⁷. Le deuxième n'est pas sans rappeler la notion d'identité constitutionnelle telle que développée par d'autres Cours européennes³¹⁸. Nous ne savons toutefois pas si la Cour entendait instaurer deux contrôles distincts concernant l'identité nationale et les valeurs fondamentales ou si ces dernières sont comprises dans le contrôle de l'identité nationale³¹⁹.

En introduisant ces limites, la Cour ne remet pas en cause la primauté du droit dérivé sur la Constitution. Au contraire, la Cour constitutionnelle marque qu'elle acceptera la primauté de celui-ci, tant qu'il reste à l'intérieur des barrières imposées. Cet arrêt doit donc plutôt s'analyser comme un rejet par la Cour constitutionnelle de la primauté absolue que la Cour de justice tente d'imposer³²⁰.

³¹⁴ C.C., 28 avril 2016, n°62/2016, B.8.7. Nous soulignons.

³¹⁵ M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, et al., *op.cit.*, p. 578.

³¹⁶ W. VERRIJDT, « Inleiding », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p. 294 ; P. GÉRARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.* p.193.

³¹⁷ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p.474.

³¹⁸ E. CLOOTS, « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *op.cit.*, pp.319-20.

³¹⁹ P. GERARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, p.182 et p.188.

³²⁰ P. GERARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.* p.196.

3) Critique de l'arrêt

Cet *obiter dictum*, qui aurait paru presque tendre dans la bouche des juges de Karlsruhe, est surprenant dans la jurisprudence belge puisque, la Cour constitutionnelle a toujours adopté une position favorable à l'Union³²¹, comptant notamment un certain nombre de renvois constitutionnels à son actif³²². Par cet arrêt, la Belgique rejoint les Cours constitutionnelles européennes ayant développé un discours identitaire afin de limiter la primauté du droit européen³²³³²⁴. Il n'est pourtant pas utile de s'inquiéter outre-mesure de cette affirmation virile de compétences provenant de la Cour constitutionnelle, et ceci pour plusieurs motifs.

Premièrement, il est évident que la jurisprudence belge s'est inspirée de celle du *Bundesverfassungsgericht*³²⁵. En effet, les limites imposées par la Cour constitutionnelle belge sont les mêmes que celles développées par la Cour constitutionnelle allemande au fil des années³²⁶. Cependant, lorsque l'on compare cet arrêt avec les arrêts allemands, on ne peut que se rendre compte de la brièveté du raisonnement belge³²⁷. Comme nous l'avons étudié, le développement du test d'identité dans la jurisprudence allemande s'est déroulé sur une période de presque quarante années au cours desquelles le raisonnement s'est affiné. A titre d'exemple, la décision rendue par la Cour constitutionnelle allemande à propos du M.E.S. et du T.S.C.G.³²⁸ présente un raisonnement à la fois cohérent et étayé, permettant aux juges de Karlsruhe de conclure à la constitutionnalité de ce dernier. A l'opposé, la conclusion de constitutionnalité dans l'arrêt belge se développe en une nuit, manque d'une motivation persuasive et est muet est ce qui concerne les composantes de l'« identité nationale » ou des « valeurs constitutionnelles fondamentales »³²⁹. L'arrêt n'établit pas non plus quelle institution serait compétente pour vérifier le respect de cette limite d'identité nationale, la procédure qui serait suivie afin de décider sur sa violation ou les conséquences d'une telle violation. Si cette décision peut être vue comme une mise en garde, il est peu probable qu'un véritable contrôle d'identité puisse être conduit dans un futur proche, puisque la Cour n'a presque apporté aucune précision sur celui-ci.

³²¹ P. GERARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, pp.189-191 ; M. BLANQUET, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux? », *op.cit.*, p.292.

³²² A. ALEN et W. VERRIJDT, « Le dialogue préjudiciel de la Cour constitutionnelle belge avec la Cour de justice de l'Union européenne », in *Les visages de l'Etat- Liber amicorum Yves Lejeune*, P. D'Argent, D. Renders et M. Verdussen (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp.36-37.

³²³ G.VAN DER SCHYFF, « De Nederlandse constitutionele identiteit: soberheid troef », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p.322.

³²⁴ P. DERMINE, note sous C.C., 28 avril 2016, n°62/2016, *J.T.*, 2016, p.472.

³²⁵ S. SOTTIAUX, *op.cit.*, p.309 ; P. GERARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, p.187.

³²⁶ P. GÉRARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, p.187.

³²⁷ P. GÉRARD, « Het stabiliteitsverdrag – arrest vanuit Duits perspectief », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p.352.

³²⁸ Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 12 septembre 2012, *MES et TSCG (procédure en référé)*, 2 BvR 1390/12 *et al.*, BVerfGE 132, 195, disponible sur le site internet du Bundesverfassungsgericht.

³²⁹ P. GÉRARD, *op.cit.*, p.347.

Deuxièmement, nous nous devons de remarquer le choix atypique de mots fait par la Cour belge. Au lieu de référer à l'identité constitutionnelle comme les autres Cours européennes, elle fait référence à l'identité nationale telle qu'inscrite dans l'article 4, § 2 du T.U.E. Il faut toutefois rappeler que la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour contrôler l'intégration européenne par rapport à d'autres valeurs que celles protégées par les dispositions de la Constitution. Il est donc probable qu'avec cette référence, la Cour ait souhaité se placer dans un dialogue indirect avec la Cour de justice³³⁰. Cependant, la mention de « valeurs fondamentales » de la Constitution rappelle la notion d'identité constitutionnelle telle que développée par d'autres Cours européennes³³¹.

Troisièmement, si l'arrêt de la Cour constitutionnelle est surprenant pour un arrêt belge, la doctrine lui donne une logique en l'analysant comme une réaction au récent arrêt *Melloni*³³² de la Cour de justice³³³. Comme le soulignent P. Gérard et W. Verrijdt, les Cours constitutionnelles sont les premières victimes des principes de primauté et d'effet direct développés par la Cour de justice, puisque ceux-ci les empêchent d'examiner les législations avec tout l'attirail dont elles disposent, les obligeant parfois à mettre de côté leurs dispositions constitutionnelles³³⁴. L'arrêt *Melloni* fait un pas de plus dans cette direction. Dans cet arrêt, la question posée à la Cour de justice était de savoir s'il fallait privilégier une protection plus favorable des droits fondamentaux au niveau national, ou l'unité dans l'application du droit communautaire³³⁵. La Cour a favorisé une application uniforme du droit de l'Union, forçant finalement les juges constitutionnels à ignorer certaines dispositions de leurs Constitutions afin de satisfaire aux exigences du droit européen. Il n'est donc pas étonnant que le juge belge ait souhaité marquer son mécontentement face à une décision qui lui soustrait la compétence de protéger les droits fondamentaux dont il est le garant. Cette supposition est renforcée par le fait que, précisément, un contrôle d'identité nationale permettrait de faire échec à cette nouvelle jurisprudence *Melloni* et de garder la main sur la protection des droits fondamentaux³³⁶.

Pour conclure, nous pensons que si cette décision peut être analysée comme une remise en cause du principe de primauté absolue du droit communautaire, celle-ci ne doit pas être vue comme un désaveu du droit communautaire par la Cour constitutionnelle. La probabilité d'un véritable contrôle d'identité dans un futur proche est faible, dû au manque d'opérationnalisation de ce contrôle dans la jurisprudence analysée. De plus, après cet

³³⁰ P. GERARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, p.188.

³³¹ E. CLOOTS, « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *op.cit.*, pp.319-320.

³³² C.J., arrêt *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, 26 février 2013, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

³³³ A. ALEN, « De nationale identiteit - slotwoord », *T.B.P.*, 2017/6, p.367.

³³⁴ P. GERARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, p.192.

³³⁵ E. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel: réflexions autour de l'arrêt Melloni », *Cahiers de droit européen*, 2013, p.296.

³³⁶ P. GERARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, p.192 et p.203.

avertissement, la Cour s'est adoucie et a conclu à la compatibilité du Traité avec la Constitution. La Cour constitutionnelle semble donc plutôt inviter les juges de Luxembourg à un dialogue et à un respect des fonctions de chacun.

CHAPITRE 3 : REFLEXIONS SUR LE CONTENU DE L'IDENTITE NATIONALE BELGE

Comme nous l'avons exposé, la Cour constitutionnelle a fait référence à l'identité nationale, telle qu'exprimée par la Cour de justice ainsi qu'aux valeurs fondamentales protégées par la Constitution, concept rappelant fortement l'identité constitutionnelle développée par les Cours constitutionnelles d'Europe³³⁷. Elle n'a cependant pas précisé quels éléments pouvaient être intégrés dans ces concepts, ni les liens qu'ils entretiennent entre eux. Nous souhaitons donc partir du principe que, comme dans la jurisprudence communautaire, « l'identité nationale comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle », mais ne s'y limite pas.

Définir l'identité nationale comme l'identité d'un groupe ou d'une communauté n'est jamais facile. C'est encore moins aisé dans un État comme la Belgique, dans lequel les tensions linguistiques tendent à diviser l'opinion publique. Malgré cette difficulté, nous voudrions tenter de définir quelles caractéristiques fondamentales se cachent derrière celle-ci. Nous allons pour cela étudier d'une part les dispositions constitutionnelles, et d'autre part les valeurs fondamentales qui ont marqué le développement de l'État.

Comment peut-on identifier cette identité nationale au travers des dispositions constitutionnelles belges ?

C. Grewe invite à une analyse textuelle de la Constitution afin d'y identifier certaines caractéristiques fondamentales³³⁸. Elle suggère notamment d'examiner le Préambule ou les dispositions introductives de la Constitution afin d'identifier les articles bénéficiant d'un grand intérêt pour le constituant. La Constitution belge n'a pas de préambule. Ses dispositions introductives, par contre, identifient la construction fédérale comme une caractéristique belge importante, puisque presque toute l'introduction de la Constitution y est consacrée³³⁹. Au lendemain des attentats de Paris, plusieurs propositions ont suggéré de modifier la Constitution afin de souligner les valeurs fondamentales de la société belge. Celles-ci sont toujours débattues. Une première alternative invite à insérer dans la Constitution un préambule qui identifierait les valeurs fondamentales de la société belge. Parmi ces valeurs, le rapport introductif insiste sur la séparation entre l'Église et l'État, l'égalité et la libre disposition de soi³⁴⁰. Une autre proposition est de réviser le premier article de la Constitution

³³⁷ E. CLOOTS, « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *op.cit.*, pp.319-20.

³³⁸ C. GREWE, « Methods of identification of national constitutional identity », in *National Constitutional Identity and European Integration*, A. Saiz Arnaiz et C. Alcobero Llivina (dir.), Cambridge/Anvers/ Portland, Intersentia, 2013, pp. 37-48.

³³⁹ C. GREWE, *ibidem*, p.47.

³⁴⁰ Rapport introductif d'initiative parlementaire : le caractère de l'Etat et les valeurs fondamentales de la société, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°2914/001, 412p. Pour plus d'information sur le texte du Préambule tel que pensé par son auteur, voy. P. DEWAELE, proposition de Préambule à la Constitution belge, https://www.openvld.be/library/1/files/5904_preambule_dewael_grondwet.pdf (consulté le 29 avril 2018).

afin d’y insérer un paragraphe se lisant comme suit « La Belgique est un État de droit démocratique. L’État respecte et garantit la dignité humaine, la liberté, l’égalité et la solidarité des citoyens afin de favoriser leur épanouissement et de les faire coexister dans l’harmonie. L’autorité publique n’est exercée qu’en vertu de la Constitution. Tout un chacun respecte les règles de droit promulguées par l’autorité publique en vertu de la Constitution »³⁴¹.

P. Gérard, et W. Verrijdt proposent d’identifier les valeurs fondamentales en examinant l’histoire constitutionnelle belge³⁴². Celle-ci étant marquée par la Révolution de 1830 issue d’un rejet des politiques du Roi Guillaume Ier, c’est contre ces pratiques politiques que la Constitution s’est construite. La méfiance envers le Roi est palpable et se remarque par le rôle important accordé au législateur : celui-ci dispose du pouvoir résiduel, et son intervention est exigée dans plusieurs domaines tels que le droit fiscal et la limitation des droits fondamentaux³⁴³. La période néerlandaise ayant été marquée par de fortes restrictions des libertés de conscience, d’expression, d’enseignement et d’assemblée ainsi que de la liberté de la presse, celles-ci bénéficient d’une protection explicite dans la Constitution belge. Le « compromis à la Belge » a aussi fortement marqué l’identité de la Constitution, puisqu’il est à l’origine du processus de fédéralisation de l’État belge. Dans ce sens, la réglementation linguistique est une composante essentielle de l’identité nationale³⁴⁴³⁴⁵.

Néanmoins, des caractéristiques de l’identité nationale belge peuvent aussi être retrouvées en dehors des dispositions constitutionnelles. A titre d’exemple, la législation portant légalisation de l’avortement, de l’euthanasie, ou autorisant le mariage homosexuel, ...³⁴⁶ Ces dispositions légales, même si elles ne sont pas inscrites dans la Constitution, témoignent de l’identité nationale belge en mettant l’accent sur la notion de dignité humaine³⁴⁷ et de respect de la vie privée³⁴⁸.

³⁴¹ Proposition de déclaration de révision de l’article 1^{er} de la Constitution en vue d’insérer un paragraphe relatif aux valeurs fondamentales de l’Etat, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°2925/001, p.6.

³⁴² P. GERARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, pp.201-205.

³⁴³ P. GÉRARD, et W. VERRIJDT, *op.cit.*, p.202.

³⁴⁴ E. CLOOTS identifie aussi cette composante fédérale et la protection de la langue comme des principes constitutionnelles fondamentaux. E. CLOOTS, « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *op.cit.*, p.312.

³⁴⁵ La Cour de justice s’est montrée accueillante envers l’argument tiré de la construction fédérale d’un Etat dans l’arrêt *Digibet*, *op.cit.*. La diversité linguistique, sur un argument belge, n’a pas été reçue car la Cour a considéré que la mesure adoptée était disproportionnée. La Cour a cependant reconnu que la protection de la langue était un objectif légitime, suivant sa jurisprudence *Runevic-Vardyn* (C.J., arrêt *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, 16 avril 2013, aff. C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239). Pour une analyse de cet arrêt, voy. E. CLOOTS, « Respecting linguistic identity within the EU’s internal market: Las », *Common Market Law Review*, n°51, 2014, pp.623-646.

³⁴⁶ E. CLOOTS, *ibidem*, pp.319-20.

³⁴⁷ Art. 23 de la Constitution belge.

³⁴⁸ Art. 22 de la Constitution belge.

Nous pensons donc que l'identité nationale belge, comme l'identité nationale au sens communautaire, puisse être déterminée en examinant les dispositions constitutionnelles fondamentales, mais aussi les valeurs qu'a développées l'État au cours de sa construction. Si celles-ci s'entremêlent souvent, il est tout à fait possible qu'une disposition constitutionnelle ne reflète pas les valeurs essentielles de l'État, ou que les valeurs essentielles de l'État soient intégrées dans les dispositions d'autres textes légaux que celui de la Constitution.

CONCLUSION

Comme un coup de tonnerre dans les cieux européens, la Cour constitutionnelle belge a rendu le 28 avril une décision insistant sur la protection de « l'identité nationale » belge. Cette affirmation, étonnante sous la plume de juges pourtant favorables à l'intégration européenne, n'est pas tombée du ciel. Elle est le processus d'une influence de jurisprudences constitutionnelles et communautaire.

Constitutionnelles d'une part, puisque la Cour belge, comme les Cours française et allemande avant elle, installe les bases d'un contrôle du respect de l'identité nationale par les actes de droit communautaire. Cette mise en garde de la Cour constitutionnelle est adressée à plusieurs acteurs : au législateur, qui devra prendre soin de respecter l'identité nationale lorsqu'il conclura un traité transférant des compétences à l'Union et aux institutions européennes, qui devront tenir compte de ce respect de l'identité nationale lorsque celles-ci adopteront des actes de droit dérivé. Renforçant sa conception de la primauté du droit communautaire comme étant fondée sur l'article 34 de la Constitution, la Cour belge s'écarte de la vision de la Cour de cassation pour se rapprocher davantage des autres Cours constitutionnelles européennes. Cette jurisprudence des Cours constitutionnelles française et allemande n'a pas été de nature à sérieusement remettre en cause l'application du principe de primauté dans l'ordre juridique national³⁴⁹. Il est peu probable que la jurisprudence développée par la Cour belge nous mène à une conclusion différente au cours des années à venir³⁵⁰.

Communautaires d'autre part, puisque la Cour constitutionnelle belge, spectatrice de l'assimilation progressive par la Cour de justice des spécificités étatiques, s'est référée au vocabulaire développé par celle-ci et s'est ainsi positionnée dans une optique de dialogue avec la haute Cour européenne. En effet, dans le cadre de l'interprétation du droit de l'Union, c'est la Cour de justice seule qui détient la compétence de préciser le contenu de la notion d'« identité nationale ». Par l'utilisation de ce vocable, la Cour belge s'oblige donc à collaborer avec la Cour de justice, le cas échéant au travers d'un dialogue préjudiciel³⁵¹. Il ne faut cependant pas espérer que ce discours identitaire permettra à la Belgique de se soustraire à ses obligations sous prétexte d'une spécificité nationale quelconque. Parmi les composantes fondamentales de l'identité nationale belge telles qu'identifiées précédemment, la Cour de justice n'a jusqu'à présent admis que la structure fédérale de l'État³⁵².

³⁴⁹ E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, *op.cit.*, pp. 54-55 ; A. ALEN, « De nationale identiteit - slotwoord », *op.cit.*, p.371.

³⁵⁰ A. ALEN, *ibidem*, pp.371-372.

³⁵¹ M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, et al., *op.cit.*, p.579.

³⁵² *Ibidem*, p.579. La protection de la langue a notamment été invoquée par la Belgique dans l'arrêt *Las*, sans succès, alors que l'argument avait été favorablement reçu dans le cadre d'autres affaires (voy. notamment l'arrêt *Runevic Vardyn*)

La Cour belge a donc bien suivi ses sœurs européennes dans leur démarche de définition de limites à la primauté. Néanmoins, contrairement à nos attentes, il semblerait que cela soit non pas deux, mais trois sœurs qui ont exercé une influence sur la Cour belge.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

INTERNATIONALE

- Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (T.S.C.G.), signé à Bruxelles le 2 mars 2012.

EUROPEENNE

- Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, *J.O.*, n°C 191 du 29 juillet 1992.
- Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1992, *J.O.*, n°C 340 du 10 novembre 1997.
- Groupe de travail V « Compétences complémentaires » de la Convention européenne, Rapport du Président du Groupe de travail V « Compétences complémentaires » aux Membres de la Convention, CONV 375/1/02 – REV 1 – WG V 14, Bruxelles, 4 novembre 2002, 18p.
- Traité établissant une Constitution pour l'Europe (T.E.C.E.), *J.O.*, n° C 310 du 16 décembre 2004.
- Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.U.E.*, n° C 306.

BELGE

- Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, *Doc.*, Ch., 1969-1970, n°10/16(2), 7p.
- Projet de loi portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Sén., 2004/2005, n°3-1091/1, pp.526-546.
- Projet de loi portant révision de la législation pharmaceutique, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2005-2006, n°2189/1, pp.98-127.
- Projet d'ordonnance portant assentiment au Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne (Traité modificatif) fait à Lisbonne le 17 décembre 2007, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2007/2008, A-464/1, pp.16-48.
- Loi du 18 juillet 2013 portant assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire entre le Royaume de Belgique, la République de Bulgarie, le Royaume du Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, l'Irlande, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le grand-duché de

Luxembourg, la Hongrie, Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la Roumanie, la République de Slovénie, la République slovaque, la République de Finlande et le Royaume de Suède, et au procès-verbal de signature du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, fait à Bruxelles le 2 mars 2012, *M.B.*, 7 avril 2014.

- Accord de coopération du 13 décembre 2013 entre l'Etat fédéral, les Communautés, les Régions et les Commissions communautaires relatif à la mise en œuvre de l'article 3, § 1er, du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, *M.B.*, 18 décembre 2013.
- Décret flamand du 21 mars 2014 portant assentiment à l'accord de coopération du 13 décembre 2013 entre l'Autorité fédérale, les Communautés, les Régions et les Commissions communautaires relatif à l'exécution de l'article 3, § 1er, du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire, *M.B.*, 20 juin 2014.
- P. Dewael, proposition de Préambule à la Constitution belge, voy. https://www.openvld.be/library/1/files/5904_preambule_dewael_grondwet.pdf (consulté le 29 avril 2018).
- Rapport introductif d'initiative parlementaire : le caractère de l'Etat et les valeurs fondamentales de la société, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°2914/001, 412p.
- Proposition de déclaration de révision de l'article 1^{er} de la Constitution en vue d'insérer un paragraphe relatif aux valeurs fondamentales de l'Etat, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°2925/001, 9p.

FRANÇAISE

- Loi n° 92- 554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : "Des Communautés européennes et de l'Union européenne, *JORF* n°147 du 26 juin 1992, p. 8406
- Loi n° 99-49 du 25 janvier 1999 modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la Constitution, *JORF* n°21 du 26 janvier 1999, p.1343.
- Loi n° 2005-204 du 1er mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF* n°51 du 2 mars 2005, p.3696.
- Loi n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF* n°0030 du 5 février 2008, p.2202.

Jurisprudence

EUROPEENNE

- C.J. (gde ch.), *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania contre Ayuntamiento de Getafe*, 27 juin 2017, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:135.
- C.J., *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff contre Standesamt der Stadt Karlsruhe et Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, 2 juin 2016, C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401.
- C.J., arrêt *Digibet Ltd and Gert Albers v Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, 12 juin 2014, C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756
- C.J., arrêt *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, 16 avril 2013, aff. C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239.
- C.J. (gde ch.), arrêt *Commission européenne c. Grand Duché de Luxembourg*, 24 mai 2011, C-51/08, ECLI:EU:C:2011:336
- C.J., arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, 12 mai 2011, C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291 ;
- C.J., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, ECLI:EU:C:2010:806.
- C.J. (gde ch.), arrêt *Janko Rottman contre Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.
- C.J., arrêt *Dermod Patrick O'Brien v Ministry of Justice, formerly Department for Constitutional Affairs*, 1 mars 2010, C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110.
- C.J.C.E., arrêt *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) v Administración General del Estado*, 5 mars 2009, aff. C-222/07, ECLI:EU:C:2009:124.
- C.J.C.E, arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypyrgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731.
- C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488.
- C.J.C.E., arrêt *United Pan-Europe Communications Belgium SA and Others v Belgian State*, 13 décembre 2007, aff. C-250/06, ECLI:EU:C:2007:783.
- C.J.C.E. (gde ch.), arrêt *Espagne c. Royaume Uni*, 12 septembre 2006, C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543.
- C.J.C.E., arrêt *Cristiano Marrosu et Gianluca Sardino contre Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, 7 septembre 2006, aff. C-53/04, ECLI:EU:C:2006:517.
- C.J.C.E. (gde ch.), *Royaume d'Espagne c. Eurojust*, 15 mars 2005, aff. C-160/03, ECLI:EU:C:2005:168.

- C.J.C.E., arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.
- C.J.C.E., arrêt *République fédérale d'Allemagne contre Commission des Communautés européennes*, 4 mars 2004, aff. C-344/01, ECLI:EU:C:2004:121
- C.J.C.E., *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich*. 12 juin 2003, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333)
- C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, ECLI:EU:C:1996:263
- C.J.C.E., arrêt *Anita Groener contre Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, 28 novembre 1989, aff. C-379/87, ECLI:EU:C:1989:599
- C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49
- C.J.C.E., arrêt *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, 14 mai 1974, aff. 4-73, ECLI:EU:C:1974:51
- C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.
- C.J.C.E., arrêt *Commission de la Communauté économique européenne contre Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, 13 novembre 1964, aff.jtes 90/63 et 91/63, ECLI:EU:C:1964:80.
- C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.
- C.J.C.E., arrêt *NV Algemene transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise (Van Gend en Loos)*, 5 février 1963, aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

CONCLUSIONS DES AVOCATS GENERAUX

- Av. gén. M. WATHELET, concl. préc. C.J., arrêt *Coman e.a.*, affaire en cours, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:2
- Av. gén. E. TANCHEV, affaire *Vera Egenberger contre Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, 17 avril 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2017:851.
- Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J, arrêt *Janko Rottman contre Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588.
- Av. gén. R.-J. COLOMER, concl. préc. C.J, arrêt *Umweltanwalt von Kärnten v Kärntner Landesregierung*, 10 décembre 2009, aff. C-205/08, ECLI:EU:C:2009:397.

- Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) v Administración General del Estado*, 5 mars 2009, aff. C-222/07, ECLI:EU:C:2008:468.
- Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Société Arcelor Atlantique Lorraine e.a. c. Premier ministre e.a.*, 16 décembre 2008, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292.
- Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, ECLI:EU:C:2008:544.
- Av. gén. V. TRSTENJAK, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle and Région de Bruxelles-Capitale*. 13 novembre 2008, aff. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:317.
- Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, ECLI: ECLI:EU:C:2008:262.
- Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Cristiano Marrosu et Gianluca Sardino contre Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, 7 septembre 2006, aff. C-53/04, ECLI:EU:C:2005:569.
- Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., *Royaume d'Espagne c. Eurojust*, 15 mars 2005, aff. C-160/03, ECLI:EU:C:2004:817.
- Av. gén. M. LAGRANGE, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:51.

BELGE

- C.C., 28 avril 2016, n° 62/2016.
- C.C., 18 novembre 2010, n°130/2010.
- C.A., 4 février 2004, n°20/2004.
- C.A., 3 février 1994, n°12/94.
- C.A., 16 octobre 1991, n°26/91.

- Cass. 2 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007/1, p. 24.
- Cass., 13 septembre 1984, *Pas.* 1985, I, p.65.
- Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p.886, concl. Proc. gén. W. Ganshof van der Meersch.

- C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 254.

FRANÇAISE

- Cons. const., décision n°2017-549 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part.*
- Cons. const., décision n°2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash.*
- Cons. const., décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé.*
- Cons. const., décision n°2015-726 DC du 29 décembre 2015, *Loi de finances rectificative pour 2015.*
- Cons. const., décision n°2014-694 DC du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié.*
- Cons. const., décision n°2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Séphora.*
- Cons. const., décision n°2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation.*
- Cons. const., décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.*
- Cons. const., décision n°2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D..*
- Cons. const., décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.*
- Cons. const., décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés.*
- Cons. const., décision n°2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.*
- Cons. const., décision n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie.*
- Cons. const., décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.*
- Cons. const., décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe.*
- Cons. const., décision 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de donnée à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*
- Cons. const., décision 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique.*
- Cons. const., décision n°2004-497 DC du 1 juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.*
- Cons. const., décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique.*

- CE., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Lorraine*, req. n°287110.

ALLEMANDE

- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 21 juin 2016, *OMT*, 2 BvR 2728/13, BVerfGE 142, 123, disponible sur le site internet du Bundesverfassungsgericht.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 18 mars 2014, 2 BvR 1390/12 et al., BVerfGE 135, 317, disponible sur le site internet du Bundesverfassungsgericht.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 14 janvier 2014, *OMT*, 2 BvR 2728/13, BVerfGE 134, 366, disponible sur le site internet du Bundesverfassungsgericht.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 12 septembre 2012, *MES et TSCG (procédure en référé)*, 2 BvR 1390/12 et al., BVerfGE 132, 195, disponible sur le site internet du Bundesverfassungsgericht.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 7 septembre 2011, 2 BvR 987/10, BVerfGE 129, 124, disponible sur le site internet du Bundesverfassungsgericht.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 30 juin 2009, *Lissabon*, BVerfGE 123, 267, disponible sur le site internet du Bundesverfassungsgericht.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 6 juillet 2010, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286, disponible sur le site internet du Bundesverfassungsgericht.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Décision du 12 octobre 1993 *Maastricht*, BVerfGE 89, 155, disponible sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html>)
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 22 octobre 1986, Solange II, BVerfGE 73, 339 (375 et s.), disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html> et traduction française disponible dans *R.T.D.E.*, 1987, p.537.
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 29 mai 1974, Solange I, BVerfGE 37, 271 (279 et s.), Disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html> et traduction française disponible dans *R.T.D.E.*, 1975, p.316.

AUTRES

- Corte costituzionale, décision Granital du 8 juin 1984, n°170/84, traduction anglaise dans 21 *Common Market Law Review* 756, 1984.
- Corte costituzionale, décision *Frontini* du 27 décembre 1973, n°183/73, traduction anglaise dans 2 *Common Market Law Review* 372, 1974.
- Corte costituzionale, décision du 24 février 1964, n°14/1964, disponible sur le site internet de la Cour constitutionnelle.
- Tribunal constitutionnel espagnol, DTC n°1/2004, 13 décembre 2004.

- Cour constitutionnelle tchèque, Lisbonne II, 3 novembre 2009, No. PL. US 29/09.
- Cour constitutionnelle tchèque, Lisbonne I, 26 novembre 2008, No. PL. US 19/08.

- Cour constitutionnelle de Lettonie, 7 avril 2009, No. 2008-35-01, *Traité de Lisbonne*.

- Tribunal constitutionnel polonais, *Lisbonne*, 24 novembre 2010, No. K 32/09.

Doctrine

MONOGRAPHIES

- CLOOTS, E., *National Identity in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 372p.
- CRAIG, P. et DE BURCA, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 1198p.
- MILLET, F.X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, Paris, LGDJ, 2013, 365p.
- PELIN RADUCU, I., *Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2014, 560p.
- PRIOLLAUD, F.X., et SIRITZKY, D., *Le traité de Lisbonne : texte et commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, Paris, La documentation française, 2008, 523p.
- SCHMITT, C., *Théorie de la Constitution* (traduction française), Paris, PUF, 1993, 572p.

PERIODIQUES

- AERTS, S., « Nationale identiteit als barrière tegen Europese integratie », *C.D.P.K.*, 2015, pp. 334-350.
- ALEN, A., « De nationale identiteit - slotwoord », *T.B.P.*, 2017/6, p.366-372.
- ARRIGHI DE CASANOVA, J. 'La décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes', *Actualité Juridique Droit Administratif*, n°28, 2004, pp. 1534-1537;
- BESSELINK, L., « National and constitutional identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, Vol. 6, 2010, pp. 36-49.
- BESSELINK, L., « Respecting constitutional identity in the EU : A Case Note to ECJ (Second Chamber), Case C 208/09, 22 December 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien » in *Common Market Law Review*, Vol.49 n°2, 2012, pp. 671– 693.
- CHARPY, C., « The Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order: The Recent Case-Law of the Conseil Constitutionnel and the Conseil d'Etat. », *European Constitutional Law Review*, 2007, Vol.3, n°3, pp.436-462.
- CHALTIEL, F., « Droit constitutionnel et droit communautaire, Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire, La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°68, 2006, pp. 837-847.
- CHALTIEL, F., « Le traité CETA devant le juge constitutionnel (à propos de la décision du 31 juillet 2017) », *Petites affiches*, n°73, 2018, p.6.
- CARCASSONNE, G., « France Conseil Constitutionnel on the European Constitutional

- Treaty. Decision of 19 November 2004, 2004-505 DC ». *European Constitutional Law Review*, Vol.1, n°2, 2005, pp.293-301.
- CLAES, M., et REESTMAN, J. H., « The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case » in *German law journal: review of developments in German, European and international jurisprudence*, Vol. 16, n°4, 2015, pp.917-970.
 - CLAES, M., « The validity and primacy of EU Law and the cooperative relationship between national constitutional courts and the Court of Justice of the European Union », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol.23(1), 2016, pp.151-170.
 - CLOOTS, E., « Respecting linguistic identity within the EU's internal market: Las », *Common Market Law Review*, n°51, 2014, pp.623-646.
 - CLOOTS, E., « National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU », *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2016, Vol. 2, pp.82-98.
 - CLOOTS, E., « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp.310-321.
 - DITTERT, D., « La Cour constitutionnelle allemande et le traité de Lisbonne », *R.A.E – L.E.A.*, 2009-2010/4, pp.847-859.
 - DONNARUMMA, M.R., « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 84, 2010, pp. 719 à 750
 - DERMINE, P., LYS, M., et ROMAINVILLE, C., « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », *Annales de Droit de Louvain : revue trimestrielle*, Vol. 75, no.3-4, 2015, pp. 452-497.
 - DERMINE, P., note sous C.C., 28 avril 2016, n°62/2016, *J.T.*, 2016, pp.470-472.
 - DUBOUT, E., « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 83, 2010/3, p. 451-482.
 - DUBOUT, E., « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel : réflexions autour de l'arrêt Melloni », *Cahiers de droit européen*, 2013, pp.293-317.
 - DUQUE E.E., « United in Diversity or Through Diversity? National Identity as a Flexibility Clause-Granting Member State a Margin of Appreciation », *Lund Student EU Law Review*, 2013, Vol II, pp. 36-57.
 - EL BERHOUMI, M., DETROUX, L., CLARENNE, J., DE BROUX, P.-O., LEROUXEL, H., MOSSOUX, Y., NENNEN, C., RIZCALLAH, C., TULKENS, N., VAN DROOGHENBROECK, S., VAN EECKHOUTTE, D. et VAN MEERBEECK, J., « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, 2017, pp. 565-582.
 - ERGEC, R., note sous C.E., arrêt *Orfînger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 254.
 - FARAGUNA, P., « Constitutional identity in the EU – A Shield or a Sword », *German Law Journal*, Vol. 18, n°7, 2017, pp.1617-1640.

- GERARD, P., et VERRIJDT, W., « Belgian Constitutional Court adopts National Identity discourse », *European Constitutional Law Review*, Vol.13, 2017, pp.182–205.
- GÉRARD, P., « Het stabiliteitsverdrag – arrest vanuit Duits perspectief », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 347-353.
- HANF, D., « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du traité de Maastricht », *R.T.D.E.*, 1994, pp. 391-423.
- HANF, D., « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt 'Lisbonne' de la Cour constitutionnelle fédérale », *Cahiers de droit européen*, 2009/5-6, pp.639-709.
- KOKOTT, J., « The Basic Law at 60 – From 1949 to 2009 : the Basic Law and Supranational Integration », *German Law Journal*, Vol. 11, n°1, 2010, pp.99-114.
- KUMM, M., « The jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, Vol. 11, n°3, 2005, pp.262-307.
- MAGNON, X., « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur « le traité de Lisbonne » », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 82, no. 2, 2010, pp. 417-442.
- MARTIN, S., « L'identité de l'état dans l'Union européenne : entre identité nationale et identité constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n°91, 2012/3, pp. 13-44.
- MATHIEU, B., « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, pp. 141-143.
- MEESSEN, K.M., « Hedging European Integration : The Maastricht Judgment of the Federal Constitutional Court of Germany », *Fordham International Law Journal*, Vol. 17, issue 3, 1993, pp.511-530.
- MILLET, F.-X., « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des Etats membres dans les traités sur l'Union européenne », *R.A.E-L.E.A.*, 2013/ 2, pp. 329-343.
- MÜLLER-GRAFF, P.-C., « L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne : les implications pour la politique européenne », *R.A.E- L.E.A.*, 2012/1, pp.133-142.
- PLATON, S., « Le respect de l'identité nationale des états membres : frein ou recomposition de la gouvernance », *Revue de l'Union européenne*, n°556, mars 2012, pp.1-8.
- REEH, K., « L'Union européenne : de Maastricht à Karlsruhe et au-delà », in *Politique étrangère*, 1994, n°2, pp. 517-536.
- REESTMAN, J. « France Conseil Constitutionnel on the Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order. Decision of 10 June 2004, 2004-496 DC », *European Constitutional Law Review*, 2005, 1(2), pp. 302-317.

- REESTMAN, J., « The Franco-German Constitutional Divide: Reflection on National and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, Vol.5(3), 2009, pp. 374-390.
- SIMON, D., « La ratification du CETA ne nécessitera pas de révision constitutionnelle : bref propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 2017 », *Europe*, n° 8-9, août-septembre 2017, p. 1-2.
- SOTTIAUX, S., « Het stabiliteitsverdrag-arrest in het licht van de rechtspraak van de hoogste Belgische rechtscolleges », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp.305-309.
- RITLENG, D., « De l'utilité du principe de primauté », *R.T.D.E.*, 2009, n°4, p. 677 - 697.
- THEUNIS, J., « Het stabiliteitsverdrag-arrest : « the making of », *T.B.P.*, 2017/6, pp. 298-304.
- TUSSEAU, G., « Le pacte de stabilité devant les juridictions constitutionnelles », *RFDA*, 2012, pp.1058 et s.
- VAN DER SCHYFF, G., « The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU », *European Law Review*, n°37, 2012, pp.563-583,
- VAN DER SCHYFF, G., « De Nederlandse constitutionele identiteit: soberheid troef », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 322-329.
- VERDUSSEN, M., « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de Justice », *Revue belge de droit constitutionnelle*, no 2- 3, 2011, pp.81-109.
- VERRIJDT, W., « Inleiding », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 294-297.
- VON BOGDANDY, A., et SCHILL, S., « Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp.1417-1453.
- WATHELET, M., « Arret van Gend en Loos : 50 ans déjà », *JDE*, 2013, p. 213.
- WENDEL, M., « Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives », *European Constitutional Law Review*, 2011, n°7(1), pp. 96-137.
- WENDEL, M. « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'intégration européenne », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. XXXVIII-2013, Paris, Economica, pp. 627-650.

OUVRAGES COLLECTIFS

- ALEN, A., « Les relations entre la Cour de justice des CE et les Cours constitutionnelles », *Liber amicorum Paul Martens - L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp.665-713

- ALEN, A. et VERRIJDT, W., « Le dialogue préjudiciel de la Cour constitutionnelle belge avec la Cour de justice de l'Union européenne », in *Les visages de l'Etat- Liberatorum Yves Lejeune*, P. D'Argent, D. Renders et M. Verdussen (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2017, pp.33-74.
- BAILLEUX, A. et DUMONT, H., « Section 2. - Les rapports entre l'Union et les États membres » in *Le pacte constitutionnel européen – Tome 1. Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 314-351
- BARBATO, J.C., « Le respect de l'identité culturelle des États devant la juridiction communautaire », in J.-C. Barbato et J.-D. Mouton, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 49-71
- BARRAMDANE, A., « CJCE, 15 Juillet 1964, Flaminio Costa c/ Enel, aff. 6.64, Rec. P.1141 », *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne*, C. Boutayeb (dir), Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p.75-87.
- BLANQUET, M., « Article I-5 – Relations entre l'Union et les États membres », L. Burgorgue-Larsen, A. Levade & F. Picod (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe - Commentaire article par article*, tome I, parties I et IV - « Architecture constitutionnelle », Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 96 – 106.
- BLANQUET, M., « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice: enfin des mots, toujours des maux? », in , *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, B. Bertrand, F. Picod et S. Roland (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.289-308.
- CHALTIEL, F., « La constitutionnalisation de l'Union européenne, visions croisées des Etats membres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Ed. Pedone, 2010, pp.69-77.
- CLAES, M., « The primacy of EU law in European and national law », in, *The Oxford Handbook of European Union Law*, A. Arnulf and D. Chalmers (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 178-211.
- CONSTANTINESCO, V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Ed. Pedone, 2010, pp.79-94.
- DEBARD, T., « 1. CJCE, 5 février 1963, NV Algemene transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise (Van Gend en Loos), aff. 26/62 », *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, M. Karpenschif et C. Nourissat (dir.), PUF, Paris, 2010, pp. 7-10.
- DEBARD, T., « 3. CJCE, 15 Juillet 1964, Flaminio Costa c/ Enel, aff. 6.64, Rec. 11411 », *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100*

grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, M. Karpenschif et C. Nourissat (dir.), Paris, Thémis droit, PUF, 2010, pp. 15-20.

- DEBARD, T., « CJCE, 9 mars 1978, Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal, aff. 106/77, Rec. 629 », *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, M. Karpenschif et C. Nourissat (dir.), Paris, Thémis droit, PUF, 2010, pp. 83-85.
- DECHATRE, L., « L'identité constitutionnelle comme limite à l'ouverture au droit international et européen en Allemagne et en France » in *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, E. Lagrange, A. Hamann et J.-M. Sorel (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2012, pp.57-86
- DOLLAT, P., « CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (demande de décision préjudicielle, formée par le Verwaltungsgericht Frankfurt), aff. 11/70, Rec. p.1175.», *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne*, C. Boutayeb (dir), Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p.164.
- GRABENWARTER, C., "National Constitutional Law relating to the EU, in *Principles of European Constitutional Law* " in A. Von Bogdandy et J. Bast (dir.) Oxford, Hart Publishing, 2nd édition, 2009, pp.83-127
- GREWE, C. et RIDEAU, J., « L'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : flash-back sur le coming-out d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 319-346.
- GREWE, C., « Methods of identification of national constitutional identity », in *National Constitutional Identity and European Integration*, A. Saiz Arnaiz et C. Alcobarro Llivina (dir.), Cambridge/Anvers/ Portland, Intersentia, 2013, pp. 37-48.
- LAULHE SHAELOU, S., « Nous les peuples, l'identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, pp. 133-152.
- LEHMANN, P.-E., « Le respect de l'identité nationale des Etats membres », in *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?*, J.-C. Barbato et Y. Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.155-179.
- LEVADE, A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Ed. Pedone, 2010, pp. 109-129.
- LEVADE, A., « Identité nationale ou constitutionnelle », in *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe*, A. Levade, M. Fatin-Rouge Stéfani et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 187-206.

- LEVITS, E., « L'identité nationale des Etats membres selon l'article 4,§2, du T.U.E en tant qu'élément de la structure constitutionnelle de l'Union européenne » in *La Cour de Justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, A. Tizzano, A. Rossas et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.387-399
- H. LOPEZ BOFILL, « What is not Constitutional Pluralism in the EU : National Constitutional Identity in the German Lisbon Judgment », in *National Constitutional Identity and European Integration*, A. Saiz Arnaiz et C. Alcobarro Llivina (dir.), Cambridge/Anvers/ Portland, Intersentia, 2013, pp.221-242.
- MAYER, F.C., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgogues-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, p. 63-87.
- MAYER, F.C., « Van Gend en Loos : the Foundation of a Community of Law », *The Past and Future of EU Law*, M.Poiaras Maduro et L.Azoulai (dir.), Oxford, Hart publishing, 2010, pp.16-26.
- MOUTON, J.-D., « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Ed. Pedone, 2010, pp.145-155.
- MOUTON, J.-D., « Identité constitutionnelle et Constitution européenne », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, F. Berrod, J. Gerkrath et al (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.413-423.
- MOUTON, J.-D., « Le respect de l'identité nationale des États » in *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 451-460
- PERNICE, I., « Costa v. ENEL and Simmenthal : Primacy of European Law », *The Past and Future of EU Law*, M.Poiaras Maduro et L.Azoulai (dir.), Oxford, Hart publishing, 2010, pp.47-60.
- PESCATORE, P., « Van Gend en Loos, 3 February 1963- A view from within », *The Past and Future of EU Law*, M.Poiaras Maduro et L.Azoulai (dir.), Oxford, Hart publishing, 2010, pp.3-9.
- POTVIN-SOLIS, L. « CJCE, 5 février 1963, NV algemene Transport- en expeditie onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, aff. 26/62, Rec. P.3 », *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne*, C. Boutayeb (dir), Issy-les-Moulineau, LGDJ, 2014, pp.42-53.
- RITLENG, D., « Les Constitutions nationales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, F. Berrod, J. Gerkrath et al (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.491-510.

- ROUSSEAU, D., « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, pp.89-100.
- ROSSETTO, J., « La primauté du droit communautaire selon les juridictions françaises » in J. Rossetto et A. Berramdane (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, pp. 71-90.
- SCHRAUWEN, A., « Safeguarding National identity in Community Legislation », in *Interface between EU Law and National Law*, D. Obradovic et N. Lavranos (dir.), Groningen, Europa Law Publishing, 2007, pp. 107-130
- SIMON, D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, pp. 27-43.
- TOMUSCHAT, C., « The Defence of National Identity by the German Constitutional Court », in *National Constitutional Identity and European Integration*, A. Saiz Arnaiz et C. Alcobarro Llivina (dir.), Cambridge/Anvers/ Portland, Intersentia, 2013, pp.205-218.
- VANCRAYEBECK, L., « VIII.2. Le conflit traité-Constitution » in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. Van Drooghenbroeck (dir.), coll. « Les grands arrêts de la jurisprudence belge », Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 282-293.
- VIALA, A., « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Ed. Pedone, 2011, pp.7-24.
- WENDEL, M., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur l'évolution des traités européens. Un conte d'aiguilleurs et de gardiens de ponts », in *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, E. Lagrange, A. Hamann et J.-M. Sorel (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2012, pp.87-128.
- WENDEL, M., « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », in *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.231-260.

RAPPORTS

- DE GROOT, E., SPREUTELS, J., PEREMANS, E. et GOEDERTIER, G., « Rôle des cours constitutionnelles dans le maintien et l'application des principes constitutionnels », *Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique présenté au XVIIe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, Batumi, 29 juin -1 juillet 2017, 44p.

- BESSELINK, L., CLAES, M., IMAMOVIC, S. et REESTMAN, J.H., « National constitutional avenues for further EU integration », *Study for the European Parliament (Directorate General of Internal Policies, Policy Department, Citizen's rights and constitutional affairs)*, Doc. PE 493.046, 2014, Brussels, 282p.

ACTES DE COLLOQUES ET DISCOURS

- DEROSIER, J.-P., « Le Noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne. Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *VIIIe Congrès de l'AFDC*, Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011, 27p.
- DUBOS, O., « Inconciliable primauté. L'identité nationale: sonderweg et self-restraint au service du pouvoir des juges? » in Colloque des 18 et 19 décembre 2009 *La conciliation entre les droits et libertés dans les ordres juridiques européens* 10^e journées du Pôle européen J. Monnet, Faculté de droit de Metz, p.429-443.
- MAZEAUD, P., *L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives*, Colloque de Venise du 16 décembre 2006, p. 2, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.
- MAZEAUD, P., *Vœux du Conseil constitutionnel au président de la République*, 3 janvier 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

AUTRES :

- FARAGUNA, P., « A living Constitutional identity : the Contribution of Non-Judicial Actors », *Jean Monnet Working Paper* 10/15, 2015, 75p. Disponible sur <https://jeanmonnetprogram.org/paper/a-living-constitutional-identity-the-contribution-of-non-judicial-actors/> (consulté le 29 avril 2018).