Extrait de l'ouvrage : L'identité constitutionnelle saisie par les juges en europe

Sous la dir. de Laurence Burgorgue-Larsen
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2011
Ean : 978-2-233-00623-3

L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE EN QUESTION(S)

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris I)[*]

Imaginons un instant que Gustave Flaubert, dans son *Dictionnaire des idées reçues*[1], ait eu l'idée saugrenue d'intégrer une entrée consacrée à l'identité constitutionnelle. Qu'aurait-il bien pu y mettre ? Du plus fou au plus sage on pourrait imaginer les termes suivants : « *Delirium* national, voire nationaliste. Lubie dogmatique des professeurs de droit. Carte d'identité des Etats nations. Variation moderne de l'idée de souveraineté ». Bref, si Flaubert se serait assurément amusé, aurait-il pensé aux juges ? Ceux-ci étaient-ils si fondamentaux à l'époque où le grand écrivain sévissait ? Rien n'est moins sûr. De nos jours, le constat ne fait place à aucun doute. Le juge, *les* juges sont devenus des acteurs du jeu politique, comme les diplomates ou les parlementaires et ce à toutes les échelles du pouvoir politique, national mais également européen. Ils ont saisi à bras le corps le concept d'identité constitutionnelle aidés en cela par l'« air du temps », celui d'un certain traité de révision qui les y invitait dès 1992 alors qu'il mettait en orbite l'Union européenne[2]. Cela ne voulut pas dire que tout était clair et limpide… En effet, l'identité constitutionnelle, bien qu'« à la mode »[3], pose problème : elle interpelle, elle étonne, elle agace ; bref, elle est en question (s)[4]. Car enfin, qui aurait pu penser qu'après les êtres humains – dont on sait que le droit international des droits de l'homme leur reconnaît un « droit à l'identité »[5] –

[*] Directeur adjoint de l'Institut de Recherche en droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIES).

[1] G. FLAUBERT, *Dictionnaire des idées reçues. Bouvard et Pécuchet*, Introduction par Raymond Queneau, Paris, Incidences, 1947, 471 p.

[2] Ancien article F§2 du Traité sur l'Union européenne tel qu'adopté à Maastricht.

[3] D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence communautaire », cet ouvrage, p. 27.

[4] Cette formule, qui est également le titre des conclusions, fait écho au titre de l'ouvrage publié sous la direction de Dominique ROUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel en questions*, Paris, L'Harmattan, 2004, 173 p.

[5] Il est intéressant ici de rappeler que certains traités internationaux consacrent *expressis verbis* le « droit à l'identité » à l'instar de l'article 8 de la convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (convention de New York). En ce qui concerne le système européen de garantie des droits, on sait que la convention de 1950 ne dispose pas de clause spécifique en ce domaine ; partant, la Cour de Strasbourg a mobilisé l'article 8 de la convention (droit à la vie privée et familiale) afin d'identifier l'ensemble des éléments permettant d'individualiser les individus en société (nom, prénom, domicile mais également identité sexuelle, origine), voir à ce sujet la synthèse de F. GRANET-LAMBRECHT, « Droit à l'identité », *in* J. ANDRIANTSIMABAZOVINA et *al.* (dir.),

www.pedone.info

Extrait de l'ouvrage : L'identité constitutionnelle saisie par les juges en europe

Sous la dir. de Laurence Burgorgue-Larsen © Editions A. PEDONE – PARIS – 2011
Ean : 978-2-233-00623-3

des entités « construites » à l'instar des Etats puissent s'enorgueillir de détenir et de défendre une identité ? De l'identité revendiquée (politiquement) serait-on en passe d'assister à l'émergence d'une identité protégée (juridiquement) au profit des Etats ? On pressent ici les liens étroits avec la « proposition doctrinale » lancée par Jean-Denis Mouton consistant à se demander si les Etats ne sont pas titulaires de « droits fondamentaux »[6] ou encore à la vision d'Olivier Beaud selon laquelle les Etats membres jouiraient d'un « droit à l'existence politique » qui se déclinerait en une série de droits opposables à l'Union[7]. Dans ce contexte d'ébullition doctrinale, à la question de savoir ce qu'*est* l'identité constitutionnelle les diverses analyses de droit comparé de cet ouvrage démontrent ce qu'une intuition générale laissait présager : il s'agit d'un concept insaisissable (I). L'aporie analytique n'est pas pour autant entièrement au rendez-vous car – et c'est sans doute quelque peu réconfortant et somme toute logique – ses fonctions sont quant à elles plus aisément identifiées (II).

I. L'INSAISISSABLE CONCEPT D'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE

C'est la polysémie du terme qui engendre dans un premier temps la perplexité et la difficulté pour l'appréhender de façon univoque. Cette indétermination ne s'arrête pas au *sens* du concept (A), mais se développe et se répand pour ne pas dire se diffuse également au niveau de son *contenu* dès que l'on plonge dans l'analyse de ce que les juges en ont fait (B).

Dictionnaire des droits de l'homme, Paris, PUF, 2008, pp. 497-499. Alors que la convention américaine des droits de l'homme, à l'image du texte européen, ne contient pas de base juridique consacrant *expressis verbis* un « droit à l'identité », la Cour interaméricaine – dans la très importante affaire *Gelman* [Cour IDH, 24 février 2011, Fond et réparations, *Gelman c. Uruguay*, Série C n°221] – a signalé que les droits au nom (article 18), à la nationalité (article 20) et à la protection de la famille (article 17) pouvaient être des dispositions juridiques pertinentes afin de protéger le droit à l'identité (§122). On soulignera ici que l'affaire *Gelman* concerne un sujet particulièrement douloureux, *i.e.* le destin des enfants de disparus, enlevés et confiés à des familles de militaires ou de policiers qui les élevèrent comme leurs enfants en leur cachant leur origine. La Cour a franchi un pas important en affirmant que « la soustraction, la suppression et la substitution d'identité [de l'enfant enlevé] (…) peuvent être qualifiés de *forme particulière de disparition forcée* de personnes », Cour IDH, 24 février 2011, Fond et réparations, *Gelman c. Uruguay*, Série C n°221, §132 (c'est nous qui soulignons).

[6] J.-D. MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de J-C Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 473-476. Sa « proposition doctrinale » – non exempte d'objections théoriques fortes – est néanmoins très stimulante et a donné lieu à une recherche collective qui l'est tout autant, J.-C. BARBATO, J.-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité,* Bruxelles, Bruylant, 2010, 332 p. (Col. droit de l'Union). On lira notamment avec intérêt la belle synthèse de S. BARBOU DES PLACES, « Les droits fondamentaux des Etats membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale », pp. 289-326.

[7] O. BEAUD, *Théorie de la Fédération,* Paris, PUF, 2007, pp.322 à 328. Du même auteur, pour une explication des raisons qui ont conduit à l'écriture de son livre et pour une présentation « pédagogique » de celui-ci, v. « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », *in* F. ESPOSITO, N. LEVRAT (dir.), *Europe : de l'intégration à la Fédération*, Université de Genève, Academia-Bruylant, 2010, pp.71-103.

www.pedone.info