

L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE CONVENTIONNELLE

DAVID SZYMCZAK

*Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux**

« L'identité n'est pas donnée une fois pour toutes, elle se construit et se transforme tout au long de l'existence »¹. Ce constat qui paraît pouvoir caractériser un individu, peut-il s'appliquer également à un Etat, dès lors que l'on aborde le thème, aussi actuel que sensible, de l'identité constitutionnelle ? Et, si tel est le cas, le droit européen des droits de l'homme ne participe-t-il pas, en définitive, à la formation et/ou à la transformation de l'identité constitutionnelle des Etats parties ? Question iconoclaste dans la mesure où, en première approche, la notion d'identité renvoie plutôt à une « construction endogène », à ce qui détermine chaque personne et permet en conséquence de la distinguer des autres². Mais se distinguer des autres n'implique-t-il pas nécessairement de se confronter à eux, activement ou passivement ? Or, dans cette approche « exogène » de l'identité constitutionnelle, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme occupe, selon nous, une place de premier plan, si ce n'est au titre « d'acteur », du moins dans le rôle « d'arbitre ». Reste que l'objet de la présente contribution n'est évidemment pas de déterminer en quoi consiste l'identité constitutionnelle des Etats, ce qui constitue en soi déjà une gageure³, mais de confronter cette dernière à la Convention européenne et, plus précisément, de déterminer la façon dont elle est appréhendée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Une nouvelle difficulté se présente alors, car même avec du recul, il demeure malaisé de définir avec précision ce qu'est l'identité constitutionnelle telle que « saisie par la jurisprudence conventionnelle ». En premier lieu, l'identité constitutionnelle est une notion par essence « contingente ». Au-delà de certains

* CRDEI-EA 4193

¹ A. MAALOUF, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998, 189 p.

² Dans le *Petit Larousse*, le terme « identité » est défini comme le « caractère permanent et fondamental de quelqu'un, d'un groupe ». Dans son acception psychologique, il renvoie à « a conviction d'un individu d'appartenir à un groupe social, reposant sur le sentiment d'une communauté géographique, linguistique, culturelle et entraînant certains comportements spécifiques ».

³ En ce sens A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique », cet ouvrage, *supra*.

DAVID SZYMCZAK

traits communs à l'ensemble des Etats européens⁴, il y a dans l'absolu autant d'identités constitutionnelles que d'Etats parties à la Convention. Par exemple, lorsque le président Mazeaud assimile l'identité constitutionnelle aux fondements de la République française⁵, l'approche n'a évidemment guère de sens pour le Royaume-Uni et les autres monarchies constitutionnelles du Conseil de l'Europe. En second lieu, l'identité constitutionnelle est une notion « floue » qui relève davantage de la sphère politique que de la sphère juridique. Ce qui s'explique en partie par le contexte ayant présidé à son élaboration : concept avant tout défensif et n'apparaissant en définitive que lorsqu'elle est menacée⁶, l'identité constitutionnelle n'a pas vraiment intérêt à être identifiée avec précision. De telles « ambiguïtés génétiques » se retrouvent à l'évidence dans le droit de l'Union européenne lorsqu'il s'efforce d'appréhender l'identité constitutionnelle de ses Etats⁷ et *a fortiori* lorsque l'Union tente de définir sa propre identité constitutionnelle⁸. Elles se rencontrent de manière tout aussi évidente lorsque l'on se penche sur la jurisprudence des quelques juridictions – notamment constitutionnelles – qui ont eu recours, explicitement ou implicitement, à l'argument de l'identité constitutionnelle. De fait, il n'y avait guère de raisons pour que cette notion soit plus claire dans le cadre de la Convention européenne...

En dernier lieu, le terme d'« identité constitutionnelle » ne figure nulle part dans le texte de la Convention ou de ses Protocoles, ni même dans la très abondante jurisprudence de la Cour de Strasbourg. En de rares occasions, mention est certes faite – soit par les requérants, soit par les Etats défendeurs, soit par la Cour européenne elle-même – de la notion « d'identité »⁹, celle-ci renvoyant alors selon les cas à l'identité nationale, religieuse, ethnique ou culturelle. Il n'en demeure pas moins que si ces « différentes identités » participent pour partie de la formation de l'identité constitutionnelle des Etats parties, elles n'épuisent pas cette dernière, ni ne permettent véritablement de la définir. Comment espérer dès lors saisir une notion qui non seulement paraît en

⁴ D. ROUSSEAU, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 27.

⁵ P. MAZEAUD, « Vœux du Président du Conseil constitutionnel le 3 janvier 2005 », *JCP A*, n° 3, 17 janvier 2005, p. 1035. Selon lui, la formule « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » a pour fonction d'éviter que ne soit remis en cause « ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. [...] ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme 'inhérent' : crucial et distinctif. Autrement dit : essentiel à la République ».

⁶ C. GREWE, J. RIDEAU, « 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, p. 319.

⁷ En ce sens D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence communautaire », cet ouvrage, *supra*.

⁸ V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales - Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie », in *L'Union européenne : union de droit, unions des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 79.

⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 17 février 2004, *Gorzelik et autres c/ Pologne* ; Cour EDH., Gr. Ch., 16 mars 2006, *Ždanoka c/ Lettonie*.

L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE CONVENTIONNELLE

soi « insaisissable », mais qui, en outre, n'est même pas formellement présente dans l'ordre juridique considéré ? Fort heureusement, un détour par l'identité constitutionnelle telle qu'elle a pu être appréhendée par le Conseil constitutionnel français depuis 2004-2006¹⁰, et plus indirectement par la Cour de justice¹¹, peut faire office de « porte d'entrée » dans la réflexion. Il n'est certes pas possible d'opérer une parfaite analogie, chaque ordre juridique et chaque rapport de systèmes ayant ses spécificités. Cependant, de nombreuses similitudes existent – ne serait-ce que lorsque la garantie des droits fondamentaux est en jeu¹². Dès lors, la confrontation des droits nationaux au droit de l'Union européenne constitue un point d'appui permettant de tenter d'identifier, par homothétie, ce qui pourrait relever de l'identité constitutionnelle « au sens » de la Convention européenne.

Dans cette optique, un intérêt particulier semble pouvoir être accordé à l'article 4 du traité sur l'Union européenne (TUE), lequel prévoit que « l'Union respecte l'identité nationale [des Etats] inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale ». En se référant à la démonstration d'Anne Levade¹³, le premier membre de phrase correspondrait à « l'identité structurelle » des Etats, tandis que le second renverrait à leur « identité fonctionnelle ». La présente disposition laisse toutefois dans l'ombre l'essentiel, à savoir la question des valeurs sous-jacentes à l'identité constitutionnelle des Etats ou, pour le dire autrement, celle de leur « identité substantielle ». Car si cette dernière recoupe pour partie les « valeurs communes » de l'Union européenne telles qu'elles sont expressément rappelées par les traités, l'identité constitutionnelle renvoie aussi à des « valeurs proprement nationales » que les Etats membres chercheront à préserver et qu'il semble illusoire de vouloir lister à l'avance.

Dans une large mesure, un tel « triptyque » semble pouvoir se retrouver dès lors que l'on appréhende le droit de la Convention et la jurisprudence de son interprète principal. En première approche pourtant, on pourrait être tenté de croire que les conflits entre la Convention et les ordres constitutionnels des Etats parties ont vocation à être plutôt rares. D'une part, en raison de la forte

¹⁰ Cons. cons., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; Cons. const., décision n° 2005-540 DC du 27 juillet 2006, « *Loi DADVSI* ». V. aussi E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n° 10, p. 451.

¹¹ A. LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable », in *L'Union européenne : union de droit, unions des droits, Mélanges en l'honneur Philippe Manin*, op. cit., p. 109. V. aussi CJCE, Gr. Ch., arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, *Rec.* 2008 p. I-9999 ; CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Illonka Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09 (non encore publié).

¹² CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, *Rec.* 2004 p. I-9609.

¹³ A. LEVADE, « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne ? », *ADE*, Vol. II, 2004, p. 173.

DAVID SZYMCZAK

convergence qui existe entre les catalogues constitutionnels et conventionnels de droits fondamentaux ; d'autre part, car comme l'expliquait Ronny Abraham il y a près de vingt ans, la Convention européenne des droits de l'homme affiche une apparente neutralité à l'égard de la structure constitutionnelle des Etats parties¹⁴. Par exemple, il importe peu qu'un Etat soit une République ou une Monarchie, un Etat fédéral ou un Etat unitaire, qu'il repose sur un régime présidentiel ou sur un régime parlementaire... du moment qu'il respecte la prééminence du droit et qu'il garantisse les droits de la Convention à toute personne placée sous sa juridiction. Une telle neutralité se manifeste d'ailleurs *ab initio*, la Convention ne prescrivant pas – contrairement au droit de l'Union européenne – une obligation d'incorporation ou encore un rang hiérarchique déterminé. *A priori*, l'identité constitutionnelle serait donc peu susceptible d'être remise en cause par la Convention européenne, *ultima ratio* qui non seulement repose sur le principe de subsidiarité mais qui en outre semble exclure de son champ d'application la plupart des questions constitutionnelles¹⁵.

En seconde approche toutefois, ce principe de neutralité tend assez souvent à devenir l'exception et « l'indifférence » cède alors le pas à d'autres types de rapports entre les organes conventionnels de contrôle et les divers droits nationaux. « L'autonomie constitutionnelle » se retrouve ainsi « aux prises » avec la Convention¹⁶ et les Etats parties perdent en cette occasion la possibilité de définir librement ce qui relève de leur identité constitutionnelle. Deux cas de figure peuvent cependant se présenter. Dans certaines affaires, la nécessité de préserver son identité constitutionnelle a pu constituer un « argument de défense » efficace pour un Etat désireux de justifier une atteinte à la Convention. En résulte alors une « prise en compte positive de l'identité constitutionnelle » par la Cour de Strasbourg, respectueuse des intérêts essentiels de l'Etat et/ou de ses particularismes. Cependant, la Cour européenne ne reconnaît pas d'« exception constitutionnelle » permettant aux Etats de déroger, par principe, aux droits de la Convention « *au nom* » de leur Constitution¹⁷. En découle alors parfois une « *prise en compte négative de l'identité* », justifiée par la garantie effective des droits. C'est à cette aune et sous cette limite que peut s'envisager la façon dont le juge européen appréhende l'identité constitutionnelle. Ou, pour le dire encore autrement, la Cour de Strasbourg viendra, en fonction des affaires, tantôt valoriser l'identité constitutionnelle (I), tantôt la neutraliser (II).

¹⁴ R. ABRAHAM, « Les incidences de la CEDH sur le droit constitutionnel et administratif des Etats parties », *RUDH*, 1992, p. 409

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'Homme », *RBDC*, 2001, p. 31.

¹⁷ Cour EDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*.