

**IDENTITE CONSTITUTIONNELLE ET EXIGENCE EXISTENTIELLE
COMMENT CONCILIER L'INCONCILIABLE**

Anne LEVADE

*Professeur de droit public à l'Université Paris 12
(Université Paris Est)*

Sans « équivalent dans le passé et dans le présent »¹, la construction européenne² l'est sans conteste au regard de la problématique des rapports de système. Alors que « les juristes, qui recherchent toujours le 'classement', peinent à l'inscrire dans une catégorie préexistante et vont quelquefois jusqu'à considérer qu'il s'agit d'un 'objet politique non identifié' »³, il n'est guère surprenant que l'Union européenne – et, avant elle, les Communautés européennes – ait significativement renouvelé ce que l'on peut considérer comme un classique des études juridiques.

Si depuis qu'existent des ordres juridiques se pose la question de leurs interactions, leur multiplication, consécutive au développement du droit international, conduit à ce que « les potentialités de conflits se sont multipliées, accrues par le fait que la plupart de ces systèmes extérieurs constituent, selon la formule de Strasbourg, 'des instruments vivants' qui évoluent à leur propre rythme »⁴. Ainsi est-on passé de l'étude de la simple coexistence des ordres juridiques étatiques à celle de leur articulation avec des systèmes et ordres juridiques extérieurs. Fort logiquement, l'irruption d'un nouveau système juridique était de nature à modifier la donne, et la spécificité de l'ordre juridique communautaire et de l'Union européenne⁵ ne pouvait que marquer de son empreinte les rapports qu'il entretient avec les ordres juridiques des Etats membres.

¹ Ph. Manin, *L'Union européenne, Institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, Pedone, 2005, § 1, p. 14.

² Par convention, on usera de l'expression « construction européenne » afin d'évoquer, depuis leur origine, les Communautés et l'Union européenne, cette dernière n'étant établie qu'en 1993 lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre, du traité de Maastricht du 7 février 1992.

³ Ph. Manin, *préc.*

⁴ J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC* 2007/1, p. 4.

⁵ On rappellera que « [t]raditionnellement, l'expression 'ordre juridique' est utilisée à l'égard de la Communauté européenne » et que « [c]omme tous les principes qui fondent l'ordre juridique découlent d'une construction jurisprudentielle, ils ne semblent s'appliquer qu'à la Communauté européenne et laisser de côté les deux autres 'piliers' de l'Union » (Ph. Manin, *préc.*, p. 483). On espère néanmoins ne pas trahir la pensée du dédicataire de ces lignes en considérant que les propos qui suivent peuvent, sans « prudence, être étendus à l'ensemble de l'Union » (*Ibid.*).

Particulièrement riche et abondante sur ce point, la doctrine a sans répit cherché à identifier les ressorts permettant aux juges, européen et nationaux, de pallier le désordre, d'éviter le conflit, d'ordonner le pluralisme⁶ et, pour tout dire, d'empêcher que l'« *harmonieuse unité du droit* »⁷ se trouve compromise. La question des éventuels conflits entre droit communautaire et législation nationale étant désormais - et dans tous les Etats membres - résolue au profit du premier, le débat s'est récemment vu haussé au niveau constitutionnel. Rares sont les auteurs qui, sans céder à la tentation de l'annonce d'une guerre des juges, ont privilégié une vision pacifiée des relations entre droit de l'Union européenne et droits constitutionnels nationaux. Le dédicataire de ces lignes est de ceux-là, qui, dès 2001, analysant, sur ce point, le décalage manifeste entre les jurisprudences administrative française⁸ et communautaire, estimait que : « *En termes de signification, cette divergence est importante, voire capitale. Mais, jusqu'à présent, aucun juge français n'a refusé de donner effet à une disposition de droit communautaire (ou de la Convention européenne) au motif d'une incompatibilité avec une disposition de nature constitutionnelle. Les effets pratiques de la divergence sont donc faibles et ont toutes les chances de le rester* »⁹.

C'est dans un esprit d'égal apaisement que l'on entend inscrire le propos qui suit, car s'il est vrai que les données du problème ont, en quelques années et dans l'ensemble des Etats membres, considérablement changé, le constat demeure inchangé.

La perspective, aujourd'hui délaissée, que l'Union européenne soit instituée – ou ré-instituée – sur le fondement d'un traité unique « *établissant une Constitution pour l'Europe* »¹⁰ a indiscutablement fait évoluer la problématique, donnant - à tort d'un strict point de vue juridique - le sentiment que les rapports de système entre l'Union nouvelle et ses Etats membres pourraient se muer en un conflit inter-constitutionnel. Il en est résulté une série d'arrêts et décisions¹¹ par laquelle juges nationaux et Cour

⁶ M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951.

⁷ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI* 1926-IV, p. 280.

⁸ CE, Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n° 200286 et 200287.

⁹ Ph. Manin, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs* 2001, n° 96, p. 59.

¹⁰ Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, *JOUE* C 310 du 16 décembre 2004.

¹¹ On fait ici tout d'abord référence aux importantes décisions rendues, en France, par le Conseil constitutionnel depuis 2004, soit sur le fondement de l'article 61 de la Constitution (Conseil constitutionnel, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 2004-496 DC, *JORF* du 22 juin 2004, p. 11182 ; 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, 2004-497 DC, *JORF* du 10 juillet 2004, p. 12506 ; 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, 2004-498 DC, *JORF* du 7 août 2004, p. 14077 ; 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi No 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, 2004-499 DC, *JORF* du 7 août 2004, p. 14087 ; 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC, *JORF* du 2 avril 2006, p. 4964 ; 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information dite « loi DADYSI »*, 2005-540 DC, *JORF* du 3 août 2006, p. 11541 ; 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC, *JORF* du 8 décembre 2006, p. 18544 ; du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, 2008-564 DC, *JORF* du 26 juin 2008, p. 10228), soit dans le cadre du contrôle de l'article 54 de la Constitution (Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004-505 DC,

de Luxembourg ont, plus précisément que par le passé, identifié le cadre juridique de l'interpénétration des systèmes de droit. Aisément explicable par le contexte de *constitutionnalisation* de l'Union, la concomitance de ces jurisprudences ne suffit toutefois pas à justifier leur indéniable proximité substantielle ; c'est cette concordance que l'on voudrait s'essayer à décrypter.

Il serait évidemment déraisonnable autant que présomptueux de prétendre résumer à deux axes principaux ou deux apports majeurs une jurisprudence riche et complexe construite, décision après décision, par les juridictions de plusieurs systèmes juridiques. Il n'en demeure pas moins que l'ensemble de cette jurisprudence fait écho ou référence à deux idées qui, mises en relation, ouvrent la voie à une nouvelle appréhension de l'articulation des ordres juridiques européen et nationaux, spécialement à l'échelon constitutionnel.

D'une part, l'ordre juridique communautaire et, plus largement, de l'Union européenne ne pourrait être envisagé qu'à l'aune d'une « exigence existentielle »¹² : la primauté de son droit, entendue comme le moyen « de parvenir en pratique à l'effet direct et à une application uniforme dans tous les Etats membres »¹³. D'autre part et symétriquement, les ordres juridiques des Etats membres ne sauraient être appréhendés que dans le respect de leurs *identités constitutionnelles* respectives, que ladite *identité* soit - à défaut d'être définie - explicitement mentionnée¹⁴ ou simplement suggérée¹⁵.

JORF du 24 novembre 2004, p. 19885 ; 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 2007-560 DC, JORF du 29 décembre 2007, p. 21813), ainsi qu'à l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire *Arcelor* (CE, Ass. 8 février 2007, *Société ARCELOR Atlantique et Lorraine et autres*, req. n° 287110).

Doivent ensuite être évoquées des décisions comparables, rendues, entre autres, par le Tribunal constitutionnel espagnol (Trib. const. 13 décembre 2004, *DTC* n° 1/2004) et les Cours constitutionnelles allemande et italienne (Cour const. fédérale 13 mars 2007, *BVerfGE*, tome 118, p. 79 ; Cour const. ital. 24 octobre 2007, *GU*, S 348 et S 349/2007, 31 octobre 2007).

On songe enfin à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qui, à trois reprises au moins, a explicitement pris part au débat (CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, *Rec. p. I-9609* ; 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et al. c/ Premier ministre, ministre de l'écologie et du développement durable, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, C-127/07, non encore publié au Recueil ; 16 décembre 2008, *Michaniki AE c/ Ethnikp Symvoulia Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, C-213/07, non encore publié au Recueil).

¹² L'expression, d'origine doctrinale (P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Etudes des sources du droit communautaire*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1971, p. 177) a notamment été reprise par l'avocat général Poiras-Maduro dans les conclusions qu'il a présentées le 21 mai 2008 dans l'affaire *Arcelor* sur renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat français (« *La primauté du droit communautaire constitue donc bien une exigence existentielle de l'ordre juridique d'une Communauté de droit* », CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor*, *préc.*, pt. 16).

¹³ « *Tal primacia no se afirma como superioridad jerárquica sino como una 'exigencia existencial' de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados* » (*DTC* n° 1/2004 du 13 décembre 2004).

¹⁴ Le Conseil constitutionnel français fait, depuis une décision de juillet 2007, expressément référence aux « *règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* » en tant que limite au contrôle qu'il exerce du respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires (Cons. Const., 27 juillet 2006, *DADVSI*, *préc.*, cons. 20).

¹⁵ A titre d'illustration, on peut estimer que relève de l'identité constitutionnelle allemande la conception du principe de dignité de la personne humaine résultant de la Loi fondamentale allemande et sur le fondement de laquelle, dans l'affaire *Omega*, le juge de renvoi considérait comme invocable une raison

Légitimement, la tentation est forte de voir en cette dualité la source d'une opposition frontale entre le juge communautaire, exclusivement préoccupé par le respect de l'*exigence existentielle* caractéristique de l'ordre juridique dont il lui y incombe de faire respecter les normes, et les juges constitutionnels, tout entier dédiés à la préservation d'*identités constitutionnelles* que le droit communautaire et de l'Union européenne s'ingénierait à nier. La confrontation des notions conduirait alors, inévitablement, au constat d'un affrontement et la question de leur conciliation se révélerait insoluble autant qu'hypothétique. Au-delà du paradoxe, concilier l'inconciliable serait en définitive proprement impensable.

Fort heureusement, une tout autre analyse est possible. Peu éloignée de l'idée selon laquelle l'opposition systématique entre Cour de justice et juridictions constitutionnelles est un malentendu¹⁶, elle consiste à considérer que l'apparement inconciliable est, en réalité et par sa seule affirmation, d'ores et déjà sur la voie de la conciliation. Ainsi, jurisprudentiellement et à dessein mises en évidence, *exigence existentielle* et *identité constitutionnelle* constitueraient tout à la fois les fondements d'une conciliation virtuelle (I) et les instruments d'une conciliation raisonnée (II) entre ordre juridiques¹⁷.

I - Les fondements d'une conciliation virtuelle

Exigence existentielle de l'Union européenne et *identités constitutionnelles* des Etats membres ont en commun d'avoir été mises en lumière par des juridictions qui, au risque du conflit, ont préféré la possibilité de la conciliation. Chacune de ces juridictions révélant la spécificité de son ordre juridique, elles ont, tour à tour, identifié les fondements d'une différence de nature (A) ; positionnant ainsi chaque ordre juridique par rapport à l'ordre juridique réputé adverse, elles ont, symétriquement, dégagé les fondements d'une compréhension présumée (B).

A – Les fondements respectifs d'une différence de nature ou les ordres juridiques spécifiés

A la lecture des jurisprudences nationales et européenne, *identité constitutionnelle* et *exigence existentielle* sont bien davantage suggérées que consacrées ; si la première n'apparaît que tardivement – et, en des termes explicites, dans la seule jurisprudence constitutionnelle française¹⁸, la seconde n'est, quant à elle, jamais expressément

impérieuse d'intérêt général de nature à restreindre les libertés fondamentales du traité (en ce sens, v. les conclusions de l'avocat général Stix-Hackl, présentées le 18 mars 2004, dans l'affaire *Omega*, *préc.*, pts. 17-20).

¹⁶ F. Giorgi et N. Triart, « Juges nationaux, juges communautaires : invitation au voyage de l'autre côté du miroir. De la nécessité pour les juridictions de repenser les relations intersystémiques en dehors du principe hiérarchique », *Contribution pour la Sixième rencontre internationale des jeunes chercheurs*, Dublin, 16 et 17 octobre 2007 (disponible sur le site www.ucd.ie).

¹⁷ On entend par ordre juridique, « l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine » (C. Leben, « Ordre juridique », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1113).

¹⁸ Le Conseil constitutionnel considère, pour la première fois, dans une décision de juillet 2006, que la transposition d'une directive communautaire, bien que résultant d'une exigence constitutionnelle, « 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 » (Cons. Const., 27 juillet 2006, *DADYSI*, *préc.*,