

Faculté de droit et de criminologie

L'identité constitutionnelle des Etats membres face au projet d'intégration européenne : *quo vadis ?*

Point de vue de la Cour constitutionnelle belge en
comparaison avec l'Allemagne et la France

Auteur : Anaïs **BRUCHER**
Promoteur : Marc **VERDUSSEN**
Année académique **2018-2019**
Master en droit, finalité **Etat et Europe**

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

J'adresse ici mes remerciements à toutes celles et tous ceux qui m'ont aidée dans la réalisation de ce mémoire.

En premier lieu, je remercie très sincèrement mon promoteur, Pr. M. VERDUSSEN, pour sa confiance, sa disponibilité infaillible et ses conseils avisés.

Par ailleurs, le temps est précieux pour chacun mais il l'est encore davantage lorsqu'il nous est offert par ceux que nous chérissons. Je remercie mon père, E. BRUCHER, pour sa relecture fidèle, A. CLERET pour ses critiques sévères et chacun de mes amis dont les encouragements sont des présents quotidiens. Je mentionne ici spécialement L. VERVIERS pour son don de livre.

Enfin, quoiqu'involontaires et inconscients de leur effet, je remercie chacun des auteurs doctrinaux, juges, juristes et philosophes qui ont construit ma réflexion. La recherche intellectuelle ne fait pas le tout d'un homme mais elle est précieuse à penser le monde.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale	1
Titre I. Identité constitutionnelle de l'Allemagne et de la France face au processus d'intégration européenne	3
Chapitre I. Analyse du concept d'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande	3
Section I. Affirmation implicite de l'identité constitutionnelle allemande : le respect des droits fondamentaux et du principe de démocratie	4
Sous-section I. Protection des droits fondamentaux constitutionnellement garantis	4
§ 1. Décision <i>Solange I</i> du 29 mai 1974	4
§ 2. Décision <i>Solange II</i> du 22 octobre 1986	5
Sous-section II. Protection du principe constitutionnel de démocratie	7
§ 1. Première étape : lien entre le droit de vote des citoyens et le principe de démocratie ..	7
§ 2. Deuxième étape : lien entre le principe de démocratie et la clause d'éternité	8
Section II. Affirmation explicite de l'identité constitutionnelle allemande : la décision <i>Lisbonne</i>	8
Sous-section I. Émergence du concept d'identité constitutionnelle	9
§ 1. Clause d'éternité comme porte d'entrée vers l'identité constitutionnelle	9
§ 2. Composition de l'identité constitutionnelle	10
Sous-section II. Conséquences de l'arrêt <i>Lisbonne</i>	11
Chapitre II. Analyse du concept d'identité constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français	13
Section I. Préalables au concept d'identité constitutionnelle française : les « dispositions expresses contraires » et le fondement constitutionnel au principe de primauté	13
Sous-section I. Décision n°2004-496 du 10 juin 2004	14
§ 1. Première réserve de constitutionnalité face à l'exigence de transposition	14
§ 2. Portée limitée de la réserve de constitutionnalité	15
§ 3. Critiques de la décision	16
Sous-section II. Décision n°2004-505 du 19 novembre 2004	16
§ 1. Fondement constitutionnel au principe européen de primauté	17
§ 2. Compétences et fonctionnement de l'Union	18

Section II. Affirmation explicite de l'identité constitutionnelle française dans la décision <i>Droit d'auteur</i> n°2006-540 du 27 juillet 2006	18
Sous-section I. Raisonnement du Conseil constitutionnel	18
§ 1. Règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France	18
§ 2. « Sauf à ce que le Constituant y ait consenti »	19
Sous-section II. Contenu de l'identité constitutionnelle française	20
Conclusion intermédiaire : l'ère du pluralisme constitutionnel	22
Titre II. L'Union européenne et le respect de l'identité nationale des Etats membres	23
Chapitre I. Reconnaissance de l'identité nationale dans le droit primaire européen	24
Section I. Concept embryonnaire dans le Traité de Maastricht	24
Sous-section I. Naissance du concept	25
Sous-section II. Identité <i>nationale</i> et non <i>constitutionnelle</i> , un choix significatif ?	25
Section II. Essor du concept dans le Traité de Lisbonne	27
Sous-section I. Changement de formulation : clarification du contenu	27
Sous-section II. Repositionnement systémique du principe dans le Traité	29
Chapitre II. Reconnaissance de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne	30
Section I. Reconnaissance implicite de l'identité nationale dans le contentieux européen	30
Section II. Référence explicite au concept d'identité nationale dans les arrêts de la C.J.U.E.	31
Sous-section I. Arrêts <i>Sayn-Wittgenstein</i> et <i>Rundevic-Vardyn</i>	32
Sous-section II. Portée actuelle de la clause d'identité nationale	33
Conclusion intermédiaire : « Concilier l'inconciliable » ?	35
Titre III. Identité constitutionnelle de la Belgique comme nouvelle inconnue dans l'équation européenne	37
Chapitre I. Évolution de la réception du principe de primauté en Belgique	38
Section I. Belgique, pays europhile	38
Sous-section I. Position du Conseil d'Etat	38
Sous-section II. Cour de cassation	40
Sous-section III. Cour constitutionnelle	41
§ 1. Droit constitutionnel et droit primaire	41

§ 2. Droit constitutionnel et droit européen dérivé	42
§ 3. Quelle suite pour la jurisprudence de la Cour ?	43
Section II. Arrêt n° 62/2016 de la Cour constitutionnelle belge : indices de rupture ?	44
Sous-section I. Arrêt de rejet pour défaut d'intérêt à agir	44
§ 1. Raisonnement succinct de la Cour	44
§ 2. Particularité de ce rejet	45
Sous-section II. Limite(s) à la primauté du droit européen : l'identité constitutionnelle	46
§ 1. <i>Obiter dictum</i> inattendu	46
§ 2. « Identité nationale » et « valeurs fondamentales »	47
§ 3. Conséquences de l' <i>obiter dictum</i> : un potentiel important	49
§ 4. Conséquences de l' <i>obiter dictum</i> : une application concrète peu inquiétante	50
Chapitre II. Composition de l'identité constitutionnelle belge	52
Section I. Méthode choisie d'identification de l'identité constitutionnelle belge	52
Sous-section I. Défis propres à la Belgique	52
Sous-section II. Techniques d'identification de substitution	53
Section II. Ébauche de composition de l'identité constitutionnelle belge	54
Sous-section I. Structure fédérale belge et régime linguistique	55
§ 1. Structure fédérale belge	55
§ 2. Régime d'emploi des langues	56
Sous-section II. Autres éléments	57
§ 1. Aspects essentiels de l'Etat de droit démocratique	57
§ 2. Droits fondamentaux	58
§ 3. Valeurs fondamentales sous-jacentes	60
Conclusion intermédiaire : Un véritable discours identitaire ?	61
Conclusion générale	63
Bibliographie	66

INTRODUCTION GÉNÉRALE

De la civilisation Nazca, au travers des clans Khan, de l'Atlantique jusqu'au-delà de l'Oural, la quête d'identité a de tout temps transcendé l'humanité. Sur le continent européen, ce thème de « l'identité », lorsqu'il est rattaché à un Etat, a longtemps été réservé aux cénacles sociologiques et politiques sous les termes de souveraineté, d'indépendance, voire de démocratie nationale. Depuis quelques dizaines d'années cependant, la référence à l'identité pénètre également le champ juridique. Pour cause, un jeu d'échiquier géant au sein de l'Union européenne.

D'un côté du plateau d'échiquier, l'Union et ses institutions. Dès son arrêt *Costa c. E.N.E.L*¹ renforcé par sa jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft*,² la Cour de justice des Communautés européennes énonce le principe de la primauté absolue et inconditionnelle du droit européen, primaire et dérivé, sur l'ensemble du droit national des Etats membres. Or, lorsqu'il est combiné aux principes d'application uniforme et d'effet utile du droit européen,³ ce principe de primauté s'avère particulièrement invasif dans l'autonomie juridique des Etats membres, voire même indifférent vis-à-vis de leurs constitutions nationales. Il peut ainsi priver les juridictions nationales de la possibilité d'assurer le plein effet de leurs particularismes constitutionnels et exiger l'adoption de législations internes *ab initio* inconstitutionnelles qui présupposent une révision constitutionnelle.

De l'autre côté du plateau d'échiquier, les Etats membres. La restriction croissante de leur capacité d'action, la privation de leurs particularismes constitutionnels, combinées à de nombreuses dénonciations du « déficit démocratique » de l'Union, n'ont pas manqué de susciter progressivement des réactions nationales identitaires. Ce contexte européen a placé chacun des Etats membres face à une même question : « devons-nous tolérer que la Constitution puisse être violée parce que des Etats se sont mis à plusieurs pour le faire ? ».⁴ Certains Etats ont osé répondre par la négative. Par l'intermédiaire de leurs juridictions constitutionnelles, ils se sont progressivement mobilisés pour protéger leur *identité constitutionnelle*.

Quel est cet énigmatique concept d'identité constitutionnelle et sur quelles bases juridiques les juridictions constitutionnelles l'ont-elles développé ? Quelle en est la légitimité et quels en sont les dangers ? Le conflit ainsi manichéennement décrit est-il insurmontable ? L'Union européenne s'est-elle adaptée aux revendications identitaires des Etats membres ? Où la Belgique se situe-t-elle dans ce débat ?

Le présent mémoire propose une étude de la problématique qui se décline en trois titres.

¹ C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*, 15 juillet 1964, aff. C-6/64, <http://www.curia.europa.eu> (20 octobre 2018).

² C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, aff. C-11/70, <http://www.curia.europa.eu> (20 octobre 2018).

³ C.J.C.E., arrêt *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 22 octobre 1987, aff. C-314/85, *Rec. C.J.C.E.*, 1987, p. 04199 ; C.J.U.E., arrêt *Maximilian Schrems contre Data Protection Commissioner*, 6 octobre 2015, aff. C-362/14, www.curia.europa.eu (30 décembre 2018).

⁴ P. MARTENS, « Sur le juge constitutionnel. (Discours prononcé à l'occasion de la XIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes en juin 2002) », *Rev. fr. dr. constit.*, 2003/1 (n°53), p. 12.

Dans un premier Titre, nous analysons en deux chapitres l'émergence du concept de l'identité constitutionnelle au sein des deux juridictions constitutionnelles pionnières de ce phénomène : la Cour constitutionnelle fédérale allemande et le Conseil constitutionnel français. Ce sont en effet les premiers, avec l'Italie, à tracer les lignes de cette théorie identitaire. Chaque chapitre s'efforce de retracer l'évolution progressive du concept d'identité constitutionnelle au sein de chacune des deux juridictions, visant par là à mettre en lumière leurs sensibilités et revendications individuelles comme leurs préoccupations communes, qui ont inspiré une dizaine de juridictions constitutionnelles après elles.

Dans un deuxième Titre, le mémoire étudie la réaction de l'Union européenne face à ces revendications identitaires. Il analyse en deux chapitres la naissance de l'obligation, dans le chef de l'Union, de respect de l'identité nationale des Etats membres, dans les Traités fondateurs d'abord, et dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ensuite. L'essentiel de ce Titre est d'identifier si cette reconnaissance de l'obligation de respect d'identité nationale concilie les revendications nationales et européennes, et épouse un équilibre harmonieux des principes.

Enfin, un troisième Titre s'intéresse à la position de la Belgique dans ce débat. Tandis que celle-ci adopte traditionnellement, à l'instar d'autres petits Etats tels que les Pays-Bas et le Luxembourg, une position largement euro-enthousiaste, un arrêt n° 62/2016 rendu par la Cour constitutionnelle le 28 avril 2016 intrigue : les institutions européennes se doivent, dit la Cour, de respecter « l'identité nationale » et « les valeurs fondamentales » constitutionnelles belges. *Quid ?* Dans quelle mesure la Cour constitutionnelle belge s'est-elle inspirée de ses sœurs allemandes et française dans cet arrêt n° 62/2016 ? Cet arrêt marque-t-il une rupture inédite avec la tradition europhile de la Cour ? Le Titre III analyse ces questions dans un premier chapitre avant de proposer, dans un second chapitre, une ébauche de composition de cette identité constitutionnelle belge nouvellement énoncée.

Que le lecteur soit d'avance averti. L'identité constitutionnelle est un sujet très vaste dont il ne sera pas possible ici d'élucider tous les mystères. Ainsi, si « toute utilisation de la notion d'identité commence par une critique de cette notion », comme le soutenait C. LEVIS-STRAUSS,⁵ ce mémoire n'en entame toutefois pas de critique philosophique ou socio-politique et se concentre uniquement sur son aspect juridique – pour autant qu'il soit possible de détacher cet aspect des précédents. En outre, concernant cet angle juridique même, l'objectif est forcément restreint : sans prétendre à l'exhaustivité mais après avoir rassemblé le plus de contributions doctrinales et jurisprudentielles récentes et moins récentes possibles, il consiste à critiquer le phénomène général du discours d'identité constitutionnelle au sein de l'Union. Il est effectivement question de « phénomène » plutôt que de réelle « théorie » étant donné qu'au niveau national comme au niveau européen, de nombreuses zones d'ombres persistent autour de la question ; la voie est ainsi libre aux controverses doctrinales. Les positions qu'adopte cette étude n'engagent que leur auteur.

⁵ C. LÉVI-STRAUSS, (dir.), *L'Identité*, Séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Lévi-Strauss, professeur au Collège de France, 1974-1975, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2010, p. 331.

TITRE I

IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE L'ALLEMAGNE ET DE LA FRANCE FACE AU PROCESSUS

D'INTÉGRATION EUROPÉENNE

Le risque d'écrasement des normes nationales fondamentales par le principe de primauté du droit européen⁶ sur le droit constitutionnel s'est rapidement dévoilé aux yeux de certains Etats membres.⁷ Avant-gardiste, la Cour constitutionnelle italienne fut la première à réagir dans un arrêt *Frontini* du 27 décembre 1974. Elle y condamne avec fermeté toute atteinte « aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien ou aux droits inaliénables de la personne humaine »⁸ par les institutions européennes.

Quelques années plus tard, alors que cette décision identitaire italienne avait été digérée, voire banalisée, les réticences des Etats à l'égard de l'intégration européenne refont surface. La Cour constitutionnelle fédérale allemande⁹ et le Conseil constitutionnel français¹⁰ brandissent à leur tour des *controlimiti* en rempart contre l'envahissant projet européen : l'Union européenne devra respecter de leur « identité constitutionnelle ». Aujourd'hui, ce discours raisonne partout en Europe.¹¹ Quelle peut être la base juridique permettant à une Cour constitutionnelle de développer le concept d'identité constitutionnelle alors même que ce dernier ne figure pas dans le texte constitutionnel ? Ce Titre I se concentre sur le raisonnement fondateur de ces deux juridictions emblématiques de l'émergence du concept: la C.C.F.A. (chapitre I) et le Conseil constitutionnel (chapitre II).

CHAPITRE I

ANALYSE DU CONCEPT D'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE

DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE ALLEMANDE

En 1949, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la Loi fondamentale allemande prône une République fondée sur les principes de coopération internationale et d'assistance mutuelle¹² visant à « l'édification d'une Europe unie ».¹³ Elle ne mentionne pas l'identité constitutionnelle. C'est au travers

⁶ Aux fins de ce présent travail, l'expression « droit européen » est utilisée pour désigner l'ensemble du droit de l'Union européenne et l'ancien droit communautaire, à l'exclusion des actes juridiques du Conseil de l'Europe.

⁷ Pour une compréhension du principe de primauté, voy. M. WATHELET, « Le principe de primauté à l'aune de l'intégration européenne » in *Colloque du 31 mars 2014. La primauté du droit de l'Union européenne : intégration et valorisation du principe*, Revue Lexisnexis Jurisclasseur, Lille, juillet 2017, p. 5 ; T. DEBARD, « 3. CJCE, 15 Juillet 1964, Flaminio Costa c/ Enel, aff. 6.64, Rec. 11411 » in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne* (sous la dir. de M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT.), Paris, Thémis droit, PUF, 2010, pp. 15-20 ; voy. les conséquences du chef des juridictions nationales : C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l'Etat contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. C.J.C.E., 1978, p. 00629, §§ 16 et 21 ; T. DEBARD, « CJCE, 9 mars 1978, Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal, aff. 106/77, Rec. 629 » in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne* (sous la dir. de M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT.), Paris, Thémis droit, PUF, 2010, p. 83.

⁸ Cour constitutionnelle italienne, décision *Frontini* du 27 décembre 1973, n°183/73, 21 *Common Market Law Review* 372, 1974, cons. 9, confirmé dans sa décision *Granital* du 8 juin 1984, n°170/84, 21 *Common Market Law Review* 756, 1984.

⁹ Ci-après « C.C.F.A. ».

¹⁰ Ci-après « Conseil constitutionnel ».

¹¹ H. LÓPES BOFILL, « What is not constitutional pluralism in the EU : national constitutional identity in the German *Lisbon judgment* » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRÓ LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p. 223.

¹² 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, pp. 101 et 103-105.

¹³ Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 29 mai 1949, disponible en ligne en français sur le site www.bundestag.de (21 octobre 2018), art. 23, al. 1.

des décisions de la C.C.F.A. que l'on découvre ce concept, qui permet à cette dernière de démontrer très tôt que ses principes constitutionnels de coopération ne l'ont pas soumise à une déférence aveugle envers l'Union européenne.¹⁴

La décision emblématique de cette jurisprudence est la décision *Lisbonne* du 30 juin 2009 (Section II). Avant de l'analyser, il est utile de relever en quoi cette décision est en ligne droite avec la jurisprudence antérieure de la C.C.F.A. concernant le processus d'intégration européenne (Section I).

SECTION I

AFFIRMATION IMPLICITE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE : LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX ET DU PRINCIPE DE DÉMOCRATIE

Dès les années 1970, avant même la Cour constitutionnelle italienne, la C.C.F.A. entame le développement d'un mécanisme juridique érigeant face au projet européen certains éléments de la Loi fondamentale comme composantes d'un noyau constitutionnel inaliénable. Les premières normes brandies par la C.C.F.A. sont la protection des droits fondamentaux (sous-section I) et le respect du principe de démocratie (sous-section II).

SOUS-SECTION I

PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTIS

La première poche de résistance de la C.C.F.A. contre le principe de primauté absolue du droit européen est relative à l'importance des droits fondamentaux constitutionnellement garantis. Cela ne surprend guère, eu égard à l'importance qu'occupe la dignité humaine dans la Loi fondamentale. Il s'agit d'une décision *Solange I* du 29 mai 1974 (§ 1) suivie d'une décision *Solange II* du 22 octobre 1986 (§2).

§ 1. DÉCISION *SOLANGE I* DU 29 MAI 1974

Dans la décision *Solange I* du 29 mai 1974,¹⁵ est soulevée la question de savoir si les droits fondamentaux allemands peuvent être invoqués contre des actes de droit européen. La C.C.F.A. répond par l'affirmative. Elle se proclame prétoriennement compétente pour contrôler, par voie préjudicielle,¹⁶ la conformité du droit européen dérivé avec les droits fondamentaux constitutionnellement reconnus en Allemagne et ce, aussi longtemps que (« *so lange* » en allemand) l'Union européenne ne se sera pas dotée d'un catalogue de droits fondamentaux,¹⁷ adopté par un Parlement, dont le niveau de protection est équivalent à celui assuré par la Loi fondamentale allemande.¹⁸

¹⁴ Le terme « Union européenne » est utilisé dans ce présent mémoire, à des fins de clareté, afin de désigner les réalités tant des Communautés européennes de 1951 que de l'Union européenne ultérieurement développée.

¹⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271 (279 et s.), disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html> (consulté le 18 octobre 2018); disponible en français dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, p. 317.

¹⁶ 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(3-4), 2015, p. 477.

¹⁷ En 1970, le droit européen est essentiellement axé sur le développement du marché dit 'commun' et ne comprend aucune disposition de protection des droits fondamentaux. Tout au plus, la C.J.C.E. avait-elle déclaré dans un arrêt *Stauder*, confirmé dans un arrêt *Nold*, que les droits fondamentaux étaient des principes généraux de droit communautaire. Voy. C.J.C.E., arrêt *Erich Stauder contre Ville d'Ulm*, *Sozialamt*, 12 novembre 1969, aff. C-29/69, *Rec. C.J.C.E.*, 1969, p. 00419 et C.J.C.E., arrêt *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, p. 00491, spec. § 13.

¹⁸ F. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN), Paris, Pedone, 2011, p. 64.

Dans ce contexte, la C.C.F.A fait pour la première fois référence à l'idée d'identité constitutionnelle. Elle affirme que si l'article 24, §1 de la Loi fondamentale désigne la Fédération allemande comme compétente pour transférer des droits souverains à des institutions internationales, en ce compris européennes, cette ouverture à la supranationalité n'est toutefois pas illimitée. L'article 24 doit « être interprété dans le cadre de l'ensemble de la Loi ».¹⁹ Conséquemment, la participation allemande à la construction européenne ne peut pas mener à une modification, sans révision constitutionnelle, de « la structure fondamentale de la Constitution sur laquelle repose son identité ».²⁰ Sont visés particulièrement les droits fondamentaux, qui composeraient « une partie essentielle et irrésistible de la Constitution ».²¹

Dès 1974, la C.C.F.A. envoie de la sorte un avertissement clair, et surprenant, à la Cour de justice des Communautés européennes²² : les principes structurels inaliénables de la Loi fondamentale ne céderont pas le passage aux normes européennes.²³ La portée de cette décision *Solange I* a toutefois été ténue par les sévères critiques dont elle fait l'objet ; elle est en soi contraire au droit européen. D'une part, seule la C.J.C.E. est habilitée à contrôler la licéité des actes de droit européen. D'autre part, compte de tenu du niveau de développement de la Communauté européenne en 1974, il était difficilement concevable qu'elle jouisse d'un Parlement capable de jouer un rôle puissant de protection des droits fondamentaux.²⁴

§ 2. DÉCISION *SOLANGE II* DU 22 OCTOBRE 1986

Suite à *Solange I*, la C.J.C.E. – soucieuse d'éviter de véritables conflits avec les Etats membres – a continué à développer sa jurisprudence de protection des droits fondamentaux.²⁵ Ces progrès amènent la C.C.F.A. à reconnaître en 1986, dans la décision *Solange II*,²⁶ que la protection des droits fondamentaux par le droit européen équivaut désormais « pour l'essentiel » à la protection qui leur est assurée par la Loi fondamentale.²⁷ Renversant sa formule de 1974, la Cour suspend tout contrôle constitutionnel du droit européen dérivé au regard des droits fondamentaux constitutionnels aussi longtemps que (« *so lange* ») les normes européennes en assurent une protection équivalente.²⁸

¹⁹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, *Solange I*, *op. cit.*, § 43.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, § 44.

²² Ci-après « C.J.C.E. ».

²³ 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, p. 653.

²⁴ 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, p. 19. Par ailleurs, la décision est également critiquable au niveau du droit constitutionnel allemand. En effet, la C.C.F.A. a été amenée à connaître de l'acte européen de droit dérivé par le mécanisme de renvoi préjudiciel en application de l'article 100.1 de la Loi fondamentale. Cette loi n'autorise toutefois un tribunal à surseoir à statuer et à soumettre une question à la Cour fédérale que dans l'hypothèse où une loi lui semble contraire à la Loi fondamentale, et non pas un acte européen de droit dérivé.

²⁵ D. HANF, « L'encadrement constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 656.

²⁶ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html> (consulté le 18 octobre 2018) ; disponible en français dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1987, p. 537.

²⁷ La C.C.F.A. a analysé tant la jurisprudence de la C.J.C.E. que les déclarations politiques faites par le Parlement, la Commission et le Conseil européen. Voy. Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH, 5 avril 1977, J.O.C.E., 27 avril 1977, n° C 103, p. 1 et Déclaration sur la démocratie du Conseil européen de Copenhague, 7 et 8 avril 1978, *Bulletin des Communautés européennes*, 1978, n°3, p. 5.

²⁸ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2013, p. 69.

Cette décision a souvent été interprétée, à tort, comme un revirement complet de la jurisprudence *Solange I*. En réalité, cet ajustement de jurisprudence s'inscrit dans la même logique de raisonnement : l'autorité du droit européen dans l'ordre juridique national découle de l'article 24 de la Loi fondamentale et les juges de Karlsruhe ne s'abstiennent d'effectuer un contrôle du droit européen qu'en raison du fait que l'Union ait rendu ce contrôle inutile, mais non impossible. La C.C.F.A. prend ainsi soin de préciser que « l'habilitation au titre de l'article 24, § 1 de la Loi n'est (...) pas sans avoir des limites constitutionnelles. Cette disposition n'autorise pas en effet à aliéner, par le biais de l'attribution de droits souverains à des institutions interétatiques, l'identité de l'ordre constitutionnel de la République ». ²⁹

Par ailleurs, nous invitons le lecteur à la méfiance. Dans ses lectures annexes, en particulier dans la doctrine française, il pourrait être confronté à la critique selon laquelle le raisonnement de la Cour tenu dans *Solange II* n'est pas logique en ce qui concerne le concept même d'identité constitutionnelle. De fait, l'identité constitutionnelle impliquerait que certains éléments de la Loi soient propres à l'ordre constitutionnel allemand. Or, si les droits fondamentaux peuvent également être protégés par l'Union, ils n'auraient plus rien « d'uniques » au niveau national. ³⁰ Nous contestons cet argument. Le mode d'identification de l'identité constitutionnelle « par distinction » est issu d'un mode de réflexion typiquement français, développé par le Conseil constitutionnel dès 2004 (voy. *infra*). Il est regrettable de tomber sous le coup de la tentation apologétique et de reproduire auprès d'autres juridictions constitutionnelles un mode de raisonnement développé sous notre propre ordre juridique. Par ailleurs, à titre personnel, nous ne comprenons pas en quoi un élément qui serait partagé par plus d'un Etat membre ne pourrait pas être perçu par l'un d'entre eux comme inhérent à son identité.

Que cette jurisprudence *Solange* ait paru innovante ou très critiquable, notons qu'elle est de toute façon aujourd'hui largement neutralisée. Dans un arrêt *Bananes* du 7 juin 2000 ³¹, la C.C.F.A. précise que le caractère comparable de standards de protection des droits fondamentaux ne requiert par un alignement parfait entre le modèle allemand et le modèle européen ³² et qu'un simple écart occasionnel n'entraîne pas un refus d'application du droit européen dérivé. Un contrôle des droits fondamentaux par les juges de Karlsruhe n'aura ainsi lieu que si l'Union change profondément de nature. Or, un tel changement est improbable considérant que, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ³³ la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – élevée au rang de droit primaire ³⁴ – est le catalogue le plus moderne de protection des droits fondamentaux. ³⁵ La réserve de constitutionnalité de la C.C.F.A. en matière de droits fondamentaux a donc aujourd'hui perdu quasiment tout effet utile. ³⁶

²⁹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339 (375 et s.) § 104. Nous soulignons.

³⁰ Voy. F. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans (...) », *op. cit.*, p. 66.

³¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 7 juin 2000, *Bananenmarktordnung*, BVerfGE 102, 147, disponible en allemand et en anglais sur https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2000/06/ls20000607_2bvl000197en.html (21 octobre 2018).

³² P. BENDER, « *Solange III* ? La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015 située dans le contexte de son contrôle d'intégration », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2016/1, p. 99.

³³ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, approuvé par la loi du 19 juin 2008, *M.B.*, 19 février 2009, p. 15048 (ci-après « T.U.E. »).

³⁴ T.U.E., art. 6.

³⁵ P. BENDER, « *Solange III* ? (...) », *op. cit.*, 2016/1, p. 99.

³⁶ La C.C.F.A. a rappelé depuis lors sa jurisprudence neutralisante. Voy. notamment Cour constitutionnelle fédérale allemande, ord., *Mandat d'arrêt*, 15 décembre 2015, aff. 2, BvR 2735/14, disponible en allemand et en anglais sur https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.html (consulté le 18 octobre 2018).

L'intérêt de cette ligne de jurisprudence tient toutefois en cette première manifestation vivace, dès 1974, de l'identité constitutionnelle en tant que limite de la participation à l'intégration européenne.³⁷

SOUS-SECTION II

PROTECTION DU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE DÉMOCRATIE

Si le discours allemand de méfiance identitaire a pu s'estomper dans la décision *Bananes*, il ressurgit avec vigueur quelques années plus tard. L'adoption du Traité de Maastricht en 1992³⁸ génère en effet une inquiétude générale dans le chef des Etats membres de voir leur essence évincée par le développement important de la « nouvelle Europe » et sa création de la citoyenneté européenne, son transfert inédit de nouvelles compétences de défense, de police et de justice, combiné à la perte de souveraineté monétaire des Etats.³⁹ La C.C.F.A. est particulièrement réceptive à ces alarmements. Saisie d'un recours contre la loi allemande d'assentiment au Traité, elle érige dans sa décision *Maastricht* du 12 octobre 1993⁴⁰ une seconde réserve de constitutionnalité face aux exigences européennes : le respect du principe de démocratie. Le raisonnement de la Cour s'analyse en deux étapes.

§ 1. PREMIÈRE ÉTAPE : LIEN ENTRE LE DROIT DE VOTE DES CITOYENS ET LE PRINCIPE DE DÉMOCRATIE

Le raisonnement de la C.C.F.A. démarre lors de son examen de la recevabilité du recours dont elle est saisie par des particuliers.⁴¹ Elle estime ce recours recevable en ce qu'il allègue une violation par la loi d'assentiment au Traité de Maastricht du droit de vote et d'éligibilité des requérants au *Bundestag* – consacré à l'article 38 de la Loi fondamentale –,⁴² en raison d'un transfert excessif de droits souverains vers la Communauté européenne.⁴³ De fait, la C.C.F.A. déduit du libellé procédural de l'article 38 de la Loi un droit de tout citoyen d'élire un *Bundestag* pleinement opérationnel, *i.e.* qui n'est pas privé de la substantialité de ses pouvoirs.⁴⁴ Ainsi, toute atteinte au droit de vote du citoyen est une atteinte au principe de démocratie.⁴⁵

³⁷ F. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans (...) », *op. cit.*, p. 64.

³⁸ Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, J.O., n° C 191 du 29 juillet 1992. (Ci-après « Traité de Maastricht »).

³⁹ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et (...)*, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁰ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155, 184-186, disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html> (consulté le 18 octobre 2018) ; extraits disponibles en français dans *Revue universelle des droits de l'homme*, 1993, pp. 286-292.

⁴¹ Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 29 mai 1949, disponible en ligne en français sur le site www.bundestag.de (21 octobre 2018), art. 93-1-4-a.

⁴² C. GREWE et 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. 329.

⁴³ Ce raisonnement est riche en originalité étant donné qu'en droit allemand, un recours constitutionnel formé par un particulier n'est recevable que si ce dernier estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux. Or, un acte d'assentiment à un traité international ne produit en principe pas d'effets de nature à affecter directement et personnellement un particulier dans la jouissance de ses droits. Voy. C. TOMUSCHAT, « The defence of national identity by the German constitutional court » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p. 209.

⁴⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, *Maastricht*, *op. cit.*, §§ 172 et 182.

⁴⁵ H. LÓPES BOFILL, « What is not constitutional pluralism (...) », *op. cit.*, p. 222.

§ 2. DEUXIÈME ÉTAPE : LIEN ENTRE LE PRINCIPE DE DÉMOCRATIE ET LA CLAUSE D'ÉTERNITÉ

Ce principe de démocratie est protégé par l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande.⁴⁶ Cet article, dit « clause d'éternité », énonce les limites matérielles à toute révision constitutionnelle, *i.e.* les dispositions constitutionnelles qui ne sont pas susceptibles de modification par le pouvoir constituant.⁴⁷ Cela considéré, la C.C.F.A. juge que la sauvegarde du principe de démocratie suppose la protection des députés du Parlement fédéral allemand en tant que représentants démocratiques du peuple, et le respect par les institutions européennes du principe de répartition des compétences.⁴⁸ Ainsi, sans déclarer en l'espèce la loi d'assentiment inconstitutionnelle, la Cour avertit qu'elle s'estimera à l'avenir compétente pour frapper d'inapplicabilité un acte de droit européen dérivé qui excéderait la limite des compétences de l'Union et, partant, porterait atteinte au principe intangible de démocratie.⁴⁹

Cette promotion du principe de démocratie comme droit individuel justiciable et comme limite à l'intégration européenne est d'importance significative.⁵⁰ La C.C.F.A. s'offre désormais un outil juridique majeur pour limiter, voire invalider, toute extension de compétence de l'Union au prétexte d'une contradiction au principe de démocratie.⁵¹ Sans s'en référer explicitement à l'identité constitutionnelle – ou à l'identité nationale des Etats membres nouvellement insérée dans l'article 6, §1 du Traité sur l'Union européenne (voy. *infra*) –, la Cour consolide son système constitutionnel de participation à l'Union européenne en le marquant de fortes conditions.⁵²

SECTION II

AFFIRMATION EXPLICITE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE : LA DÉCISION LISBONNE

Il faut attendre la décision *Lisbonne* du 30 juin 2009⁵³ pour que la C.C.F.A., saisie par des particuliers d'un recours contre la loi d'approbation au Traité de Lisbonne, fasse ouvertement référence à l'identité constitutionnelle allemande.⁵⁴ Cette section II revient sur le raisonnement de la Cour (sous-section I) et sur les conséquences de sa décision (sous-section II).

⁴⁶ Pour un développement des éléments constitutifs du principe de démocratie allemand : J.P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Etude comparée : Allemagne, France, Italie*, Cedex, LGDJ, coll. Thèses, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 144, 2015, pp. 241-246.

⁴⁷ L'article 79, alinéa 3 énonce : « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». Nous traduisons.

⁴⁸ P. BENDER, « *Solange III ? (...)* », *op. cit.*, p. 94.

⁴⁹ 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, p. 520.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 514 et 516.

⁵¹ D. HANF, « L'encadrement constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 672.

⁵² M. WENDEL, « Lisbon before courts : comparative perspectives », *European Constitutional Law Review*, Vol.7(1), 2011, p. 109 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, *op. cit.*, spec. §§ 210 et 240.

⁵³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, BVerfGE 123, 267, disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html> (consulté le 18 octobre 2018) ; disponible en français dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 799. Outre la loi d'approbation au Traité, la C.C.F.A. s'est également prononcée dans sa décision sur la constitutionnalité de deux lois d'accompagnements, dont l'examen n'est pas retenu ici.

⁵⁴ La notion, *verfassungsidentität* en allemand, revient vingt-six fois dans l'arrêt.

SOUS-SECTION I

ÉMERGENCE DU CONCEPT D'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE

La C.C.F.A. énonce le principe de respect de l'identité constitutionnelle allemande, dans une motivation qui manque de clarté au premier abord, par le prisme de la clause d'éternité (§ 1), laquelle permet d'en définir le contenu (§ 2).

§ 1. CLAUSE D'ÉTERNITÉ COMME PORTE D'ENTRÉE VERS L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE

Les juges de Karlsruhe entament leur examen de la loi d'approbation du Traité de Lisbonne de façon analogue à leur décision *Maastricht* (voy. *supra*).⁵⁵ Ils jugent que le recours porté devant eux par des particuliers est recevable en ce que les requérants se fondent sur la violation de leur droit de vote et, partant, de leur droit à un *Bundestag* pleinement opérationnel. Ils critiquent l'élargissement par le Traité de Lisbonne des compétences de l'Union et la simplification des procédures d'adoption de normes sans intervention du *Bundestag*.⁵⁶ Or, le droit de vote est constitutif du principe intangible de démocratie protégé par l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale.⁵⁷

La particularité de la décision *Lisbonne* tient en ce que la C.C.F.A. pousse le raisonnement un cran plus loin.⁵⁸ Non seulement le législateur est interdit de porter approbation à un Traité qui porte atteinte au principe de démocratie (voy. *supra*), mais en outre « le législateur ne peut disposer de l'identité de l'ordre constitutionnel libéral ». ⁵⁹ De fait, « sous l'angle du principe de démocratie, une violation de l'identité constitutionnelle protégée par l'article 79, alinéa 3 GG, est en même temps une atteinte au pouvoir constituant du peuple »⁶⁰, celui-ci n'ayant pas mandaté les représentants du peuple à disposer de leur identité constitutionnelle.

La notion d'identité constitutionnelle est ainsi immédiatement reliée au principe de démocratie.⁶¹ Par ce biais, elle est étendue à l'ensemble des principes consacrés dans la clause d'éternité. En effet, selon la C.C.F.A., le droit européen n'est qu'un ordre juridique dérivé du droit national qui tire sa validité d'une habilitation constitutionnelle prévue à l'article 23 de la Loi fondamentale – la « clause-Europe »⁶² – et du consentement des citoyens donné par l'exercice de leur droit de vote.⁶³ Les Etats membres sont donc le cœur de la légitimité démocratique de l'Union,⁶⁴ ce qui suppose que cette dernière respecte leur identité constitutionnelle. Ainsi, « [l']habilitation à participer à l'intégration européenne autorise un

⁵⁵ Voy. une analyse complète, 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*, 2010/2 (n°82), pp. 417-442.

⁵⁶ Voy. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, *op. cit.*, §§ 167 et s.: « Les recours constitutionnels introduits contre la loi d'approbation du Traité de Lisbonne sont recevables dans la mesure où, fondés sur l'article 38 alinéa 1 phrase 1 GG, ils contestent une violation du principe de démocratie, une perte de la qualité d'Etat de la République fédérale d'Allemagne et une violation du principe de l'Etat social ».

⁵⁷ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, *op. cit.*, § 210.

⁵⁸ C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle (...), *op. cit.*, p. 323.

⁵⁹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, *op. cit.*, § 216.

⁶⁰ *Ibid.*, § 218. Nous soulignons.

⁶¹ R. TONIATTI, « Sovereignty lost, constitutional identity regained » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 49 p. 68.

⁶² L'article 23 de la Loi fondamentale consacre spécifiquement la participation de l'Allemagne à l'Union européenne (dit « clause-Europe »).

⁶³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *op.cit.*, §§ 231 et 240.

⁶⁴ H. LÓPES BOFILL, « What is not constitutional pluralism (...) », *op. cit.*, p. 226.s

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) ». ⁶⁵

Par conséquent, la C.C.F.A. se déclare compétente pour déclarer inapplicable en droit interne ⁶⁶ les normes européennes, primaires comme dérivées, qui méconnaissent les limites de leurs compétences ou « le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle ». ⁶⁷ Une telle déclaration d'inapplicabilité du droit européen en droit interne ne serait pas anodine : elle mettrait en cause la responsabilité de l'Allemagne devant l'Union européenne. ⁶⁸ C'est pourquoi la C.C.F.A. se déclare *exclusivement* compétente pour réaliser ce contrôle. Cela étant, cette exigence de respect de l'identité constitutionnelle limite autant l'action du pouvoir constitué allemand que celle du législateur européen : la clause d'éternité ne saurait être à la disposition d'un quelconque législateur ; seul serait compétent pour le changer un nouveau pouvoir constituant. ⁶⁹

De ce rapport succinct du raisonnement des juges constitutionnels allemands, un constat s'opère. La décision *Lisbonne* emprunte une construction juridique très « mécanique ». Or, celle-ci étonne, voire déçoit. ⁷⁰ L'argumentation de la Cour, quoique pertinente, reste très formelle. Elle se base uniquement sur le mécanisme de représentation du citoyen par le *Bundestag* comme garantie du principe de démocratie, soutenant que ce principe serait simplement assuré si tous les pouvoirs publics émanaient ou étaient rattachés au *Bundestag*. Pourtant, nous étions en droit d'attendre de la C.C.F.A. une argumentation davantage substantielle, fondée sur la nécessité de protection d'un système fort de valeurs, de la dignité humaine et des droits fondamentaux. Après tout, la démocratie allemande ne repose-t-elle pas en son essence – pourrions-nous dire en son « identité » – largement plus sur ce contenu que sur celui, moins convaincant, de la représentation formelle ?

§ 2. COMPOSITION DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE

Quant au contenu de l'identité constitutionnelle allemande, la C.C.F.A. n'en fournit pas de définition abstraite et préfère renvoyer à la liste de principes protégés par la clause d'éternité établie à l'article 79, alinéa 3 de la Loi. ⁷¹ Les limites du processus d'intégration européenne sont ainsi composées de la substance des droits fondamentaux indispensables au respect de la dignité humaine ⁷² ainsi que de l'ensemble des principes constitutionnels énoncés aux articles 1 à 20 de la Loi fondamentale, à savoir

⁶⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *op. cit.*, § 219. Nous soulignons.

⁶⁶ La Cour suggère différents modèles de mécanismes de contrôle du droit européen au niveau national aux §§ 354-355 de l'arrêt.

⁶⁷ F. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans (...) », *op. cit.*, p. 71 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *op. cit.*, § 240.

⁶⁸ F. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans (...) », *op. cit.*, p. 71.

⁶⁹ P. BENDER, « *Solange III* ? (...) », *op. cit.*, p. 96.

⁷⁰ C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, 325.

⁷¹ M. CLAES, « National identity: trump card or up for negotiation? » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. Saiz Aranaiz et C. Alcobarro Llivia), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p. 125.

⁷² Concernant les droits fondamentaux, la C.C.F.A. précise dans un arrêt *Gauweiler* e.a. (OMT) du 16 juin 2015 que son contrôle du respect de l'identité constitutionnelle implique une vérification du respect des droits fondamentaux qui découlent du principe de dignité humaine dans chaque cas d'espèce dont elle est saisie. Cette décision illustre les limites de la confiance mutuelle entre les Etats Membres et l'Union. Le contrôle en question est toutefois moins large que celui qui était réalisé dans les arrêts *Solange*, qui s'étendaient alors à l'ensemble des droits fondamentaux sans restriction. Voy. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 2015, *Gauweiler*, aff. 2, BvR 2735/14, disponible en allemand et en anglais sur https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273_514en.html (consulté le 18 octobre 2018). Voy. aussi P. BENDER, « *Solange III* ? (...) », *op. cit.*, pp. 94 et 97.

le principe de démocratie,⁷³ l'Etat de droit, l'Etat social, la République et l'Etat fédéral.⁷⁴ Il est donc évident que toutes les composantes de la Loi fondamentale ne sont donc pas constitutives de l'identité constitutionnelle allemande.⁷⁵

L'ensemble de ces éléments présentent une caractéristique commune : ils sont non distinctifs et insurmontables. D'une part, ces principes abstraits sont des principes non distinctifs, *i.e.* généralement partagés par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne.⁷⁶ L'identité constitutionnelle, aux yeux de la C.C.F.A., ne renvoie donc pas à une spécificité propre au peuple allemand, contrairement au Conseil constitutionnel français (voy. *infra*).⁷⁷ D'autre part, les composantes de l'identité constituent des réserves « insurmontables » de constitutionnalité.⁷⁸ De fait, l'identité constitutionnelle est entérinée dans la clause d'éternité, laquelle est hors de la disposition du pouvoir constituant.⁷⁹ Lorsqu'un acte européen doit être transposé en droit interne tout en étant contraire à une limite insurmontable de constitutionnalité, cette transposition présuppose donc la suppression de l'obstacle issu du droit interne. Pourtant, cette suppression n'est précisément pas possible étant donné qu'il s'agit d'une norme intangible. Le processus d'intégration européenne est ainsi bloqué.⁸⁰

SOUS-SECTION II

CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT LISBONNE

Que conclure de la décision *Lisbonne* ? Elle est emblématique de l'ambivalence de la C.C.F.A. par rapport au processus de construction européenne. Une part importante de la doctrine en dégage un ton particulièrement hostile,⁸¹ voire un rejet complet du projet européen.⁸² La réserve d'identité constitutionnelle semble en effet se heurter à l'objectif d'intégration consacré par le préambule de la Loi fondamentale (« principe de l'Etat ouvert »). L'ultime explication, au-delà de l'article 79, alinéa 3 de la Loi, est fournie par la Cour elle-même : « [l'Allemagne] ne renonce pas à la *souveraineté*, résidant dans la prérogative de la Loi de *garder le dernier mot*, en tant que droit d'un peuple de trancher directement

⁷³ La Cour énonce cinq domaines essentiels à la capacité d'auto-détermination démocratique d'un Etat et pour lesquels tout transfert de pouvoirs vers les organes de l'Union est susceptible d'être contraire à la clause d'éternité, sans qu'ils appartiennent eux-mêmes à l'identité constitutionnelle allemande en soi. Il s'agit (i) du droit pénal matériel et formel, (ii) du monopole de la force publique, (iii) des décisions publiques fondamentales en matière fiscale, (iv) de la réglementation des conditions de vie par l'Etat social et (v) des décisions particulièrement importantes en matière culturelle telles qu'en matière d'enseignement, de droit de la famille et de traitement des religions. Voy. D. GRIMM, « The Basic Law at 60 – Identity and Change », *German Law Journal*, Vol. 11, n°1, 2010, p. 34 ; Av. gén. M. JÄÄSKINEN, conc. préc. C.J.U.E., arrêt *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 mai 2011, aff. C-147/08, 2011, p. I-3591, § 166.

⁷⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, *op.cit.*, § 217.

⁷⁵ D. GRIMM, « The Basic Law (...) », *op. cit.*, p. 34 ; Av. gén. M. JÄÄSKINEN, conc. préc. C.J.U.E., arrêt *Jürgen* (...), *op. cit.*, § 166.

⁷⁶ De cette continuité entre identité constitutionnelle et traditions constitutionnelles communes, certains auteurs doctrinaux ont vu, au-delà de toute réticence de la Cour face au processus d'intégration, une façon pour la Cour de concilier les deux ordres juridiques, national et supranational. Voy. G. MARTINICO, « What lies behind Article 4(2) TEU ? » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p. 95.

⁷⁷ Les limites de l'utilisation du concept d'identité constitutionnelle sont également reflétées dans la décision suivante : Cour constitutionnelle fédérale allemande, ord., 15 décembre 2015, *Mandat d'arrêt*, aff. 2, BvR 2735/14, disponible en allemand et en anglais sur https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514.en.html (consulté le 18 octobre 2018). La C.C.F.A. ne prend pas suffisamment compte du fait que les principes généraux invoqués (dignité humaine, Etat de droit, droit à un procès équitable) sont en réalité communs à l'ensemble des Etats membres.

⁷⁸ Expression empruntée à C. GREWE, et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, spec. pp. 334-339.

⁷⁹ M. WENDEL, « Lisbon before courts (...) », *op. cit.*, p. 13.

⁸⁰ J.P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles* (...), *op. cit.* p. 163.

⁸¹ C. TOMUSCHAT, « The defence of national identity (...) », *op. cit.*, p. 211.

⁸² Voy. H. LÓPES BOFILL, « What is not constitutional pluralism (...) », *op. cit.*, pp. 221-242.

les questions fondamentales relatives à sa propre identité ».⁸³ Or, il est vrai que si les vingt-huit Etats membres s'autorisaient à mettre ainsi le droit européen sous leur tutelle, l'efficacité du droit européen serait en danger considérable.

Toutefois, il est à notre sens trop radical de rejeter en bloc toute idée de réconciliation avec le droit européen dans la décision *Lisbonne*. Cela reviendrait à écarter tout un pan de la décision dans lequel la C.C.F.A. énonce qu'elle fera preuve de « bienveillance juridique » envers l'Union dans l'exercice de son contrôle du respect de l'identité constitutionnelle⁸⁴ et qu'un acte national d'approbation ou de transposition de droit européen ne sera donc invalidé qu'en cas de dépassement « manifeste » des compétences de l'Union ou de violation « manifeste » de l'identité constitutionnelle.⁸⁵ Une telle affirmation ne peut que dénoter une relative volonté de coopération avec l'Union.⁸⁶

En ce sens, J. KOKOTT va jusqu'à estimer que l'ouverture à l'intégration européenne est une composante de l'identité constitutionnelle allemande.⁸⁷ Nous ne poussons pas le raisonnement jusque là ; la décision reste une mise en garde sérieuse de la C.C.F.A. face à un approfondissement de l'intégration européenne. Il est effectivement regrettable que, derrière l'obligation de respect du principe démocratique, la C.C.F.A. trahisse sa conception stato-centrée selon laquelle toute perte de souveraineté nationale entraîne un déficit démocratique, en ce que le Parlement européen ne jouirait pas d'une légitimité suffisamment importante.⁸⁸ La C.C.F.A. oublie sans doute que « l'union de droit » qu'elle invoque si souvent est incapable de fonctionner si une certaine confiance n'est pas placée dans le chef des institutions chargées d'assurer ce droit.⁸⁹

Cependant, la C.C.F.A. nous semble, par son principe de bienveillance, maintenir une possibilité d'ouverture de la Loi fondamentale.⁹⁰ Simplement, cette ouverture ne revient pas à attribuer au droit européen un blanc-seing absolu : l'identité constitutionnelle de l'Allemagne doit être préservée.⁹¹ La Cour juge d'ailleurs en l'espèce que la loi d'approbation au Traité de Lisbonne est constitutionnelle, sous réserve de l'interpréter dans le respect de cette identité inaliénable.⁹² En outre, dans un arrêt *Honeywell* du 6 juillet 2010,⁹³ la Cour précise que manifester cette bienveillance suppose, dans le cas

⁸³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, *op. cit.*, § 340.

⁸⁴ C. D. CLASSEN, « Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale - Quel avenir dans l'espace juridique européen ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen du 15 décembre 2015 », *Cahiers de droit européen*, Vol. 52(2), p. 669 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, *op. cit.* § 240.

⁸⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, *op. cit.* §§ 240 et 241 : « 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 Etats 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 ».

⁸⁶ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et (...)*, *op. cit.*, pp. 81 et s.

⁸⁷ J. KOKOTT, *op. cit.*, p. 103.

⁸⁸ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, pp. 475-476.

⁸⁹ C. D. CLASSEN, « Confiance mutuelle et (...) », *op. cit.*, p. 686.

⁹⁰ Il est question de « responsabilité durable d'intégration qui revient aux organes constitutionnels allemands », voy. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *op. cit.* § 245.

⁹¹ H. LOPES BOFILL, « What is not constitutional pluralism (...) », *op. cit.*, p. 238.

⁹² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *op. cit.*, § 226.

⁹³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 6 juillet 2010, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286, disponible en version allemande et anglaise sur https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/07/rs20100706_2bvr266106en.html (consulté le 22 octobre 2018). Pour une analyse de cet arrêt rendu en réponse à l'arrêt *Mangold* de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 novembre 2005 et une précision du contrôle *ultra vires* du

d'un acte européen pris *ultra vires*, de reconnaître à l'Union européenne « un droit à l'erreur ».⁹⁴ Par conséquent, la C.J.U.E. doit bénéficier de l'opportunité de se prononcer sur la validité d'un acte européen au regard du droit primaire, par la procédure de renvois préjudiciels visée à l'article 267 du T.F.U.E.,⁹⁵ avant que cet acte ne soit écarté par la C.C.F.A.⁹⁶

Nous le voyons, la question de l'identité constitutionnelle reste une problématique difficile en Allemagne. Cela étant, alors que la C.C.F.A. persiste à brandir le spectre de l'identité constitutionnelle comme rempart à une intégration européenne excessive, elle n'a toujours pas invalidé d'acte de droit européen pour atteinte à cette identité.⁹⁷ Cela nous confirme dans notre analyse de relative ouverture de la C.C.F.A. envers l'Union.

CHAPITRE II

ANALYSE DU CONCEPT D'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE

DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Au moment où le discours identitaire⁹⁸ se construit en République fédérale allemande, le Conseil constitutionnel développe en France, lui aussi, une jurisprudence importante relative à l'identité constitutionnelle.⁹⁹ Tirailé entre un mouvement croissant de constitutionnalisme et une forte européanisation du droit national,¹⁰⁰ le Conseil constitutionnel s'en réfère progressivement au concept d'identité constitutionnelle – quoique par le biais de méthodes différentes de la C.C.F.A. – afin d'aménager les relations hiérarchiques entre la Constitution de la V^{ème} République et le droit européen.

Le discours identitaire s'est forgé depuis deux décisions fondatrices en 2004 (section I) jusqu'à une véritable affirmation explicite du concept d'identité constitutionnelle dans une décision n° 2006-540 (section II).

SECTION I

PRÉALABLES AU CONCEPT D'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE : LES « DISPOSITIONS EXPRESSES CONTRAIRES » ET LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL AU PRINCIPE DE PRIMAUTÉ

La résistance face à l'atteinte à la souveraineté que provoque l'intégration européenne pénètre la jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2004. Elle se construit à l'occasion de l'exercice de deux contrôles de constitutionnalité distincts : le contrôle d'une loi nationale de transposition d'une directive

Bundesverfassungsgericht, voy. M. MAHLMANN, « The politics of Constitutional Identity and its Legal Frame – the *Ultra Vires* Decision of the German Federal Constitutional Court », *German Law Journal*, Vol.11(12), 2010, pp. 1407-1420.

⁹⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 6 juillet 2010, *Honeywell*, *op. cit.*, § 61.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Cette décision a été critiquée en doctrine, voy. C. TOMUSCHAT, « The defence of national identity (...) », *op. cit.*, pp. 216-217.

⁹⁷ E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 52.

⁹⁸ Aux fins de ce présent travail, la formule « discours identitaire » est employée, non pas en son sens politique ou sociologique, mais dans son occurrence juridique en tant qu'expression de la volonté de protection de l'identité constitutionnelle d'un Etat membre par un organe de cet Etat.

⁹⁹ Déjà dans une décision fondatrice du 19 juin 1970, le Conseil constitutionnel initiait la formule selon laquelle un traité international valablement intégré dans l'ordre juridique français ne pouvait pas porter atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Voy. Conseil constitutionnel, 19 juin 1970, décision n°70-39, *Examen du traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1970/7039DC.htm> (2 novembre 2018).

¹⁰⁰ M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2015, p. 2.

dans la décision n°2004-496 DC (sous-section I) et le contrôle avant ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe dans la décision n°2004-505 DC (sous-section II).

SOUS-SECTION I

DÉCISION N°2004-496 DU 10 JUIN 2004

Dans sa décision n°2004-496 du 10 juin 2004,¹⁰¹ le Conseil constitutionnel est saisi, en vertu de l'article 61 de la Constitution française,¹⁰² du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁰³ qui transpose les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive 2000/31/CE.¹⁰⁴ Le Conseil constitutionnel y énonce pour la première fois une réserve de constitutionnalité contre l'exigence de transposition de telles dispositions inconditionnelles de droit dérivé (§1). Cette réserve de constitutionnalité jouit toutefois d'une portée limitée (§ 2), ce qui n'a pas empêché la doctrine de critiquer sévèrement la décision (§ 3).

§ 1. PREMIÈRE RÉSERVE DE CONSTITUTIONNALITÉ FACE À L'EXIGENCE DE TRANSPOSITION

L'article 88-1 de la Constitution¹⁰⁵ impose au législateur français d'assurer la transposition en droit interne des dispositions précises et inconditionnelles des directives européennes.¹⁰⁶ En conséquence, le Conseil constitutionnel s'estime manifestement incompétent pour contrôler la constitutionnalité de telles lois de fidèle transposition ; cela reviendrait à contrôler directement la constitutionnalité du droit européen dérivé.¹⁰⁷ La directive joue de la sorte le rôle d'une « directive-écran » entre la Constitution et la loi de transposition.¹⁰⁸ Toutefois, dans sa décision n°2004-496, le Conseil constitutionnel ajoute avec audace que cette exigence constitutionnelle de transposition des directives ne peut pas être absolue. En cas de « disposition expresse contraire de la Constitution »,¹⁰⁹ il doit y être fait obstacle et le Conseil constitutionnel doit être compétent pour contrôler la constitutionnalité intrinsèque de la loi.¹¹⁰

Ainsi, aussi énigmatique que paraisse la formule utilisée par le Conseil (voy. *infra*), les objectifs qu'elle poursuit sont clairs : à l'instar de ce qui avait été affirmé dans la décision *Maatsricht* de la C.C.F.A., l'acquis communautaire dont le Conseil reconnaît l'existence¹¹¹ doit être soumis à condition. De façon

¹⁰¹ Conseil constitutionnel français, 10 juin 2004, décision n°2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496DC.htm> (1^{er} novembre 2018).

¹⁰² Constitution de la République de France, 4 octobre 1958, disponible en ligne sur le site www.conseil-constitutionnel.fr (ci-après « Constitution de la V^{ème} République »), art. 61: « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution ».

¹⁰³ Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2003-2004, n°75.

¹⁰⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32000L0031> (17 novembre 2018).

¹⁰⁵ L'article 88-1 de la Constitution française se lit comme suit : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du Traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

¹⁰⁶ Conseil constitutionnel français, 10 juin 2004, décision n°2004-496 DC, *op. cit.*, cons. 7.

¹⁰⁷ A.-S. TABAU, « La conciliation des contrôles incidents de constitutionnalité français et belge avec la primauté du droit de l'Union européenne » in *La question prioritaire de constitutionnalité* (sous la dir. de L. GAY), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 499.

¹⁰⁸ 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 », *European Constitutional Law Review*, Vol.3(3), 2007, p. 441.

¹⁰⁹ Conseil constitutionnel français, 10 juin 2004, décision n°2004-496 DC, *op. cit.*, cons. 7.

¹¹⁰ C. CHARPY, « The status of (secondary) Community law (...) », *op. cit.*, p. 441.

¹¹¹ Les premières interprétations de cette décision se sont d'ailleurs méprises et on retrouve dans les journaux français de l'époque des titres tels que « Le conseil constitutionnel consacre la suprématie du droit européen » dans *Le Monde* ou « Le Conseil constitutionnel consacre la primauté de Bruxelles ! » dans *Le Figaro*. Voy. J.-H. REESTMAN, « The Franco-German Constitutional Divide: Reflection on National and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, Vol.5(3), 2009, p. 374.

implicite, le Conseil affirme de la sorte la primauté de la Constitution sur le droit européen : d'une part, c'est la Constitution, en son article 88-1, qui fonde la prévalence du droit européen sur le droit interne et la participation de la France à l'intégration européenne ;¹¹² d'autre part, des dispositions expresses contraires de la Constitution peuvent faire obstacle à cette prévalence constitutionnellement fondée du droit européen.¹¹³

§ 2. PORTÉE LIMITÉE DE LA RÉSERVE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Cette primauté affirmée de la Constitution reste néanmoins timide.¹¹⁴ Aussi longtemps qu'une loi de transposition fidèle d'une directive respecte le « noyau dur » des normes constitutionnelles, l'article 88-1 de la Constitution protège la loi de tout grief d'inconstitutionnalité.¹¹⁵ Le Conseil constitutionnel se déclare alors incompétent pour en contrôler la constitutionnalité et seul le juge européen est habilité à contrôler directement les dispositions de droit européen transposées.¹¹⁶

Par ailleurs, depuis la décision ultérieure n°2004-498,¹¹⁷ il est acquis qu'implicitement mais nécessairement, la réserve de constitutionnalité retenue par la Conseil constitutionnel vise les dispositions expresses et *spécifiques* à la Constitution française. A la différence de l'identité constitutionnelle invoquée par la C.C.F.A. (voy. *supra*), l'identité constitutionnelle française renvoie donc nécessairement aux éléments de l'ordre juridique français qui le distinguent à la fois des traditions européennes communes et de la Convention sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.¹¹⁸ Le Conseil constitutionnel n'interviendra donc que pour protéger « l'exception française »¹¹⁹ dans les hypothèses pour lesquelles la C.J.U.E. n'est pas compétente.¹²⁰

Enfin, un contrôle de constitutionnalité ne pourra s'exercer qu'à l'égard des normes qui transposent fidèlement les dispositions spécifiques et inconditionnelles d'une directive.¹²¹ Puisqu'il est fréquent qu'une directive laisse une marge de manœuvre aux Etats membres dans leur transposition de ses dispositions, une telle situation de contrôle de constitutionnalité ne devrait pas se généraliser.¹²²

¹¹² X. MAGNON et D. SIMON, « La jurisprudence communautaire du conseil constitutionnel (juin 2004-novembre 2004) », *Cahiers de droit européen*, n°1, 2005, p. 245.

¹¹³ B. MATHIEU, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3020/pdf> (5 novembre 2018).

¹¹⁴ P. BLACHÈRE et G. PROTIÈRE parlent d'« aménagement marginal », voy. « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 (n°69), p. 128.

¹¹⁵ D. PARIS, « Constitutional courts as European Union courts : The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol.24(6), 2017, p. 804.

¹¹⁶ M. GUYOMAR, concl. sous C.E., Ass., 8 février 2007, requête n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, R.T.D.E., n° 43 (2), avril-juin 2007, p. 380 ; J.-H. 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, p. 305.

¹¹⁷ Conseil constitutionnel français, 29 juillet 2004, décision n°2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004498DC.htm> (2 novembre 2018). En l'espèce, le Conseil refuse de contrôler une disposition de la loi relative à la bioéthique transposant une directive communautaire au regard de l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen en raison du fait que la liberté d'expression protégée par cet article était assurée de façon similaire par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹¹⁸ Ci-après « C.E.D.H. ». M. CLAES, « National identity: trump card (...) », *op. cit.*, p. 129.

¹¹⁹ J.-H. REESTMAN, « The Franco-German Constitutional Divide (...) », *op. cit.*, p. 382.

¹²⁰ J.-H. REESTMAN, « France Conseil Constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 309.

¹²¹ Conseil constitutionnel français, 10 juin 2004, décision n°2004-496 DC, *op. cit.*, cons. 9.

¹²² J.-E. SCHOETTL, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 18 juin 2004 (122), p. 10.

§ 3. CRITIQUES DE LA DÉCISION

Bien que jouissant d'une portée limitée, cette formule énigmatique « disposition expresse contraire de la Constitution » a soulevé de nombreuses critiques en doctrine.

Premièrement, le caractère vague et élastique de cette formule est susceptible d'attenter au principe de sécurité juridique.¹²³ Tout au plus est-il certain qu'il s'agit de dispositions constitutionnelles expresses et spécifiques, *i.e.* « non d'une construction jurisprudentielle, mais d'un énoncé constitutionnel explicite, ancré dans le 'bloc de constitutionnalité' ». ¹²⁴

En outre, une telle formulation fait courir le danger qu'à tout moment, le Constituant insère délibérément une disposition constitutionnelle expresse contraire destinée à empêcher la transposition d'une directive communautaire.¹²⁵ Plus dangereux encore, quand bien même une directive ne serait pas contraire à la Constitution mais semblerait inopportune aux pouvoirs publics français, il suffirait de réviser la Constitution pour rendre cette directive inapplicable.¹²⁶

Enfin, l'idée même de faire obstacle à la transposition d'une directive en cas de disposition constitutionnelle expresse contraire est dérangeante. Elle ne sied pas à l'exigence constitutionnelle de révision de la Constitution en cas de contrariété constatée par le Conseil entre une norme constitutionnelle et « un engagement international » qu'il est prévu de ratifier ou d'approuver.¹²⁷ La solution retenue dans la décision n°2004-496 reviendrait à accorder une « immunité constitutionnelle » à l'ensemble des dispositions de directive, sauf à trouver une disposition constitutionnelle expresse contraire.¹²⁸

SOUS-SECTION II

DÉCISION N°2004-505 DU 19 NOVEMBRE 2004

Le Conseil fait un pas supplémentaire dans son processus de réserve face à l'intégration européenne dans une décision n°2004-505 du 19 novembre 2004.¹²⁹ En l'espèce, le Conseil est saisi, en vertu de l'article 54 de la Constitution,¹³⁰ de l'examen du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en voie de ratification.¹³¹ L'intérêt de cette décision tient, non pas dans la précision du concept d'identité constitutionnelle – celui-ci n'existe pas encore en 2004 – mais dans l'inversion des fondements du

¹²³ J.-H. REESTMAN, « France Conseil Constitutionnel (...) », *op. cit.*, pp. 308-310.

¹²⁴ Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 - Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°17, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier17/ccc_496dc.pdf (2 novembre 2018).

¹²⁵ Selon les termes du Doyen L. FAVOREU, « si le pouvoir constituant s'en mêle, - cela s'est déjà vu- on peut aussi stopper une directive ». Voy. L. FAVOREU, « La Constitution prime sur le droit communautaire », *L'Humanité*, 18 juin 2004, <https://www.humanite.fr/node/307515> (2 novembre 2018).

¹²⁶ X. MAGNON et D. SIMON, « La jurisprudence communautaire (...) », *op. cit.*, p. 248.

¹²⁷ Constitution de la V^{ème} République, art. 54.

¹²⁸ M. GUYOMAR, concl. sous C.E., Ass., 8 février 2007, requête n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, R.T.D.E., n° 43 (2), avril-juin 2007, p. 380.

¹²⁹ Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, décision n°2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505DC.htm> (2 novembre 2018).

¹³⁰ Art. 54 de la Constitution de la V^{ème} République : « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ». Cette clause contraire à la Constitution est une clause qui remet en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou qui porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Voy. C. CHARPY « The status of (secondary) Community law (...) », *op. cit.*, pp. 446-450.

¹³¹ Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, *J.O.*, n° C 310 du 16 décembre 2004.

principe européen de primauté (§ 1) et l'énonciation des limites au fonctionnement et aux compétences des organes de l'Union (§ 2).

§ 1. FONDEMENT CONSTITUTIONNEL AU PRINCIPE EUROPÉEN DE PRIMAUTÉ

Selon le Conseil constitutionnel, le Traité dont il est saisi, alors qu'il se présente comme établissant une Constitution pour l'Europe, n'a qu'une nature juridique de simple traité international.¹³² Bien qu'il proclame la primauté du droit européen sur le droit national en son article I, § 6, une « lecture circonstanciée »¹³³ de cet article démontre qu'il n'affecte en rien la place hiérarchiquement suprême que la Constitution française occupe dans l'ordre juridique de la République.¹³⁴ D'une part, l'article I, § 5 du Traité impose à l'Union européenne de respecter l'identité nationale « inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles » des Etats membres. Cet article renvoyant ainsi à la Constitution de la République, le Conseil en conclut que cette dernière demeure la norme suprême sur le territoire de la France.¹³⁵ D'autre part, l'article 88-1 de la Constitution consacre une obligation de participation à l'Union européenne qui trahit une vision de l'ordre juridique européen comme « intégré et distinct » de l'ordre juridique interne.¹³⁶ La Constitution française est de la sorte l'unique source de l'intégration européenne.¹³⁷

Par conséquent, le principe de primauté consacré à l'article I, § 6 du Traité est estimé compatible avec la Constitution française, pour autant que son interprétation soit conforme avec l'article 88-1 de la Constitution et respectueuse des obligations issues de l'article I, § 5 du Traité.¹³⁸ Il est question donc ici d'une primauté sous réserve, et non d'une primauté absolue telle que prônée par l'Union européenne.¹³⁹ A cet égard, certains auteurs doctrinaux ont renommé cette décision « la chèvre européenne et le chou constitutionnel »,¹⁴⁰ tant les deux ordres juridiques se sont affairés à se ménager l'un l'autre : le droit constitutionnel français est rassuré d'être placé au sommet de l'ordre juridique interne, en même temps que de reconnaître l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré en son sein. Cette jurisprudence a encore été appliquée récemment dans le cadre du contrôle du Traité C.E.T.A.¹⁴¹

¹³² Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, décision n°2004-505 DC, *op. cit.*, cons. 9.

¹³³ P. BLANCHER et G. PROTIÈRE, « Le Conseil constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 128.

¹³⁴ C. PICHERAL, « La primauté du droit de l'Union aux termes de la décision n°2004-505 DC du Conseil constitutionnel », *Revue des affaires européennes – Law & European affairs*, 2005/1, p. 120.

¹³⁵ X. MAGNON et D. SIMON, « La jurisprudence communautaire (...) », *op. cit.*, p. 250. Par ailleurs, le fait que l'article I, § 5 impose à l'Union européenne de respecter l'identité nationale des Etats membres suggère que ces Etats membres de l'Union restent des Etats à part entière et que l'institution qui les englobe ne peut en aucun cas prétendre à un tel statut et se prévaloir d'une Constitution, voy. C. PICHERAL, « La primauté du droit (...) », *op. cit.* p. 121.

¹³⁶ Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, décision n°2004-505 DC, *op. cit.*, cons. 11 ; En se référant à l'article 88-1, cette décision n°2004-505 présente une nouveauté fondamentale dans la jurisprudence du Conseil. Alors que le Conseil faisait jusqu'ici plutôt référence à une « organisation internationale permanente », le Conseil fait ici spécifiquement référence à une « organisation européenne permanente » au développement duquel la France participerait, et marque enfin une prise en compte franche de la spécificité du droit de l'Union européenne. Voy. C. CHARPY, « The status of (secondary) Community law (...) », *op. cit.*, p. 437.

¹³⁷ C. PICHERAL, « La primauté du droit (...) », *op. cit.* p. 124.

¹³⁸ C. CHARPY, « The status of (secondary) Community law (...) », *op. cit.*, p. 442.

¹³⁹ Voy. le discours tenu par J.-L. DEBRÉ à l'ambassade d'Allemagne à Paris, « Conseil constitutionnel et Union européenne », 23 septembre 2014, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/conseil-constitutionnel-et-union-europeenne> (1 novembre 2018) : « Dans l'ordre juridique français, la Constitution est placée au sommet de l'ordre juridique interne. Elle a bien sûr une valeur supérieure au droit de l'Union européenne, comme à toute norme de droit international ou européen ».¹³⁹

¹⁴⁰ C. PICHERAL, « La primauté du droit (...) », *op. cit.* p. 119.

¹⁴¹ Conseil constitutionnel, 31 juillet 2017, décision n°2017-549 DC, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017749DC.htm> (16 novembre 2018) ; J. ROUX, « La jurisprudence "IVG" fragilisée par inadvertance », *Recueil Dalloz*, 30 novembre 2017, n° 41, pp. 2378-2379.

§ 2. COMPÉTENCES ET FONCTIONNEMENT DE L'UNION

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel estime dans sa décision que certaines dispositions du Traité établissant une Constitution pour l'Europe sont de nature à porter atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »¹⁴² et qu'une révision constitutionnelle est par conséquent requise en vertu de l'article 54 de la Constitution.¹⁴³ En d'autres termes, le Conseil s'assure que l'approfondissement des Communautés européennes, puis de l'Union européenne, ne porte pas atteinte à la souveraineté française.¹⁴⁴ Le Conseil constitutionnel n'intègre pas ici encore les termes d'« identité constitutionnelle » mais le cœur du débat est identique.¹⁴⁵

SECTION II

AFFIRMATION EXPLICITE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE DANS LA DÉCISION *DROIT D'AUTEUR* N°2006-540 DU 27 JUILLET 2006

L'affirmation explicite du concept d'identité constitutionnelle intervient dans le cadre de l'exercice par le Conseil constitutionnel de sa compétence de contrôle des lois de transposition des directives européennes. Confronté aux critiques doctrinales de sa décision n°2004-496 (voy. *supra*), le Conseil constitutionnel étaye sa jurisprudence dans une décision du 27 juillet 2006 sur la loi relative au droit d'auteur.¹⁴⁶ Cette section propose de revenir sur le raisonnement du Conseil (Sous-section I) avant de se pencher sur le contenu de cette identité constitutionnelle fraîchement annoncée (Sous-section II).

SOUS-SECTION I

RAISONNEMENT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

§ 1. RÈGLES ET PRINCIPES INHÉRENTS À L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE LA FRANCE

Le raisonnement tenu par le Conseil en l'espèce rappelle celui développé dans la décision n°2004-496.¹⁴⁷ Le Conseil estime qu'il est tenu de respecter l'obligation de transposition des directives visée à l'article 88-1 de la Constitution et par conséquent de ne pas contrôler la constitutionnalité des lois de transposition.¹⁴⁸ Toutefois, il juge que l'obligation constitutionnelle de transposition des directives ne confère pas un blanc-seing absolu aux normes européennes. C'est ici que le pas est franchi : cette obligation de transposition « 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 ».¹⁴⁹

¹⁴² Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, décision n°2004-505 DC, *op. cit.*, cons. 24, 27, 28, 29, 30, 38, 41.

¹⁴³ Les dispositions du Traité en cause sont des dispositions (i) transférant des compétences dans des matières nouvelles, (ii) établissant des modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées, (iii) étant intitulées « clauses passerelles » et (iv) relatives aux nouvelles prérogatives reconnues aux parlements nationaux. Voy. Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, décision n°2004-505 DC, *op. cit.*, cons. 24, 27, 28, 29, 30, 38, 41.

¹⁴⁴ M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, p. 13 ; Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, décision n°2004-505 DC, *op. cit.*, cons. 10.

¹⁴⁵ M. CLAES, « National identity: trump card (...) », *op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁶ Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n°2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm> (5 novembre 2018).

¹⁴⁷ Pour une analyse complète de la décision, voir F. CHALTIEL, « 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*, 2006/4 (n°68), pp. 836-847.

¹⁴⁸ Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n°2006-540 DC, *op. cit.*, cons. 17-18.

¹⁴⁹ Conseil, 27 juillet 2006, décision n°2006-540 DC, *op. cit.*, cons. 19. Nous soulignons. Cette formulation fut confirmée plusieurs fois par la suite, dont 3 décisions en omettant la seconde partie de la phrase : Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, décision n°2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 6 ; 19 juin 2008, n°2008- 564 DC, *Loi relative aux organismes*

La nouvelle formulation employée par le Conseil, indubitablement inspirée de l'article I, § 5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe examiné un an auparavant (voy. *supra*),¹⁵⁰ innove. Elle ouvre en effet une réserve de constitutionnalité bien plus large que les « dispositions expresses contraires de la Constitution ». Cette formule précédente dépendait entièrement de ce qui était déjà garanti par la Constitution, par les autres Etats membres et surtout par le droit de l'Union européenne. Désormais, ces règles ou principes sont appelés à être entièrement définis par le Conseil constitutionnel – sous réserve du pouvoir du Constituant (voy. *infra*) – tout en faisant référence à ce même caractère distinctif du reste des ordres juridiques nationaux.¹⁵¹ La formule utilisée pour désigner les principes « inhérents à l'identité constitutionnelle » invite de la sorte le Conseil à identifier les normes consubstantielles à la culture constitutionnelle française et inséparables de cette dernière.

§ 2. « SAUF À CE QUE LE CONSTITUANT Y AIT CONSENTI »

Les termes « sauf à ce que le constituant y ait consenti » ont fortement intrigué en doctrine. Cette formule suppose que la réserve de constitutionnalité n'est pas absolue : le pouvoir constituant peut y consentir un écart par révision constitutionnelle.¹⁵² A la différence de la C.C.F.A. qui se réserve la compétence absolue de définition de l'identité constitutionnelle, le Conseil constitutionnel laisse de la sorte au Constituant le pouvoir du dernier mot.

Cette variabilité dans la portée normative du concept d'identité constitutionnelle a été sévèrement critiquée: quel intérêt y aurait-il à ériger des normes constitutionnelles en composantes d'une identité inaliénable, si celle-ci est rendue disponible? Cela ne reviendrait-il pas « à faire peu de cas d'une identité constitutionnelle fragilisée dans son essence même » ?¹⁵³ A notre opinion, la réponse est négative ; il est possible de comprendre la logique du Conseil constitutionnel. Il faut pour cela s'inscrire dans une réflexion plus large sur l'identité et différencier ce concept de celui de l'immutabilité. Pour reprendre les termes d'A. VIALA, « [c]ertes, l'ipséité s'inscrit dans la durée : chacun est soi-même toute sa vie, par-delà les changements qui jalonnent sa propre existence. Chacun change tout en restant soi-même. L'ipséité se nourrit du contraste et du changement car par-delà les changements de l'apparence phénoménale de toute chose, (...) il y a permanence de la chose en soi ».¹⁵⁴ Suivant pareille philosophie, l'identité d'un ordre juridique s'affirme par son inscription dans le temps en dépit des

génétiquement modifiés, cons. 44 ; 12 mai 2010, n°2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons.18 ; 17 décembre 2010, décision n°2010-79 QPC, *M. Kamel D.*, cons. 3 ; 9 juin 2011, décision n°2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 45 ; 13 mars 2014, décision n°2014-690 DC, *Loi relative à la consommation*, cons. 31 ; 4 avril 2014, décision n°2014-373 QPC, *Société Séphora* ; 28 mai 2014, décision n°2014-694 DC, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, cons. 4 ; 3 février 2016, décision n°2015-520 QPC, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash*, cons. 9 ; 29 décembre 2015, décision n°2015-726 DC, *Loi de finances rectificative pour 2015*, cons. 5 ; 21 janvier 2016, décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. 5. Ces décisions sont disponibles sur le site du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

¹⁵⁰ « L'Union respecte l'égalité des Etats 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 ».

¹⁵¹ C. CHARPY, « The status of (secondary) Community law (...) », *op. cit.*, p. 442.

¹⁵² 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* (sous la dir. de F. Berrod, J. Gerkrath et al.), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 415.

¹⁵³ C. GREWE, et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, p. 337.

¹⁵⁴ A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN), Paris, Pedone, 2011, pp. 13-14. C'est *in fine* ce que R. DESCARTES défendait lorsque, dans les *Méditations*, il s'intéressait au décalage entre la phénoménalité de la cire et la permanence de son être.

changements normatifs encourus. L'instabilité constitutionnelle qu'expérimente la France depuis 1789 n'illustre-t-elle pas d'elle-même que le changement, par effet de contraste, est l'indicateur premier de l'identité d'une chose ?

Quoi qu'il en soit, cette possibilité de révision constitutionnelle a permis à la décision n°2006-540 d'être reçue comme relativement coopérative à l'égard du projet européen – à la différence de la C.C.F.A. (voy. *infra*). D'ailleurs, comme le rappelle l'ancien président du Conseil J.-L. DEBRÉ, le Conseil constitutionnel s'efforce d'établir un véritable dialogue des juges avec la C.J.U.E. afin de construire une harmonie entre les ordres juridiques.¹⁵⁵ De surcroît, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il ne se déclarera compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une loi de transposition qu'en cas de contrariété à l'identité constitutionnelle¹⁵⁶ – auquel cas un empêchement par le Conseil d'une transposition de directive met effectivement la France en porte-à-faux avec ses engagements européens.¹⁵⁷ Toutefois, aussi longtemps que ce noyau dur est préservé, l'article 88-1 de la Constitution protège la loi de transposition de tout grief d'inconstitutionnalité.¹⁵⁸ Cela est souvent le cas étant donné que Conseil n'a fait référence au « venin de l'identité constitutionnelle »¹⁵⁹ que trois fois depuis sa décision de 2006.¹⁶⁰ Ceci sans rappeler la consécration importante du principe de primauté et de l'effet direct du droit européen effectuée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2004-540.¹⁶¹

Aujourd'hui, la prise de position du Conseil constitutionnel en faveur de l'identité constitutionnelle française a donné naissance à toute une génération de décisions relatives à la transposition des directives – à commencer par la jurisprudence du Conseil d'Etat français qui, dans sa décision *Arcelor*, tient un discours similaire dans une formulation sensiblement plus large.¹⁶²

Sous-section II

CONTENU DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

Si la formule employée par le Conseil constitutionnel est innovante, le contenu précis de l'identité constitutionnelle française reste énigmatique. A la différence de la C.C.F.A., le Conseil constitutionnel

¹⁵⁵ J.-L. DEBRÉ, « Conseil constitutionnel et Union européenne », 23 septembre 2014, discours à l'ambassade d'Allemagne à Paris, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/conseil-constitutionnel-et-union-europeenne> (1 novembre 2018).

¹⁵⁶ 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, p. 152.

¹⁵⁷ Lorsqu'un tel constat d'inconstitutionnalité survient, le Conseil est conscient des difficultés politiques dans lesquelles il se place. Dans certains arrêts, il a donc décidé de reporter dans le temps les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité « pour permettre au législateur de procéder à la correction de l'incompétence négative », voy. Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, décision n°2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008564D C.htm> (16 novembre 2018), cons. 58.

¹⁵⁸ D. PARIS, « Constitutional courts as European (...) », *op.cit.*, p. 804. Par contre, il est des auteurs doctrinaux qui ne voient aucun obstacle à ce que les lois portant exécution à des *règlements* européens soient, eux aussi, menacés d'être mis à l'écart en cas de violation d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil constitutionnel reste toutefois incertain à ce propos. Voy. E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance : comparaison avec la situation en France », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p. 344 et C. CHARPY, « The status of (secondary) Community law (...) », *op. cit.*, p. 442.

¹⁵⁹ D. SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, mars 2007, Etude n°3, cité dans F.-X. MILLET, *L'Union européenne et (...)*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁰ D. ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? – L'identité constitutionnelle en France » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN), Paris, Pedone, 2011, p. 89.

¹⁶¹ F. CHALTIEL, « Nouvelle précision sur (...) », *op. cit.*, pp. 839-843 ; Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n°2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm> (5 novembre 2018), cons. 28-30.

¹⁶² C.E., Ass., 8 février 2007, requête n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Rec.*, p. 55, concl. M. GUYOMAR, *R.T.D.E.*, n° 43 (2), avril-juin 2007, p. 378-402.

ne s'est abandonné à aucune définition de l'identité ni à aucune énonciation de normes particulières. Il ne s'est pas non plus fondé sur sa réserve matérielle de constitutionnalité, consacrée à l'article 89, alinéa 5 de la Constitution et sauvegardant la forme républicaine de la France.¹⁶³

Ce sont les auteurs doctrinaux qui ont donc procédé à l'exercice périlleux de définition de l'identité constitutionnelle. Ils interprètent généralement ce concept à la lumière des propos du président du Conseil P. MAZEAUD lors de son discours de vœux en 2005 : « [m]ais 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* ». ¹⁶⁴ Les composantes de l'identité constitutionnelle française seraient donc des éléments distinctifs de l'ordre juridique français – ce qui contraste avec l'identité constitutionnelle allemande.¹⁶⁵ Sur cette base, F. CHALTIEL énonce que la France est une République laïque, indivisible, démocratique et sociale, jouissant d'un régime parlementaire, régie selon une organisation étatique décentralisée et transcendée par le principe d'égalité devant la loi.¹⁶⁶ M. CLAES et J.-H. REESTMAN complètent en renvoyant à d'autres principes épars tels que le champ d'application *rationa personae* du droit de vote aux élections françaises, le principe d'unité et d'indivisibilité de la République et la définition des critères d'accès aux fonctions publiques.¹⁶⁷ De son côté, M. QUESNEL suppose que l'identité constitutionnelle de la France renvoie nécessairement à sa « bannière républicaine », ¹⁶⁸ ce qui est critiqué cependant par P. BLACHÈRE et G. PROTIÈRE.¹⁶⁹ M. QUESNEL identifie ainsi la souveraineté parlementaire, le suffrage universel, le bicaméralisme inégalitaire et le patriotisme.¹⁷⁰

In fine, il ressort qu'aucun consensus doctrinal n'existe sur la composition de l'identité constitutionnelle française.¹⁷¹ Cela n'est *per se* pas étonnant considérant l'instabilité constitutionnelle importante qu'a connu la France depuis 1789 jusqu'à la Constitution de la V^{ème} République, au point d'empêcher toute lecture historique de l'identité constitutionnelle française.¹⁷² A notre sens, la jurisprudence du Conseil y perd cependant une légitimité considérable. Tout au plus sommes-nous certains qu'au-delà des règles et principes, le véritable objet de protection sont les *valeurs* qu'ils véhiculent, ancrées dans une certaine vision de l'homme, de la nation et de l'organisation sociale.¹⁷³ Pour le surplus, chaque auteur identifie des règles et principes différents selon des méthodes vagues, peu justifiées et motivées par un sentiment général de subjectivité. Ces controverses doctrinales fragilisent le concept d'identité,¹⁷⁴ lequel

¹⁶³ M. WENDEL, « Lisbon before courts (...) », *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁴ P. MAZEAUD, Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 3 juillet 2005, Paris, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique-0> (6 novembre 2018). Nous soulignons.

¹⁶⁵ E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité (...) », *op. cit.*, p. 344.

¹⁶⁶ F. CHALTIEL, « Nouvelle précision sur (...) », *op. cit.*, p. 844.

¹⁶⁷ M. CLAES et J.-H. REESTMAN, « The Protection of the National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the *Gauweiler* Case », *German Law Journal*, Vol.16(4), 2015, p. 952.

¹⁶⁸ M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, pp. 154-165.

¹⁶⁹ P. BLACHÈRE et G. PROTIÈRE, « Le Conseil constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 134.

¹⁷⁰ M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, p. 162.

¹⁷¹ Pour une analyse complète, voy. l'étude : M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, 538 p.

¹⁷² A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, p. 10.

¹⁷³ E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents (...) », *op. cit.*, p. 464.

¹⁷⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité constitutionnelle en question(s) » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN), Paris, Pedone, 2011, p. 161.

devrait protéger la France d'une intégration européenne envahissante avec « un mur fait en dur, et non en paille et brindilles ». ¹⁷⁵ L'ultime solution devra être fournie par le juge constitutionnel selon une méthode qui lui appartiendra de définir. ¹⁷⁶

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE : L'ÈRE DU PLURALISME CONSTITUTIONNEL

« L'ère est assurément au pluralisme constitutionnel » constate L. BURGORGUE-LARSEN. ¹⁷⁷ Face l'Union européenne qui clame la primauté absolue de son droit européen, trois solutions sont possibles pour les Etats membres: se soumettre, s'opposer ou se concilier. La première solution revient, à l'extrême, à s'abandonner à une Union-Etat. La deuxième revient à empêcher une intégration européenne pour laquelle les Etats se sont pourtant engagés. Reste alors la troisième option : trouver un point d'équilibre entre transfert de droits souverains et respect des ordres constitutionnels.

La revendication de la C.C.F.A. et du Conseil constitutionnel de protection de leur identité constitutionnelle se trouve quelque part dans cette troisième zone de recherche. Il s'agit de dénoncer une primauté européenne excessive et d'atteindre un point d'équilibre entre l'émergence d'un patrimoine de valeurs communes et la sauvegarde des patrimoines constitutionnels nationaux dont la désintégration se profile. ¹⁷⁸ Cette revendication d'équilibre a d'ailleurs été tellement symptomatique d'un sentiment général des Etats membres qu'elle a fait écho au sein de beaucoup d'entre eux. Depuis une dizaine d'années, l'idée de protéger certains éléments constitutionnels – voire supra-constitutionnels ? ¹⁷⁹ – en les érigeant comme identité constitutionnelle s'est ainsi largement popularisée, tant dans la sphère politique ¹⁸⁰ qu'au sein des juridictions constitutionnelles ¹⁸¹ telles que le tribunal constitutionnel espagnol, ¹⁸² la Cour constitutionnelle tchèque ¹⁸³ et le tribunal constitutionnel polonais. ¹⁸⁴

Toutefois, l'analyse de la jurisprudence de la C.C.F.A. et du Conseil constitutionnel démontre au moins ceci : le concept d'identité constitutionnelle est loin d'être précisément arrêté. ¹⁸⁵ A tenter une définition générale et abstraite, nous dirons que l'identité constitutionnelle, au sens d'ipséité, ¹⁸⁶ consiste en

¹⁷⁵ D. ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle, bouclier (...) », *op. cit.*, p. 96.

¹⁷⁶ M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁷⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité constitutionnelle en question(s) », *op. cit.*, p. 168.

¹⁷⁸ D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. Burgorgue-Larsen), Paris, Pedone, 2011, p. 29.

¹⁷⁹ Voy. un plaidoyer en ce sens : E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents (...) », *op. cit.*, pp. 451-482.

¹⁸⁰ Le premier ministre lituanien Valdis Dombrovskis a invité l'ensemble des citoyens lituaniens à « exprimer leur foi dans l'identité nationale lituanienne et dans les valeurs constitutionnelles » lors d'un référendum en 2012 afin de voter contre la reconnaissance du Russe comme seconde langue nationale – voy. Discours du nouvel an du premier ministre lituanien, 31 décembre 2011, cité dans E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, *op. cit.*, p. 1. Le premier ministre britannique David Cameron a, lui aussi, fait plusieurs fois référence à l'identité nationale dans ses discours relatifs au multiculturalisme et à la crise européenne – voy. Discours du premier ministre britannique David Cameron à la conférence de Munich sur la sécurité, 5 février 2011, <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-speech-at-munich-security-conference> (3 octobre 2018) et Discours du premier ministre britannique David Cameron au Lord Mayor's Banquet, 14 Novembre 2011, <https://www.gov.uk/government/news/prime-ministers-speech-at-the-lord-mayors-banquet> (3 octobre 2018).

¹⁸¹ Voy. une étude des positions des différents Etats membres de l'Union dans C. GRABENWARTER, « National Constitutional Law relating to the EU » in *Principles of European Constitutional Law* (sous la dir. de A. VON BOGDANDY et J. BAST), Oxford, Hart Publishing, 2nd ed., 2009, pp. 83-91.

¹⁸² Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, D.T.C. n° 1/2004, B.O.E. n°3, 4 janvier 2005, F.J. n°2.

¹⁸³ Cour constitutionnelle tchèque, *Slovak Pensions*, 31 janvier 2012, n° Pl. US 5/12.

¹⁸⁴ Tribunal constitutionnel polonais, *Lisbonne*, 24 novembre 2010, n° K 32/09, Dz. U. n°229, al. 1506, 6 décembre 2010.

¹⁸⁵ H. LÓPES BOFILL, « What is not constitutional pluralism (...) », *op. cit.*, p. 240.

¹⁸⁶ A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, p. 9.

« l'ensemble des caractéristiques essentielles et inaliénables (...) d'un ordre juridique », ¹⁸⁷ dont le respect s'impose à toutes les normes existantes, législatives, européennes et constitutionnelles et dont « *any change entails not only an amendment of the constitution, but a whole revolution* ». ¹⁸⁸ Une définition plus générale est toutefois impossible ; en pratique, « *constitutional identity is what Constitutional Courts say it is* ». ¹⁸⁹ Et cela ne revient pas à dire grand-chose : soit les juges constitutionnels, comme la C.C.F.A., décomposent l'identité constitutionnelle en un certain nombre d'éléments listés, ce qui varie alors d'un Etat à l'autre ; soit les juges se réfugient derrière de grandes formules abstraites, à l'instar du Conseil constitutionnel. Les théories énoncées par les juridictions constitutionnelles restent ainsi vagues et il est difficile de dégager des conclusions fermes depuis leurs raisonnements mécaniques et incomplets. L'identité constitutionnelle est donc bien « un instrument au service du pouvoir des juges », ¹⁹⁰ mais un instrument qui reste à développer.

Ce flou général derrière le concept d'identité constitutionnelle n'est pas sans danger. Il fait courir le risque des interprétations anarchiques où chaque Cour constitutionnelle y va de sa propre notion face à la C.J.U.E. Une telle situation, si elle se généralisait, mettrait en péril le projet européen ; l'identité constitutionnelle deviendrait une manifestation supplémentaire du repli identitaire des Etats membres. ¹⁹¹ Comme s'interrogeaient C. GREWE et J. RIDEAU, « l'identité constitutionnelle ne serait-elle alors que le manteau commun, couvrant plus ou moins habilement la disparité des habits nationaux, cachant d'un signifiant unique le retour de ou vers l'Etat national » ? ¹⁹² A notre opinion, un affolement excessif n'a toutefois pas lieu d'être : aucune des juridictions nationales ayant à ce jour invoqué l'identité constitutionnelle n'a encore mis en application son avertissement. Déclarations interprétatives des Traités ou révisions constitutionnelles, la gestion des conflits potentiels a toujours été assurée. Jusqu'à un certain point, ce phénomène présente même des avantages : il contient les tendances fédéralistes de l'Union et oblige le phénomène intégratif à évoluer vers plus d'écoute et d'horizontalité.

A l'heure actuelle, le concept d'identité constitutionnelle vacille donc dans un univers de tous les possibles, entre fonction de fermeture et fonction d'ouverture. Il reste à analyser la réaction de l'Union européenne face à ce phénomène.

TITRE II

L'UNION EUROPÉENNE ET LE RESPECT DE L'IDENTITÉ NATIONALE DES ETATS MEMBRES

Le droit de l'Union européenne n'a jamais été complètement indifférent au discours identitaire des Etats membres. Les rapports entre les Etats et l'Union ont toujours été étudiés sous les termes de la répartition des compétences, de l'ordre public, des exigences impérieuses d'intérêt général et de la souveraineté

¹⁸⁷ E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents (...) », *op. cit.*, p. 455.

¹⁸⁸ A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA, « Introduction (...) », *op. cit.*, 2013, p. 20.

¹⁸⁹ H. LÓPES BOFILL, « What is not constitutional pluralism (...) », *op. cit.*, p. 240.

¹⁹⁰ 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 »*, 10e journées du Pôle européen J. Monnet, Faculté de droit de Metz, p. 443.

¹⁹¹ A. LEVADE, « Citoyenneté de l'Union européenne et identité constitutionnelle », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2011/1, p. 98. De façon générale, ce repli est issu d'une incrimination générale de l'Europe pour être trop éloignée des préoccupations de ses citoyens.

¹⁹² C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, p. 10.

nationale.¹⁹³ Toutefois, ce n'est qu'au début des années 2000 que l'identité nationale – et non *constitutionnelle* – devient un sujet de débat juridique européen *per se*.¹⁹⁴ Ces références à l'identité nationale sont d'une signification symbolique et d'une portée politique non négligeables : il s'agit à l'évidence d'une prise en considération de ce qui fut qualifié de « l'anxiété des Etats »,¹⁹⁵ prenant progressivement le dessus sur le débat classique de la souveraineté.¹⁹⁶

Cependant, si l'inquiétude des Etats a été entendue, cette notion d'identité nationale a été accueillie avec beaucoup de prudence. Rappelons qu'initialement, pour la C.J.U.E., « le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne pour limiter la portée des dispositions du droit communautaire aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis ». ¹⁹⁷ D'une part, le langage identitaire qui renvoie à des caractéristiques immuables distinguant le « nous » des « autres » n'est pas en harmonie avec le projet européen d'union sans cesse plus étroite. D'autre part, le discours de l'identité constitutionnelle affaiblit les principes fondateurs européens tels que la primauté et l'uniformité du droit de l'Union.¹⁹⁸

C'est donc avec réserve que les textes de droit primaire (Section I), puis la C.J.U.E. (Section II), se sont progressivement attachés à reconnaître une obligation pour l'Union de respecter l'identité nationale des Etats membres. Ce concept, par son rapprochement avec le concept national d'identité constitutionnelle, a-t-il ouvert une voie vers la conciliation des intérêts nationaux et européens ?

CHAPITRE I

RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ NATIONALE DANS LE DROIT PRIMAIRE EUROPÉEN

La reconnaissance des revendications identitaires des Etats membres par le droit primaire a été progressive. Elle émerge dans un état embryonnaire avec le Traité de Maastricht (sous-section I) avant d'évoluer vers un concept – partiellement – clarifié dans le Traité de Lisbonne (sous-section II).

SECTION I

CONCEPT EMBRYONNAIRE DANS LE TRAITÉ DE MAASTRICHT

Si la première référence au concept européen d'identité nationale apparaît en 1992 dans le Traité de Maastricht (sous-section I), le choix de consacrer une identité *nationale* et non *constitutionnelle* interroge sur sa signification (sous-section II).

¹⁹³ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et (...)*, *op. cit.*, p. 149 ; O. DUBOS, « Inconciliable primauté (...) », *op. cit.*, p. 432.

¹⁹⁴ A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA, « Introduction. Why constitutional identity suddenly matters : a tale of brave states, a mighty union and the decline of sovereignty » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p. 5.

¹⁹⁵ D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans (...) », *op. cit.*, p. 29.

¹⁹⁶ Il ne faut pas confondre le concept d'identité constitutionnelle et de souveraineté nationale. Pour une étude de la souveraineté nationale : M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, pp. 85-132.

¹⁹⁷ C.J.C.E., arrêt *Commission contre Belgique*, 17 décembre 1980, aff. C-149/7, *Rec. C.J.C.E.*, 1980, p. 3881, § 19 ; M. GUYOMAR, concl. sous C.E., Ass., 8 février 2007, requête n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *R.T.D.E.*, n° 43 (2), avril-juin 2007, p. 379.

¹⁹⁸ P. VAN NUFFEL, « De nationale identiteit van de lidstaten : bouwsteen of splijtzwam voor het recht van de Europese Unie ? », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 361-362.

SOUS-SECTION I

NAISSANCE DU CONCEPT

En 1992, les inquiétudes des Etats membres, en particulier de l'Allemagne (voy. *supra*), face au développement toujours plus grand de l'Union s'affermissent. Le législateur européen, qui ne peut plus ignorer ces préoccupations nationales, décide d'intervenir.¹⁹⁹ L'objectif principal était de pacifier les tensions en traduisant, dans des termes acceptables pour le principe européen de primauté, les réserves de constitutionnalité revendiquées par les juridictions nationales²⁰⁰ et de confirmer dans son droit primaire que la Communauté européenne n'évoluerait pas vers un Etat fédéral.²⁰¹ L'article F, § 1 du Traité de Maastricht sur l'Union européenne énonce ainsi que « [l']union respecte l'identité nationale de ses Etats membres, dont les systèmes de gouvernement²⁰² sont fondés sur les principes démocratiques ». ²⁰³

La prise en considération des préoccupations nationales sur le plan européen donne ainsi naissance à la notion d'identité *nationale*,²⁰⁴ laquelle est directement associée à la légitimité que les Etats tirent de leurs valeurs démocratiques,²⁰⁵ ce qui dénote la prise en compte d'une identité nationale davantage politique que culturelle. Ainsi est reconnue par les textes de droit primaire la pluralité des valeurs et traditions des Etats membres entérinées dans leurs règles les plus fondamentales.²⁰⁶ Toutefois, à l'époque, le concept imprécis est encore embryonnaire, voire symbolique. La C.J.C.E. elle-même considère cette clause de respect des identités nationales comme édictant, sinon un principe politique, tout au plus un « but légitime » ne contrebalançant en aucune façon les principes fondateurs de l'Union.²⁰⁷ Cet article F, § 1 est repris en des termes similaires à l'article 6, § 3 du Traité d'Amsterdam.²⁰⁸

SOUS-SECTION II

IDENTITÉ NATIONALE ET NON CONSTITUTIONNELLE, UN CHOIX SIGNIFICATIF ?

Dès le développement de cette « clause d'identité nationale » dans le Traité de Maastricht, les auteurs doctrinaux se sont arrachés sur la question de savoir si l'article F, § 1 *confirmait* la jurisprudence des *controlimiti* développées par certaines juridictions constitutionnelles, leur reconnaissant de la sorte le pouvoir d'ériger unilatéralement des barrières face au processus d'intégration européenne, ou si le

¹⁹⁹ R. TONIATTI, « Sovereignty lost (...) », *op. cit.*, p. 63.

²⁰⁰ H. DUMONT, « La traduction, ciment du "Pacte constitutionnel européen". Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales (avec une postface sur l'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle allemande) », *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, No. 1, 2010, p. 39.

²⁰¹ M. CLAES et J.-H. REESTMAN, « The Protection of (...) », *op. cit.*, p. 932.

²⁰² La référence aux systèmes de gouvernement dans la disposition indique que la notion d'identité est perçue selon une optique politique et non culturelle, voy. M. CLAES, « National identity: trump card (...) », *op. cit.*, p. 116.

²⁰³ Traité de Maastricht, *op. cit.*, art. F, § 1.

²⁰⁴ La notion d'identité nationale utilisée ici est une notion juridique qui doit être distinguée de la notion politique qui irrigue régulièrement les débats nationalistes, notamment en France depuis les années 80 jusqu'à la campagne présidentielle de Nicolas SARKOZY. Voy. M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, p. 140.

²⁰⁵ H. DUMONT, « L'intégration européenne et le respect de l'identité nationale des états (notamment fédéraux) » in *Europese voorschriften en Staatshervorming – Contraintes européennes et réforme de l'Etat* (sous la dir. de E. VANDENBOSSCHE et S. VAN DROOGHENBROECK), Brugge, die Keure, 2013, p. 55.

²⁰⁶ Encore faut-il que la situation en cause tombe dans le champ d'application du droit européen, ce qui n'est pas le cas des situations de droit purement interne. Voy. l'affaire concernant la Belgique, C.J.C.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-1683, §§ 33 à 38.

²⁰⁷ C.J.C.E., arrêt *Commission contre Grand-Duché du Luxembourg*, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-3207.

²⁰⁸ 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, approuvé par la loi du 10 août 1998, *M.B.*, 30 avril 1999, p. 14855.

Traité de Maastricht visait davantage à *européaniser* ces revendications identitaires afin de soumettre désormais l'identité nationale au contrôle exclusif de la C.J.U.E. qui en aura le monopole d'interprétation. L'enjeu de la question est important. L'étude des rapports entre les concepts d'identité nationale et constitutionnelle permet, au minimum, d'élaborer un outil de compréhension des jurisprudences de la C.J.U.E. et des Etats membres et, au mieux, d'expliquer les rapports entre l'Union et les Etats et de composer la clef d'analyse de l'intégration européenne. Cependant, seule une analyse plus approfondie des textes et de la jurisprudence de la C.J.U.E. nous permettra de prendre position dans cette controverse. Nous renvoyons donc le lecteur à nos développements ultérieurs.

Qu'il nous soit toutefois déjà permis d'interroger, indépendamment du caractère identique ou distinct de *l'approche* à réserver aux concepts d'identité nationale et constitutionnelle, si cette référence à l'identité nationale par le Traité de Maastricht renvoie à une *réalité* identique ou distincte du concept national d'identité constitutionnelle, *i.e.* se compose des mêmes normes fondamentales. La doctrine est divisée à ce propos. Nous rejoignons pour notre part l'opinion défendue entre autres²⁰⁹ par F.-X. MILLET²¹⁰ et R. TONIATTI²¹¹ qui estiment que la variation sémantique entre les deux concepts ne désigne pas une variation significative de leur contenu.²¹² En effet, l'identité nationale édictée par le législateur européen est également constitutionnelle. D'une part, le projet de Traité de Maastricht du 12 avril 1991 énonçait initialement en son article D, § 1 que « l'Union exerce ses compétences dans le respect de l'identité nationale des Etats membres et de leurs systèmes *constitutionnels* ». ²¹³ D'autre part, à l'article 6, § 3 du Traité d'Amsterdam succède immédiatement un article 6, § 2 faisant référence aux « traditions constitutionnelles communes ». La volonté de relier l'identité nationale aux systèmes constitutionnels des Etats membres est donc présente dès l'origine dans l'esprit du législateur européen. Cette analogie des notions est d'autant mieux confirmée avec l'article 4, § 2 du Traité de Lisbonne qui précise que l'identité nationale des Etats est « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » (voy. *infra*).²¹⁴

A notre sens, la référence au *national* plutôt qu'au *constitutionnel* par le législateur européen s'explique dès lors davantage par une volonté de ne pas limiter l'obligation européenne de respect aux normes idiosyncratiques inscrites formellement dans une Constitution, et de l'étendre à l'ensemble des traditions inaliénables d'un Etat, en ce compris lorsque cet Etat ne dispose pas d'une constitution écrite.²¹⁵ Le concept d'identité *constitutionnelle*, dans son contenu, est ainsi une application particulière, propre à

²⁰⁹ Voy. aussi la position implicitement adoptée par P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse ; Belgian Constitutional Court No. 62/2016, 28 April 2016 », *European Constitutional Law Review*, Vol. 13(1), 2017, p. 363.

²¹⁰ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et (...)*, *op. cit.*, pp. 156 et s.

²¹¹ R. TONIATTI « Sovereignty lost (...) », *op. cit.*, pp. 64 et s. Notons d'ailleurs le choix sémantique de l'ouvrage qui parle de *national constitutional identity*.

²¹² Voir deux opinions opposées : M. CLAES, « National identity: trump card (...) », *op. cit.*, pp. 111-112; A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA, « Introduction. Why constitutional (...) », *op. cit.*, p. 8.

²¹³ *Documents Europe*, 3 mai 1991, n° 1709/1710. Nous soulignons.

²¹⁴ C'est d'ailleurs que cette façon qu'ont été interprétées les dispositions européennes successives relatives à l'identité nationale des Etats membres par les Avocats généraux dans leurs conclusions depuis les années 2000 (voy. *infra*).

²¹⁵ S. MARTIN, « L'identité de l'état (...) », *op. cit.*, pp. 24-25.

chaque Etat, de la réalité représentée par le concept général d'identité *nationale*, lequel a vocation à s'appliquer de façon uniforme dans tous les Etats.²¹⁶

Toutefois, et nous comprenons ici la profondeur de la problématique, ces considérations théoriques de parallélisme entre les deux concepts ne signifient pas qu'en pratique, cette similitude sera effectivement reconnue par les juridictions. Rien ne garantit que les juges constitutionnels accueilleront effectivement le concept européen d'identité nationale – ni la C.C.F.A. ni le Conseil constitutionnel n'y font d'ailleurs pas de référence approfondie dans les arrêts analysés ci-dessus – ni qu'inversément l'Union intégrera le concept national d'identité constitutionnelle dans l'exercice de ses compétences – elle refuse parfois de le faire (voy. *infra*). Dans une optique optimiste, nous pouvons toutefois affirmer que l'article 4, § 2 est en tout état de cause une porte potentiellement ouverte au dialogue, quoique complexe, entre juridictions nationales et européennes. Tout dépend de la lecture que nous en faisons (voy. *infra*).

SECTION II

ESSOR DU CONCEPT DANS LE TRAITÉ DE LISBONNE

Alors que le Traité de Maastricht n'avait énoncé qu'un concept imprécis, le Traité de Lisbonne de 2007 offre à la clause européenne d'identité nationale son plein (vraiment ?) essor. Inspiré de la formule édictée à l'article I, § 5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'article 4, § 2 du Traité de Lisbonne énonce désormais que : « 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 ».²¹⁷

Deux changements apparaissent comme significatifs dans l'édition de ce nouvel article : la meilleure précision de la formule de la clause d'identité nationale (sous-section I) et le repositionnement de cette clause au sein du Traité (sous-section II).

SOUS-SECTION I

CHANGEMENT DE FORMULATION : CLARIFICATION DU CONTENU

Le Traité de Lisbonne a repris le principe de respect de l'identité nationale des Etats membres en des termes différents de ceux précédemment utilisés dans le Traité de Maastricht. L'accent est désormais posé sur le contenu de cette identité nationale des Etats membres, présentée comme « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ». Le but premier de cette précision est de « freiner la frénésie

²¹⁶ C'est d'ailleurs la position adoptée par l'avocat général POIARES MADURO, pour qui « l'identité nationale comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre », voy. 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, § 31.

²¹⁷ Nous soulignons.

fédéraliste d'alors »²¹⁸ : le principe moteur de l'intégration européenne doit être le respect des identités des Etats membres (« Unité dans la diversité ») et non le dépassement de ces dernières.²¹⁹

Quatre éléments de définition de l'identité nationale sont à déduire de cette nouvelle formule.

Premièrement, sont explicitement énoncés comme inhérents à l'identité nationale d'un Etat membre les traits principaux de son système politique: le choix d'une forme monarchique ou républicaine²²⁰, le système de répartition des compétences et les rapports entre le pouvoir central et les pouvoirs périphériques.²²¹ Concernant ce dernier élément, il est déduit de la référence aux règles d'autonomie locale et régionale que les normes fondamentales établissant la structure fédérale d'un Etat membre tombent également sous le coup de l'article 4, § 2 du T.U.E. Cela étant, la C.J.U.E. estime qu'un Etat ne peut exciper de sa structure fédérale inhérente à son identité nationale pour justifier du manquement à ses obligations européennes.²²² Son intégration de cette structure fédérale dans la clause d'identité intervient en amont, lors de sa définition du *champ d'application* du droit européen qui exclut alors les normes constitutionnelles relatives établissant le fédéralisme.²²³

Deuxièmement, si le libellé de l'article 4, § 2 renvoie aux structures et attributs politiques et constitutionnels des Etats, une majorité de la doctrine²²⁴ estime que l'identité nationale renvoie à d'autres éléments caractéristiques d'un Etat tels que les conditions d'accès à un emploi dans l'administration publique²²⁵, le principe d'égalité, certains droits fondamentaux, les fonctions essentielles de l'Etat ainsi que le respect de la diversité culturelle et linguistique,²²⁶ lequel ne jouit pas nécessairement de protection constitutionnelle.²²⁷ La C.J.U.E. a elle-même reconnu que l'identité nationale d'un Etat membre comprenait notamment la protection de la langue officielle nationale d'un Etat.²²⁸ Certains avocats généraux estiment également que la séparation des pouvoirs²²⁹ et le choix de composition des organes politiques nationaux²³⁰ tombent sous le coup de la clause d'identité nationale.

²¹⁸ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 485.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ La C.J.U.E. l'a elle-même reconnu dans C.J.U.E., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, § 92.

²²¹ Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA contre Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-6747, § 54.

²²² C.J.C.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-1683.

²²³ Voy. Av. gén. E. SHARPSTON, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, *op. cit.*, § 105 ; C.J.C.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, *op. cit.*, p. I-1683 ; E. CLOOTS, « Europese integratie en de eerbiediging van de nationale identiteit van de lidstaten » in *Europese voorschriften en Staatshervorming – Contraintes européennes et réforme de l'Etat* (sous la dir. de E. VANDENBOSSCHE et S. VAN DROOGHENBROECK), Brugge, die Keure, 2013, p. 54.

²²⁴ Voy. par exemple, S. AERTS, « Nationale identiteit als barrière tegen Europese integratie », *C.D.P.K.*, 2015, pp. 338-339 ; P. VAN NUFFEL, « De nationale identiteit (...) », *op. cit.*, pp. 359-360 ; S. MARTIN, « L'identité de l'état (...) », *op. cit.*, pp. 23-25 ; L. F. M. BESSELINK, « National and constitutional identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, Vol. 6(3), 2010, p. 44.

²²⁵ Traité de Lisbonne, *op. cit.*, art. 45, § 4, ; C.J.C.E., arrêt *Commission contre Grand-Duché du Luxembourg*, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-3207 ; C.J.U.E., arrêt *Commission européenne contre Grand-duché du Luxembourg*, 24 mai 2011, aff. C-51/08, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-4231.

²²⁶ Traité de Lisbonne, *op. cit.*, art. 3, § 3, al. 4 ; H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », *op. cit.*, p. 60.

²²⁷ Pour une opinion contraire, voy. A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming absolute primacy : respect for national identity under the Lisbon Treaty », *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1417-1454.

²²⁸ C.J.U.E., arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn* (...), *op. cit.*, § 86.

²²⁹ Av. gén. R.-J. COLOMER, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Umweltanwalt von Kärnten v Kärntner Landesregierung*, 10 décembre 2009, aff. C-205/08, *Rec. C.J.U.E.*, 2009, p. I-11525.

²³⁰ Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Janko Rottman contre Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, aff. C-135/08, 2010, p. I-1449.

Troisièmement, l'identité dont cet article assure le respect est *nationale*, et non *étatique*. L. BESSELINK en déduit qu'en présence d'un Etat plurinational, les collectivités infra-étatiques pourraient se voir reconnaître un respect de leur identité propre.²³¹ Nous contestons toutefois cette doctrine et rejoignons l'opinion de H. DUMONT: le T.U.E. étant un traité visant une union sans cesse plus étroite entre les *Etats*, l'article 4, § 2 ne peut pas être entendu *de iure* comme imposant le respect des identités infra-étatiques qui, d'ailleurs, ne sont pas entendues comme *nationales* au sens juridique – et non socio-politique – de leur droit interne.²³²

Enfin, quatrièmement, la référence au terme « fondamental » renvoie aux valeurs les plus essentielles d'un Etat membre et évite que toute spécificité constitutionnelle soit considérée comme inhérente à son identité nationale.²³³ Ceci afin d'éviter « une instrumentalisation de l'objection tirée de l'identité nationale »²³⁴ par les Etats membres dans le seul but de se soustraire à leurs obligations européennes.²³⁵ Dans l'affaire *Michaniki*, l'Avocat général POIARES MADURO avertit de la sorte : « ce respect dû à l'identité constitutionnelle des Etats membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales. S'il en était ainsi, les constitutions nationales pourraient devenir un instrument permettant aux Etats membres de s'affranchir du droit communautaire dans des domaines déterminés. Bien plus, il pourrait en résulter des discriminations entre Etats membres en fonction du contenu donné par chacun d'eux à leurs constitutions nationales ». ²³⁶ Par ailleurs, la clause d'identité nationale ne pourrait pas être invoquée par un Etat devant la C.J.U.E. afin de protéger une disposition constitutionnelle dont le contenu est en contradiction avec les valeurs européennes ou avec la Charte.²³⁷

Une analyse générale et abstraite plus approfondie de l'identité nationale visée à l'article 4, § 2 du T.U.E. est impossible. Sa nature contingente varie pour chaque Etat membre de sorte qu'aucune définition impersonnelle ne peut être formulée.²³⁸ Il appartiendra à la Cour de justice d'apprécier le champ d'application de la clause d'identité nationale au cas par cas.²³⁹

SOUS-SECTION II

REPOSITIONNEMENT SYSTÉMIQUE DU PRINCIPE DANS LE TRAITÉ

Antérieurement au Traité de Lisbonne, le principe de respect des identités nationales était corrélé à la protection des droits fondamentaux visés à l'article 6, § 1 du T.U.E, ce qui conférerait au principe de

²³¹ L. F. M. BESSELINK, « National and constitutional identity (...) », *op. cit.*, pp. 42-43 ; La C.J.U.E. l'a déjà reconnu : « Il ne saurait être exclu qu'une entité infra-étatique dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un Etat pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et environnemental dans lequel opèrent les entreprises », voy. C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA contre Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-6747, § 48.

²³² H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », *op. cit.*, p. 68.

²³³ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming absolute primacy (...) », *op. cit.*, pp.1431-1432 ; S. AERTS, « Nationale identiteit als (...) », *op. cit.*, pp. 47-48.

²³⁴ H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », *op. cit.*, p. 64.

²³⁵ P. VAN NUFFEL, « De nationale identiteit (...) », *op. cit.*, p. 362.

²³⁶ 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, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-9999, § 33.

²³⁷ P. VAN NUFFEL, « De nationale identiteit (...) », *op. cit.*, p. 360.

²³⁸ O. DUBOS, « Inconciliable primauté (...) », *op. cit.*, p. 439.

²³⁹ D'où l'expression parfois usée « the open-ended list », Voy. S. AERTS, « Nationale identiteit als (...) », *op. cit.*, p. 337, note 24.

respect de l'identité nationale une dimension principalement axiologique.²⁴⁰ Par ailleurs, il n'était pas compris dans la liste exhaustive de l'article 46 du T.U.E. énonçant l'ensemble des articles sujets à la compétence de la C.J.C.E. La justiciabilité de la clause d'identité nationale était ainsi compromise.²⁴¹ Depuis 2007, le principe de respect de l'identité des Etats membres se situe à l'article 4 du T.U.E. entre le principe d'attribution (§ 1), le principe de coopération loyale (§ 3) et les principes de proportionnalité et de subsidiarité (article 5).²⁴² Autant de principes qui fixent les limites à l'action des organes de l'Union. Un tel repositionnement, combiné à la suppression de l'article ex-46 du T.U.E., est révélateur : l'article 4, § 2 du T.U.E. pénètre désormais le champ des compétences de la C.J.U.E. Grâce à sa reformulation plus affinée et opérationnelle, le principe de respect de l'identité nationale des Etats membres peut être ainsi utilisé par la C.J.U.E en tant que critère de validité du droit dérivé lors de ses contrôles de légalité.²⁴³

CHAPITRE II

RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ NATIONALE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

La seule reconnaissance du concept d'identité nationale par le droit primaire, si elle est essentielle, n'est pas suffisante pour assurer l'efficacité de la notion. Encore faut-il que cette clause écrite d'identité nationale ait une incidence directe et concrète dans la jurisprudence de la C.J.U.E.²⁴⁴ Or, la Cour de justice n'a fait que très exceptionnellement référence à l'obligation de respecter l'identité nationale des Etats membres, se limitant à des références implicites (section I) avant d'être explicite dans quelques rares arrêts (section II).

SECTION I

RECONNAISSANCE IMPLICITE DE L'IDENTITÉ NATIONALE DANS LE CONTENTIEUX EUROPÉEN

Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, lorsque le principe de respect de l'identité nationale des Etats ne relevait pas encore de la compétence de la C.J.U.E., la Cour faisait très rarement référence elle-même à l'identité nationale d'un Etat membre. La consécration de ce concept est d'abord apparue, sans surprise, dans les moyens de défense présentés par les Etats membres devant la Cour pour justifier certains manquements à leurs obligations.²⁴⁵ Le concept s'est ensuite répercuté dans les conclusions de certains Avocats généraux, plaidant progressivement en faveur d'une reconnaissance d'une certaine marge de manœuvre pour les Etats dans leur application du droit européen.²⁴⁶ L'Avocat général POIARES MADURO est le premier à faire référence à l'identité nationale, invoquant de façon

²⁴⁰ S. PLATON, « Le respect de l'identité nationale des états membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », *Revue de l'Union européenne*, n°556, 2012, p. 3.

²⁴¹ E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, *op. cit.*, p. 65.

²⁴² P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 486.

²⁴³ O. DUBOS, « Inconciliable primauté (...) », *op. cit.*, p. 438.

²⁴⁴ E. CLOOTS, « Europése integratie en (...) », *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁵ Dans un arrêt C.J.C.E., arrêt *République fédérale d'Allemagne contre Commission des Communautés européennes*, 4 mars 2004, aff. C-344/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2004, p. I-2081, l'Allemagne a fait valoir son organisation constitutionnelle pour justifier certains manquements.

²⁴⁶ Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Royaume d'Espagne contre Eurojust*, 15 mars 2005, aff. C-160/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2005, p. I-2077 ; 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, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-7213, § 40.

intransigeante l'existence d'un véritable « devoir de respect » dans le chef de l'Union en énonçant que « [c]e 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. »²⁴⁷ De nombreuses autres références à la clause d'identité nationale sont ensuite encore effectuées avec audace par les Avocats généraux.²⁴⁸

Pourtant, la C.J.U.E est longtemps restée imperméable à ces pressions. Les mentions de cette clause sont très implicites, sous des dénominations qui ont même pu occulter leur constatation et pousser les lecteurs à ne retenir que la consécration de l'effet direct et de la primauté du droit européen.²⁴⁹ La C.J.U.E. renvoyait à la langue officielle nationale d'un Etat, à ses usages culturels, à son histoire nationale ou à l'enseignement de son art ; autant d'éléments dont la nécessité de protection étaient – parfois – reconnue.²⁵⁰

Cette réticence tient sans doute à la difficulté d'équilibre : quelle portée donner à l'obligation de respect de l'identité nationale ? Trop forte, elle nuirait à l'effet utile du droit européen ; trop faible, elle serait dépourvue de tout sens. Il faut souligner toutefois un arrêt majeur de la C.J.C.E., l'arrêt *Omega* du 14 octobre 2004.²⁵¹ Dans cette affaire était attaquée, pour atteinte au droit à la libre circulation des services, l'interdiction par une norme allemande de commercialisation d'un jeu de tir au pistolet sur des cibles d'apparence humaine. De façon inhabituelle, la Cour déclara la norme allemande comme une restriction à la liberté de circulation justifiée par une exigence impérieuse d'intérêt général. De fait, un jeu simulant la mise à mort d'êtres humains est de nature à heurter « le niveau de protection de la dignité humaine que la Constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne ». ²⁵² Cette prise en compte par la C.J.C.E. des spécificités de la Loi fondamentale allemande pour justifier une restriction à la libre circulation des services a été interprétée par la doctrine comme une reconnaissance implicite de l'identité nationale allemande.²⁵³

SECTION II

RÉFÉRENCE EXPLICITE AU CONCEPT D'IDENTITÉ NATIONALE DANS LES ARRÊTS DE LA C.J.U.E.

Il faut attendre 2010 pour que la C.J.U.E. s'exprime enfin explicitement sur le contenu et la portée de la clause européenne d'identité nationale. Plusieurs facteurs expliquent que la Cour de Luxembourg se soit alors déridée : (i) l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne avait largement renforcé la portée de

²⁴⁷ Av. gén. M. POIARES MADURO, *Ibid.*, § 31.

²⁴⁸ Voy. e.a. Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA contre Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-6747; Av. gén. V. TRSTENJAK, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle and Région de Bruxelles-Capitale*, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-8457; Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) contre Administración General del Estado*, 5 mars 2009, aff. C-222/07, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=67617&doclang=FR> (28 décembre 2018) ; Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Janko Rottman contre Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, aff. C-135/08, 2010, p. I-1449. Pour un commentaire plus approfondi des conclusions des Avocats généraux dans ces dites affaires : M. CLAES, « National identity: trump card (...) », *op. cit.*, pp. 130-132.

²⁴⁹ Dans l'arrêt *Commission contre Grand-Duché du Luxembourg*, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-3207 évoqué *supra*, la Cour reconnaît le respect de l'identité nationale comme un simple « but légitime » ; dans un arrêt *Anita Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, 28 novembre 1989, aff. C379/87, *Rec. C.J.C.E.*, 1989, p. 3967, la Cour reconnaît que la langue est un moyen d'exprimer l'identité nationale d'un Etat.

²⁵⁰ P. VAN NUFFEL, « De nationale identiteit (...) », *op. cit.*, p. 356.

²⁵¹ C.J.C.E., arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Rec. C.J.C.E.*, 2004, p. I-9609.

²⁵² *Ibid.*, § 41. Nous soulignons.

²⁵³ H. DUMONT, « La traduction, ciment (...) », *op. cit.*, pp. 36-37.

l'article 4, § 2, tant sur le plan sémantique que systémique;²⁵⁴ (ii) l'insistance des Avocats généraux devant la C.J.U.E. devenait difficilement négligeable ; (iii) la C.C.F.A. avait posé une pression supplémentaire sur la C.J.U.E. en 2009 avec sa décision *Lisbonne*²⁵⁵ (voy. *supra*).

Deux arrêts cardinaux de la C.J.U.E. doivent ici être analysés (sous-section I), avant d'interroger la portée actuelle de la clause d'identité nationale (sous-section II).

SOUS-SECTION I

ARRÊTS SAYN-WITTGENSTEIN ET RUNDEVIC-VARDYN

Deux arrêts cardinaux de la Cour luxembourgeoise en 2010 ont marqué le point de départ de la jurisprudence explicite de la Cour relative au rôle qu'est susceptible de jouer la clause d'identité nationale dans les rapports entre les ordres juridiques nationaux et européens.

Dans un célèbre premier arrêt *Sayn-Wittgenstein*,²⁵⁶ la Cour est saisie d'une question préjudicielle l'amenant à apprécier la compatibilité d'une règle autrichienne interdisant le port de titres de noblesse avec le droit à la liberté de circulation des citoyens européens. Le gouvernement autrichien invoquait son « identité nationale » comme justification de cette règle d'interdiction, rattachée au respect de la forme républicaine de l'Etat ainsi qu'au principe d'égalité et de non-discrimination. Au terme de son appréciation, la Cour a retenu cet argument en reconnaissant que, « dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne », la loi d'abolition des titres de noblesse est un « élément de l'identité nationale »²⁵⁷ qui peut légitimement justifier une restriction *proportionnée* au droit de libre circulation des personnes en tant qu'exception d'ordre public.²⁵⁸

Dans un second arrêt *Rundevic-Vardyn*,²⁵⁹ la C.J.U.E. est saisie d'une affaire relative à la réglementation lituanienne sur l'épellation des noms de famille et les conséquences qu'une telle réglementation est susceptible d'avoir sur la libre circulation des personnes dont le nom de famille n'est pas épilé correctement en Lituanie. En l'espèce, le gouvernement lituanien a fait valoir le fait que « la langue lituanienne constitue une valeur constitutionnelle qui préserve l'identité nationale de la nation »²⁶⁰. Sensible à cette considération, la Cour a joint l'article 4, § 2 du Traité de Lisbonne à l'article 3, § 3, alinéa 4 de ce même Traité et à l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en vertu desquels l'Union respecte la richesse de la diversité culturelle et linguistique des Etats membres. Partant, la Cour a reconnu que « l'Union respecte (...) l'identité nationale de ses Etats membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'Etat ».²⁶¹ Et d'en

²⁵⁴ E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, op. cit., p. 4.

²⁵⁵ H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », op. cit., p. 57. Voir d'autres facteurs qui ont poussé les institutions européennes à reconnaître l'identité nationales des Etats membres : E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, op. cit., pp. 39-58.

²⁵⁶ C.J.U.E., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien*, 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, Rec. C.J.U.E., 2010, p. I-13693, confirmé ensuite par l'arrêt C.J.U.E., *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff contre Standesamt der Stadt Karlsruhe et Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, 2 juin 2016, aff. C-438/14, www.curia.europa.eu (28 décembre 2018).

²⁵⁷ C.J.U.E., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein*, op. cit., § 83.

²⁵⁸ O. DUBOS, « Inconciliable primauté (...) », op. cit., p. 435.

²⁵⁹ C.J.U.E., arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, 12 mai 2011, aff. C-391/09, Rec. C.J.U.E., 2011, p. 3787.

²⁶⁰ *Ibid.*, § 84.

²⁶¹ C.J.U.E., arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn*, op. cit., § 86.

conclure que la réglementation lituanienne visant à protéger la langue officielle nationale de l'Etat pouvait valablement restreindre les libertés de circulation européennes.²⁶²

Par ces deux arrêts, nous constatons une réception du concept d'identité nationale par la C.J.U.E. timide, mais existante. Ce n'est que trop légitime étant donné que la Cour elle-même se positionne dans une perspective comparable par rapport au droit international public.²⁶³ De fait, dans son arrêt *Kadi*, la Cour a jugé que « les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE ». ²⁶⁴ Progressivement, la C.J.U.E. admet ainsi l'existence de valeurs fondamentales inhérentes au noyau dur constitutionnel des Etats membres et, souvent sur la sollicitation des Avocats généraux, elle s'approprie le concept d'identité nationale, grâce à la reconnaissance d'une marge d'appréciation dans l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats ou par le biais des justifications aux restrictions des libres circulations.²⁶⁵

Au-delà de l'ancrage du phénomène dans le processus général actuel de « constitutionnalisation de l'Union européenne », ²⁶⁶ nous pouvons percevoir ici le véritable potentiel intégratif de la clause d'identité nationale. Pleinement exploitée, elle est susceptible de se transformer en un véritable outil du processus d'intégration, jouant un rôle unique de passerelle entre les intérêts de l'Union et des Etats et assurant à ces derniers une meilleure réception dans l'ordre européen d'un véritable pluralisme juridique.

SOUS-SECTION II

PORTÉE ACTUELLE DE LA CLAUSE D'IDENTITÉ NATIONALE

Nulle portée transcendante ne peut toutefois encore être accordée à l'article 4, § 2 du T.U.E. dans la jurisprudence de la C.J.U.E. Depuis les deux arrêts clefs sus-mentionnés, la Cour n'a évoqué expressément le droit au respect de l'identité nationale qu'à trois reprises. ²⁶⁷ Par ailleurs, la C.J.U.E. se réserve toujours la possibilité – pourrait-on qualifier de discrétionnaire ? – de sanctionner un Etat membre s'il refuse, au nom de son identité, d'appliquer une règle de droit européen.

Trois facteurs sont, au minimum, susceptibles de justifier cette absence d'exploitation du potentiel de la clause européenne d'identité nationale.

Le premier facteur, évoqué ci-dessus, est l'application du test de proportionnalité par la C.J.U.E.²⁶⁸ La Cour analyse la clause d'identité principalement²⁶⁹ comme une « exception d'ordre public » ou un

²⁶² *Ibid.*, § 87.

²⁶³ X. MAGNON, « Le juge constitutionnel national (...) », *op. cit.*, p. 425.

²⁶⁴ C.J.C.E., arrêt *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, 3 septembre 2008, aff. jtes. C-402/05 et C-415/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-6351, § 285.

²⁶⁵ S. AERTS, « Nationale identiteit als (...) », *op. cit.*, p. 345.

²⁶⁶ J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, p. 421.

²⁶⁷ C.J.U.E., arrêt *Commission européenne contre Grand-duché du Luxembourg*, 24 mai 2011, aff. C-51/08, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-4231, § 124 ; C.J.U.E., arrêt *Dermot Patrick O'Brien contre Ministry of Justice, anciennement Department for Constitutional Affairs*, 1^{er} mars 2012, aff. C-393/10, www.curia.europa.eu (30 décembre 2018) ; C.J.U.E., arrêt *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, 16 avril 2013, aff. C-202/11, www.curia.europa.eu (30 décembre 2018). Jointes à l'arrêt C.J.C.E., arrêt *Commission contre Grand-Duché du Luxembourg*, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-3207, la Cour n'a jusqu'à ce jour fait allusion à l'identité nationale d'un Etat membre que dans six jugements.

²⁶⁸ J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, p. 417.

²⁶⁹ La C.J.U.E. a développé d'autres techniques pour manifester sa sensibilité à l'identité nationale des Etats membres sans invoquer celle-ci explicitement, que cela soit via la limitation du champ d'application du droit européen ou via la définition de certains concepts européens. Voy. E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, *op. cit.*, pp. 74-75.

« objectif légitime »²⁷⁰ de nature à restreindre l'exercice des libertés fondamentales du marché intérieur, dans le respect du principe de proportionnalité.²⁷¹ Par conséquent, l'appréciation *in concreto* de la Cour peut l'amener à reconnaître un élément comme inhérent à l'identité nationale d'un Etat membre mais à rejeter les moyens de cet Etat fondés sur son identité, lorsqu'elle considère que les mesures prises par l'Etat sont disproportionnées (voy. *supra*).²⁷²

Le second facteur est composé de l'ensemble des principes européens dont la C.J.U.E. assure également le respect et « qui militent en sens inverse ».²⁷³ Outre le principe de primauté, le fait d'autoriser les Etats membres à se prévaloir de leurs règles constitutionnelles afin de s'affranchir du droit européen dans les domaines qu'ils désignent porte atteinte aux principes d'égalité des Etats membres devant les traités,²⁷⁴ de coopération loyale²⁷⁵ ainsi que d'application uniforme, effective et simultanée du droit européen dans tous les Etats membres.²⁷⁶ Autant de principes qu'il s'agit de concilier à la « recherche d'un équilibre parfois subtil et souvent évolutif »²⁷⁷ afin d'éviter une atteinte disproportionnée aux normes fondamentales d'un Etat.

Enfin, il faut soulever un défaut général de volonté dans le chef de la C.J.U.E. De fait, son raisonnement actuel n'est pas sans laisser certaines lacunes : l'article 4, § 2 peut-il être uniquement invoqué par des Etats membres ou est-il susceptible d'être également mobilisé par des particuliers ou des minorités nationales autonomes ?²⁷⁸ Que signifient les termes de l'article 4, § 2 « inhérent aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles » ? Ce qui est *fondamental* peut-il se trouver uniquement dans la Constitution ou d'autres sources de droit peuvent-elles composer une inspiration ? Jusqu'où autoriser les Etats membres à définir eux-mêmes leur identité nationale tout en respectant le principe d'interprétation autonome du droit européen ?²⁷⁹ Autant d'éléments qui traduisent un embarras évident dans le chef des juges de Luxembourg.²⁸⁰ Un dialogue entre les ordres juridiques qui a donc encore un fort potentiel à développer.

²⁷⁰ S. AERTS, « Nationale identiteit als (...) », *op. cit.*, p. 336.

²⁷¹ P. VAN NUFFEL, « De nationale identiteit (...) », *op. cit.*, p. 358.

²⁷² Voy C.J.U.E., arrêt *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, 16 avril 2013, aff. C-202/11, www.curia.europa.eu (30 décembre 2018), où la C.J.U.E. reconnaît la protection de la langue nationale comme élément de l'identité nationale belge mais considère la mesure attaquée comme disproportionnée. Voy aussi C.J.U.E., arrêt *Commission européenne contre Grand-duché du Luxembourg*, 24 mai 2011, aff. C-51/08, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-4231, § 124 où la C.J.U.E. rejette finalement le moyen soulevé par le Luxembourg fondé sur son identité nationale afin de justifier une législation relative à l'exigence de nationalité des notaires. La Cour estime en l'espèce que des dispositions moins attentatoires au droit européen auraient pu être mises en place.

²⁷³ H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », *op. cit.*, p. 60.

²⁷⁴ Art. 4, § 2, T.U.E. ; 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, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-9999, § 33.

²⁷⁵ Art. 4, § 3, al. 3, T.U.E.

²⁷⁶ Pour un approfondissement, voy. H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », *op. cit.*, p. 61-62.

²⁷⁷ D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans (...) », *op. cit.*, p. 32.

²⁷⁸ A suivre l'argumentation de H. DUMONT, les collectivités infra-étatiques semblent en tout état de cause être exclues du champ d'application de l'article 4, § 2 T.U.E. Voy note 232.

²⁷⁹ E. CLOOTS, « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 12-13.

²⁸⁰ A. LEVADE, « Citoyenneté de l'Union (...) », *op. cit.*, p. 105.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE : « CONCILIER L'INCONCILIABLE »²⁸¹ ?

L'objet premier du projet européen n'a jamais été l'éradication des particularismes nationaux. Il peut toutefois s'avérer que l'Union malmène son exercice délicat d'équilibrage des intérêts et privilégie à l'excès un processus intégratif uniformisant. Considérant néanmoins ce qui précède, peut-on conclure aujourd'hui à une certaine conciliation des intérêts par un rapprochement du concept européen d'identité nationale et celui, national, d'identité constitutionnelle ?

Nulle réponse n'existe en doctrine. En réalité, l'article 4, § 2 du T.U.E. a le potentiel « *to be anything from the cornerstone of a pluralistic European polity to the single most disintegrative clause in the TEU* ». ²⁸² Cet article et ses références par la C.J.U.E. sont ainsi analysés, en fonction des auteurs doctrinaux, aussi bien comme un rappel de l'obligation du *respect* par l'Union de l'identité nationale de ses Etats membres, dans une perspective de fermeture, que comme une tentative de *protection* par l'Union de cette identité nationale, dans une visée d'ouverture. ²⁸³ La première attitude renvoie à une tentative protectionniste, là où la seconde marque un véritable objectif de coopération.

D'un côté, certains auteurs interprètent l'article 4, § 2 du T.U.E. comme une confirmation dans le corpus européen de la théorie des *controlimiti* développée par les juridictions constitutionnelles et comme une autorisation dans leur chef à ériger unilatéralement leur identité nationale en barrage invasion excessive du droit européen dans leur patrimoine constitutionnel. ²⁸⁴ Dans ce cas, l'article 4, § 2 exerce une « fonction défensive ». ²⁸⁵ Il appartient ainsi aux juridictions constitutionnelles de définir elles-mêmes le contenu de la clause d'identité nationale qu'elles dressent face au principe de primauté – cette « exigence existentielle » ²⁸⁶ – et d'application uniforme du droit de l'Union. Plutôt qu'une conciliation des intérêts, l'article 4, § 2 du T.U.E. devient un outil de restriction du projet européen. ²⁸⁷

Nous sommes toutefois sceptiques à l'égard de cette première interprétation. Autoriser des juridictions à refuser unilatéralement d'appliquer le droit européen nous paraît aux antipodes de l'esprit des Traités fondateurs. Comment éviter une complète anarchie interprétative entre les Cours, où chacune énonce un concept différent sous le couvert de l'interprétation pluraliste d'une notion identique ? ²⁸⁸ Les Cours s'autoriseraient une interprétation autonome du texte européen, voire une interprétation à ce point large qu'elle sortirait du champ d'application du droit européen. ²⁸⁹

A notre sens, l'article 4, § 2 du T.U.E. n'est donc pas la confirmation d'un droit pour les juridictions constitutionnelles d'ériger des *controlimiti* en réaction à l'Union mais plutôt une *européanisation* de ces

²⁸¹ Selon une expression de l'avocat général POIARES MADURO dans ses conclusions précédents C.J.C.E., arrêt *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres contre Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, 16 décembre 2008, aff. C-127/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-09895, § 15 : « comment assurer la protection de la Constitution dans l'ordre juridique interne sans attenter à l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire ? »

²⁸² A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA, « Introduction. Why constitutional (...) », *op. cit.*, p. 5.

²⁸³ M. QUESNEL, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, p. 4.

²⁸⁴ Position soutenue par A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming absolute primacy (...) », *op. cit.* pp. 1417-1453 ; L. F. M. BESSELINK, « National and constitutional identity (...) », *op. cit.*, p. 44.

²⁸⁵ S. MARTIN, « L'identité de l'état (...) », *op. cit.*, p. 26.

²⁸⁶ H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », *op. cit.*, p. 60.

²⁸⁷ R. BUSTOS GISBERT, « National constitutional identity (...) », *op. cit.*, p. 75.

²⁸⁸ G. MARTINICO, « What lies behind Article 4(2) (...) », *op. cit.*, p. 97.

²⁸⁹ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 474.

revendications identitaires.²⁹⁰ En effet, l'Union, en ce qu'elle existe, se doit de respecter les identités nationales de ses Etats membres étant donné qu'elle n'est l'œuvre, après tout, que de l'union de ceux-ci ; le cœur de son projet réside dans le mélange des cultures et des traditions.²⁹¹ Selon cette interprétation, l'identité nationale est donc une valeur propre à l'Union²⁹² et l'article 4, § 2 du T.U.E. est alors un instrument d'ouverture du droit européen au pluralisme constitutionnel national,²⁹³ comme un outil de facilitation de l'arbitrage entre les exigences nationales et européennes²⁹⁴ jonglant sur l'appartenance simultanée à plusieurs ordres juridiques interdépendants.²⁹⁵

Cette seconde analyse de l'article 4, § 2 du T.U.E. ne confond dès lors pas les approches à réserver au concept, national, d'identité constitutionnelle et celui, européen, d'identité nationale. Si la réalité représentée par les deux notions est équivalente (voy. *supra*), il n'en reste pas moins que l'identité constitutionnelle est un concept invoqué unilatéralement par les juridictions constitutionnelles des Etats membres, dont elles se réservent la compétence exclusive de définition sur base de leur Constitution, tandis que l'identité nationale est un concept européen intégré au droit primaire dans une volonté d'incorporation européenne des souhaits nationaux.²⁹⁶

Si cette interprétation de l'article 4, § 2 du T.U.E. nous semble plus fidèle à l'esprit du projet européen, elle laisse toutefois persister certains risques de conflits : quelle est l'autorité compétente pour définir la composition de l'identité nationale d'un Etat membre ?²⁹⁷ Selon la C.J.U.E., le dernier mot lui appartient en vertu du principe d'interprétation autonome du droit européen.²⁹⁸ A l'inverse, les juridictions constitutionnelles sont de plus en plus nombreuses à suivre l'exemple de la C.C.F.A. et à se déclarer compétentes pour déterminer les éléments inhérents à l'identité constitutionnelle de leur Etat.²⁹⁹

En réalité, selon notre analyse, aucune de ces deux positions n'est soutenable : chacune dans son extrême, elles ne laissent place à aucun dialogue. La solution se trouve dès lors quelque part entre les deux : déterminer le cadre conceptuel et la portée de l'obligation européenne de respect de l'identité nationale des Etats appartiendrait à la C.J.U.E., mais présupposerait la libre détermination du contenu de cette identité par les juridictions constitutionnelles.³⁰⁰ D'ailleurs, dans les faits concrets, force est de

²⁹⁰ M. CLAES, « National identity: trump card (...) », *op. cit.*, p. 122.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 110.

²⁹² J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, p. 421. C'est ce que le Parlement européen énonce dans sa résolution sur la situation hongroise : « Considérant que le respect des valeurs communes de l'Union va de paire avec l'engagement de celle-ci en faveur de la diversité, qui se traduit pour l'Union, par l'obligation de respecter » l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale ». Voy. Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie, *Par. Eu.*, Res., P7_TA(2013)0315, <http://www.europarl.europa.eu> (17 mai 2019).

²⁹³ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 495.

²⁹⁴ S. AERTS, « Nationale identiteit als (...) », *op. cit.*, p. 342. S. AERTS parle de « *voormeelde tolerantiegedachte* ».

²⁹⁵ E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents (...) », *op. cit.*, p. 466.

²⁹⁶ M. CLAES, « National identity: trump card (...) », *op. cit.*, pp. 111-112.

²⁹⁷ M. SAFJAN, « Les dilemmes de l'application de standards plus élevés de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle » in *Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 556.

²⁹⁸ T.U.E., art. 19.

²⁹⁹ Les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles polonaises et tchèques méritent à cet égard une attention particulière. Tribunal constitutionnel polonais, *Lisbonne*, 24 novembre 2010, n° K 32/09, Dz. U. n°229, al. 1506, 6 décembre 2010 ; Cour constitutionnelle tchèque, *Slovak Pensions*, 31 janvier 2012, n° Pl. US 5/12.

³⁰⁰ Cette prérogative de détermination des composantes de l'identité constitutionnelle est en pratique déjà conférée au juge national en vertu de sa compétence d'interprétation du droit national. Voy. C.J.C.E. arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-9999, § 56: « [c]haque Etat membre est, en effet, le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales

constater que la conciliation des principes de primauté et d'identité nationale par un « dialogue des juges »³⁰¹ semble quelque peu inévitable. De fait, la remise en cause de la primauté par une juridiction nationale conduit l'Etat à subir de fortes pressions politiques et à risquer d'être l'objet d'une procédure en constatation de manquement, avec l'ensemble de ses implications financières. A l'inverse, une atteinte à la suprématie constitutionnelle par une institution européenne risque de provoquer une perte importante de confiance politique et une désolidarisation du marché intérieur. La conciliation semble avoir, par conséquent, toujours été la décision raisonnablement choisie, encouragée par la volonté mutuelle de contenir tout empiètement.³⁰²

Il reste toutefois à voir si le choix du raisonnable restera à l'avenir l'option choisie dans ce rapport de force ou si certaines dérives se manifesteront. De fait, une source de conflits reste nichée dans le « pouvoir du dernier mot » conféré à la C.J.U.E. dans son application de l'article 4, § 2 du T.U.E. et qui lui donne la main-mise sur les éléments nationaux dont elle accordera *in fine* l'octroi. Certes, certains auteurs rétorqueront sûrement que l'essentiel réside dans le processus de négociation préalable à l'opérationnalisation de l'article 4 § 2. Il n'empêche que nous ne pouvons exclure les tensions plus délicates qui surviennent lorsqu'un Etat invoque devant la C.J.U.E. le respect d'un principe constitutionnel inhérent à son identité nationale, alors que celui-ci n'est pas intégré au patrimoine de valeurs communes de l'Union. Tel est le cas du choix pour une forme monarchique ou républicaine ou pour le principe français de laïcité.³⁰³ La seule possibilité d'attirer un Etat en manquement devant la C.J.U.E. en cas de violation de ses obligations européennes semble difficilement dissuasive envers un Etat en parfaite désolidarisation pour cause d'atteinte à son identité.³⁰⁴

TITRE III

IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE LA BELGIQUE COMME NOUVELLE INCONNUE DANS

L'ÉQUATION EUROPÉENNE

Du débat houleux repris aux Titres I et II, la Belgique est longtemps restée en retrait. Comme d'autres petits Etats tels que les Pays-Bas et le Luxembourg, elle a adopté une attitude fortement pro-européenne qui favorisait ses intérêts nationaux économiques et de relations internationales.³⁰⁵ Néanmoins, un arrêt n° 62/2016 rendu par la Cour constitutionnelle le 28 avril 2016 perturbe cette affirmation en énonçant énigmatiquement le respect de l'identité constitutionnelle belge³⁰⁶ en restriction

qui lui sont propres (...), les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de ces principes ».

³⁰¹ Pour reprendre l'expression B. GENEVOIS dans concl. sous C.E., Ass., 20 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Dalloz, 1979, pp. 155 et s.

³⁰² H. DUMONT, « La traduction, ciment (...) », *op. cit.*, p. 40. C'est en ce sens que nous interprétons la formule de l'Avocat général M. POIARES MADURO « [d]e même que le droit communautaire prend en compte l'identité constitutionnelle des Etats membres, de même le droit constitutionnel national doit s'adapter aux exigences de l'ordre juridique communautaire ». Voy. Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E. arrêt *Michaniki* (...), *op. cit.*, § 33.

³⁰³ H. DUMONT, « L'intégration européenne (...) », *op. cit.*, p. 63.

³⁰⁴ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 474.

³⁰⁵ P. POPELIER et W. VANDENBRUWAENE, « La Belgique et le projet d'intégration européenne : plaidoyer pour une stratégie constitutionnelle », *Revue belge de droit constitutionnel*, Vol. 3-4, 2014, p. 415.

³⁰⁶ Eu égard à la proximité entre la formule employée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n°62/2016 (voy. *infra*) et celle utilisée à l'article 4, § 2 du T.U.E., d'aucuns ont été tenté d'employer les termes, quoiqu'étonnants, de « identité nationale constitutionnelle » (voy. Formule de C. D. CLASSEN, « Confiance mutuelle et (...) », *op. cit.*, pp. 668-686 ; C. GREWE, « Methods

du processus d'intégration européenne. Ces propos, lorsqu'ils émanent d'un des six pays fondateurs de l'Union et hôte du triangle institutionnel européen, intriguent : énoncés comme *obiter dictum* dans un arrêt de rejet dont ils n'influencent pas l'issue, ils ne peuvent qu'avoir été placés à dessein. Pourtant, depuis lors, la Cour constitutionnelle n'a jamais réitéré ses propos.

Que conclure de cet arrêt ? La Cour constitutionnelle belge rejoint-elle ses sœurs allemande et française dans une jurisprudence identitaire ? Répondre à ces questions suppose d'étudier la position traditionnelle de la Belgique quant à la réception du principe européen de primauté dans son ordre juridique, et la façon dont cette position contraste avec l'arrêt n° 62/2016 (chapitre I). Par ailleurs, si une identité constitutionnelle belge existe, la Cour constitutionnelle reste mystérieuse concernant sa composition. Il nous appartient par conséquent d'en rechercher les éléments constitutifs (chapitre II).

CHAPITRE I

ÉVOLUTION DE LA RÉCEPTION DU PRINCIPE DE PRIMAUTÉ EN BELGIQUE

Le principe primauté du droit européen n'a pas été accueilli avec la plus grande docilité par l'ensemble des Etats membres ; la C.C.F.A. et le Conseil constitutionnel nous l'ont démontré (voy. *supra*). La Belgique, cependant, a traditionnellement représenté une figure particulièrement euro-enthousiaste au sein de l'Union (section I). Que comprendre dès lors de l'arrêt n° 62/2016, qui semble rompre avec cette position belge initiale (section II) ?

SECTION I

BELGIQUE, PAYS EUROPHILE

La Constitution belge ne comprend aucune norme explicite au sujet des rapports entre les ordres juridiques belge et européen. C'est au travers des trois juridictions suprêmes de Belgique qu'une posture de traduction servile de l'exigence de primauté du droit européen sur le droit constitutionnel s'est traditionnellement attachée à la Belgique. Nous envisageons la position des trois juridictions en trois sous-sections.

SOUS-SECTION I

POSITION DU CONSEIL D'ÉTAT

A la différence de l'article 23 de la Loi fondamentale allemande, la Constitution belge ne contient aucune « clause-Europe », *i.e.* de disposition propre à l'intégration européenne.³⁰⁷ Le seul article qui traite des rapports entre les ordres juridiques belge et européen est l'article 34 de la Constitution, qui s'énonce comme suit : « L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public ». Il ne fait aucun doute que cet article a été inséré dans la Constitution afin de constitutionnaliser l'attribution de l'exercice de compétences aux institutions de

of identification of national constitutional identity » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 37 – 48). Le présent travail, en raison de sa taille, n'a pas l'ambition de trancher cette controverse sémantique. A des fins de clareté, nous employons ici la formule de « identité constitutionnelle ».

³⁰⁷ P. GÉRARD, « Het stabiliteitsverdrag-arrest vanuit Duits perspectief », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p. 348.

l'Union européenne.³⁰⁸ Mais ne recèle-t-il pas un potentiel supérieur qui consacrerait la primauté du droit européen sur le droit interne et constitutionnaliserait la possibilité pour le droit européen de déroger à la Constitution?

Tant la section de législation du Conseil d'Etat³⁰⁹ que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat³¹⁰ répondent par l'affirmative. Ils considèrent que l'attribution de pouvoirs déterminés aux organes de l'Union européenne implique nécessairement que ces organes exercent ces pouvoirs de façon autonome, *i.e.* sans être liés par la Constitution.³¹¹ Il n'est donc pas exclu que le droit dérivé entre en contradiction avec la Constitution, pourvu qu'il soit conforme au droit primaire.³¹² Par conséquent, l'article 34 de la Constitution constitue effectivement le fondement de la règle de primauté du droit européen, à tout le moins du droit dérivé, sur le droit national, en ce compris constitutionnel.

Une nuance est nécessaire ; dans sa reconnaissance du principe de primauté, la S.C.A.C.E. est plus absolue que la S.L.C.E.³¹³ Depuis son arrêt *Orfinger*,³¹⁴ elle reconnaît une primauté du droit dérivé sur la Constitution qui ne revêt aucune forme de réserve particulière. La S.L.C.E. elle, estime que la Constitution ne peut être pas invoquée à l'encontre des normes de droit dérivé... « du moins en principe ». ³¹⁵ Un *caveat* qui ouvre la porte à un éventuel contrôle de constitutionnalité.³¹⁶

Concernant les conflits entre le droit *primaire* et la Constitution, la solution ci-dessus exposée n'est pas applicable. De fait, les traités fondateurs ne résultent pas de l'exercice de pouvoirs déterminés attribués.³¹⁷ La S.L.C.E. comme la S.C.A.C.E. sont ici univoques : un législateur ne peut pas porter assentiment à un traité international qui est en contradiction avec la Constitution sauf à procéder

³⁰⁸ Voy. Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 1969-1970, n° 275, p. 1 ; Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, *Doc. parl.*, Chambre, 1968, n° 10-16/2, p. 3.

³⁰⁹ Ci-après « S.L.C.E. ».

³¹⁰ Ci-après « S.C.A.C.E. ».

³¹¹ Voy. pour la S.L.C.E. : C.E., 5 novembre 1996, *Orfinger*, n°62.922, *C.P.D.K.*, 1997, p. 134 : « L'article 34 de la Constitution [...] fournit un fondement constitutionnel aux mécanismes institutionnels que [le Traité de Rome du 25 mars 1957] a instauré notamment en vue d'assurer son interprétation uniforme dans l'ensemble des pays membres de l'Union européenne [...] ». ; voy. pour la S.C.A.C.E. : Avis de la Section de législation du Conseil d'Etat du 15 février 2005 sur les avant-projets de loi, de décret et d'ordonnance portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n°3-1091/1, p. 526 et Avis de la Section de législation du Conseil d'Etat du 4 novembre 2005 sur l'avant-projet de loi portant révision de la législation pharmaceutique, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n°51-2189/1, pp. 113-116, spéc. n°46/3.

³¹² H. DUMONT, « La traduction, ciment (...) », *op. cit.*, p. 34.

³¹³ M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, J. CLARENNE, P.-O. DE BROUX, H. LEROUXEL, Y. MOSSOUX, C. NENNEN, C. RIZCALLAH, N. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, D. VAN EECKHOUTE et J. VAN MEERBEECK, « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, n°6699, 30 septembre 2017, p. 578.

³¹⁴ C.E., 5 novembre 1996, *Orfinger*, n°62.922, *C.P.D.K.*, 1997, p. 134.

³¹⁵ L'assemblée générale de la S.L.C.E. énonce en effet que « [...] du moins en principe, si [...] un règlement ou une directive devaient être adoptés à l'avenir qui, soit seraient eux-mêmes contraires à la Constitution belge, soit obligeraient les autorités belges à accomplir des actes incompatibles avec la Constitution, celle-ci ne pourra être invoquée à l'encontre de ces actes de droit européen dérivé », voy. Avis de la section de législation du Conseil d'Etat précédant l'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 13 décembre 2007, *Doc. Parl. Brux.*, 2007-2008, n°A-464/1, p. 22, § 10.

³¹⁶ La S.L.C.E. s'en expliquait comme suit : « 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 », Avis de la section de législation du Conseil d'Etat précédant l'avant-projet d'ordonnance portant assentiment au Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne, *op. cit.*, p. 24, § 10.

³¹⁷ P. NIHOUL, « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? » *In Les visages de l'Etat. Liber amicorum Yves Lejeune* (sous la dir. de P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 611.

préalablement à une révision constitutionnelle.³¹⁸ Cela étant, l'expérience démontre que les avis de la S.L.C.E. – non contraignants – qui recommandent le déclenchement d'une révision constitutionnelle n'ont pas nécessairement été suivis.³¹⁹

SOUS-SECTION II

COUR DE CASSATION

Quant à la Cour de Cassation, elle affirme dans le célèbre arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971³²⁰ que les traités qui sont internationalement entrés en vigueur, qui ont force obligatoire dans l'ordre juridique interne et qui y sont directement applicables, priment sur les normes de droit interne en raison « de la nature même du droit international conventionnel ». ³²¹ La primauté du droit primaire européen serait donc un principe général de droit non écrit,³²² fondé sur l'existence d'un ordre juridique moniste hiérarchisé englobant le droit interne et international³²³ et reposant sur le principe du respect de la parole donnée.³²⁴

A l'époque, la Cour de cassation n'avait pas pu intégrer la Constitution parmi les « normes de droit interne » qu'elle visait, pour cause d'anachronisme : l'absence de tout contrôle de constitutionnalité des lois en 1971 rendait inutile pour la Cour de cassation de se prononcer sur un éventuel examen de conformité de la Constitution au regard du droit international.³²⁵ Depuis lors, la Cour a toujours maintenu sa jurisprudence *Le Ski*.³²⁶ Puisqu'aujourd'hui un contrôle de constitutionnalité des normes à valeur législative a été mis en place, il est clair que la Cour de cassation fait désormais référence à la Constitution lorsqu'elle consacre le principe de primauté des traités internationaux, en ce compris européens, sur le droit national.³²⁷ La Cour de cassation l'a confirmé expressément dans trois arrêts du 9³²⁸ et 16³²⁹ novembre 2004.³³⁰

³¹⁸ Voy. notamment l'Avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'Etat précédant l'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 13 décembre 2007, *Doc. Parl. Brux.*, 2007-2008, n°A-464/1, p. 21.

³¹⁹ C'est la raison pour laquelle certains constitutionnalistes suggèrent la création d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité systématique et contraignant des traités internationaux avant leur ratification ainsi que la mise en place d'une procédure simplifiée de révision de la Constitution.

³²⁰ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p.886, concl. Proc. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

³²¹ P. NIHOUL, « Le droit dérivé (...) », *op. cit.*, p. 611.

³²² Cass., 26 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 126 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 368 ; Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n°593, p.1663 ; Cass. 21 décembre 2009, *Pas.*, 2009 ? n°773, p.3143, concl. J.-M. GENICOT.

³²³ P. NIHOUL, « Le droit dérivé (...) », *op. cit.*, p. 611.

³²⁴ Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs entre la Constitution belge et le droit international ou européen dans l'ordre interne à l'aune des relations entre ordres juridiques primaires », *Revue Belge de Droit International*, 2012, n°2, p. 372.

³²⁵ Y. LEJEUNE, *Ibid.*, p. 380.

³²⁶ Voy. par exemple Cass., 4 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 920, concl. J. VELU ; Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 654 ; Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n°593, p.1663 ; Cass. 21 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n°773, p.3143, concl. J.-M. GENICOT.

³²⁷ Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs (...) », *op. cit.*, p. 381. Voy. aussi pp. 386 et 396 : selon Y. LEJEUNE, une affirmation purement prétorienne de la primauté du droit de l'Union sur le droit interne doit nécessairement être *infra*-constitutionnelle aussi longtemps que le Constituant n'en a pas décidé autrement. Une solution différente reviendrait à porter atteinte à la traditionnelle suprématie de la Constitution au sein de l'ordre juridique interne. L'article 34 de la Constitution est désormais considéré comme la consécration par le Constituant de ce principe de primauté.

³²⁸ Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745 ; *J.T.* 2004, p. 856 ; *C.D.P.K.*, 2005, p. 597.

³²⁹ Cass., 16 novembre 2004 (deux arrêts), *Pas.*, 2004, pp. 1795-1802, concl. P. DUINSLAEGER ; *C.D.P.K.*, 2005, p. 610, note A. VANDAELE ; *R.A.B.G.*, 2005, p. 504, concl. P. DUINSLAEGER, note F. SCHUERMANS.

³³⁰ Nous rejoignons P. NIHOUL dans sa critique du caractère démocratique d'une telle jurisprudence. La conception moniste de la Cour de cassation revient à nier toute possibilité de contrôler, pour un organe de l'Etat qui représente la structure de référence démocratique, les décisions prises au niveau international qui seraient supérieures en raison de leur nature même. Voy. P. NIHOUL, « Le droit dérivé (...) », *op. cit.*, p. 620.

Quant à la relation entre la Constitution et le droit européen *dérivé* – ayant effet direct –, la Cour de cassation se contente de considérer le droit dérivé comme primant la Constitution en se fondant sur la jurisprudence de la C.J.U.E.³³¹ et non directement sur l'article 34 de la Constitution.

SOUS-SECTION III

COUR CONSTITUTIONNELLE

« *One of the most europhile constitutional courts* ». ³³² C'est une description de la Cour constitutionnelle belge que nous retrouvons fréquemment dans les analyses de droit comparé. Et pour cause, le droit européen joue un rôle important dans la jurisprudence de la Cour tant substantiellement que procéduralement. Substantiellement, la Cour se reconnaît compétente pour réaliser une application auxiliaire du droit européen afin de contrôler indirectement des normes à valeur législative au regard du droit européen par le biais des méthodes combinatoires et conciliatoires.³³³ Procéduralement, la Cour constitutionnelle respecte les obligations imposées par la C.J.U.E., en ce compris l'obligation d'interprétation conforme,³³⁴ et maintient un des dialogues préjudiciels les plus importants avec la C.J.U.E. depuis 1997.³³⁵

Par ailleurs, sa conception des rapports entre la Constitution et le droit européen traduit, elle aussi, une position europhile. Elle distingue toutefois son raisonnement, à l'instar du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, selon qu'il s'agisse du droit primaire (§ 1) ou du droit dérivé (§ 2).

§ 1. DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT PRIMAIRE

En ce qui concerne le droit primaire, la Cour constitutionnelle considère qu'aucune disposition constitutionnelle n'autorise la Belgique à porter assentiment à un traité international contraire à sa Constitution.³³⁶ Elle se reconnaît conséquemment compétente pour annuler sur recours ou déclarer inconstitutionnel sur question préjudicielle une loi, un décret ou une ordonnance d'assentiment à un traité international qui comprend une ou plusieurs dispositions contraires à la Constitution.³³⁷ En effet, si le Constituant interdit au législateur d'adopter des normes à valeur législatives contraires au bloc de constitutionnalité défini à l'article 142 de la Constitution, il ne peut être réputé l'avoir autorisé à y porter atteinte de façon indirecte via, notamment, l'assentiment à un traité.³³⁸ Ainsi, le contrôle exercé par la

³³¹ Cass., 2 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007/1, p. 24 où la Cour renvoie à l'arrêt de la C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, *op. cit.*.

³³² M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, « The full effect of EU land of constitutional review in Belgium and France after the Melki judgment », *European Constitutional Law Review*, Vol.7, 2011, p. 355.

³³³ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 130-131 et pp. 135-138; P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court (...) », *op. cit.*, p. 358. Pour une explication de ces méthodes, voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 125-138. Voy. les arrêts fondateurs de la méthode combinatoire : C.A., 13 octobre 1989, n°23/89, *M.B.*, 8 novembre 1989, p. 18386, B.1.2. ; C.A., 23 mai 1990, n°18/90, <http://www.const-court.be> (26 janvier 2019). Et l'arrêt relatif à la méthode conciliatoire : C.A., 22 juillet 2004, n°136/2004, <http://www.const-court.be> (26 janvier 2019).

³³⁴ C. Const, 6 avril 2011, n° 55/2011, *M. B.*, 8 juin 2011, p. 59365.

³³⁵ T. VANDAMME, « Prochain Arrêt : La Belgique! Explaining recent preliminary references of the Belgian Constitutional Court », *European Constitutional Law Review*, Vol. 4(1), 2008, p. 128 ; 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* (sous la dir. de P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 33-74.

³³⁶ L'exigence d'assentiment découle de l'article 167, § 2, Const. : « *Les traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment de la chambre des représentants* ».

³³⁷ P. NIHOUL, « Le droit dérivé (...) », *op. cit.*, p. 612.

³³⁸ C. A., 16 octobre 1991, n°26/91, *J.T.*, 1992, p. 670, note Y. LEJEUNE et P. BROUWERS ; C. A., 4 mai 2005, n°84/2005, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019) ; C. A., 10 octobre 2007, n°128/2007, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019) ; C. Const., 10 octobre 2012, n°118/2012, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019) ; C. Const., 30 octobre 2012, n°137/2012,

Cour constitutionnelle ne porte pas seulement sur la constitutionnalité extrinsèque de la norme d'assentiment ; la Cour examine les dispositions du traité international elles-mêmes.³³⁹

Cela étant, la Cour reste prudente dans l'exercice de sa compétence. Elle répète sa formule selon laquelle « la Cour doit tenir 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 Etat ». ³⁴⁰ Par ailleurs, notons qu'en tout état de cause, le contrôle exercé par la Cour sur un acte à valeur législative d'assentiment est procéduralement limité : la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour connaître des questions préjudicielles portant sur des lois d'assentiment à un traité constituant de l'Union européenne ou à la C.E.D.H. ³⁴¹ et ne connaît que des recours en annulation introduits dans les soixante jours suivant la publication au *Moniteur Belge* de la norme attaquée. ³⁴² De surcroît, un tel recours en annulation ne saurait conduire à la mise en cause de la primauté d'un traité examiné puisque, du moins en principe, ce dernier n'a pas encore été ratifié par le Roi. ³⁴³

§ 2. DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT EUROPÉEN DÉRIVÉ

Quant au droit dérivé, il faut attendre un arrêt n°130/2010 pour que la Cour constitutionnelle montre des signes d'alignement à la position du Conseil d'Etat selon laquelle le droit dérivé européen prime le droit interne en vertu de l'article 34 de la Constitution. ³⁴⁴

En l'espèce, une décision de la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (la CREG) contre la ville de Wavre faisait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat pour absence de contrôle suffisant du pouvoir exécutif sur les actions de la Commission, ne lui permettant pas d'assumer devant les Chambres législatives la responsabilité politique des actes qu'elle pose. Le Conseil d'Etat saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle quant à la conformité de cette absence de contrôle suffisant prévue dans la loi du 29 avril 1999³⁴⁵ aux articles 10, 11, 33 et 37 de la Constitution qui garantissent le principe d'unicité du pouvoir exécutif. La Cour constitutionnelle répond que cette loi de 1999 transpose une directive européenne. Or, l'article 34 de la Constitution intègre les « exigences du droit de l'Union européenne, qui est progressivement devenue plus explicite en l'espèce » et que le législateur peut ainsi « dans une matière technique déterminée, (...) confier des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome »³⁴⁶ autre que le Roi et les membres du gouvernement initialement désignés par les articles 33 et 37 de la Constitution. Selon la Cour, les exigences du droit de l'Union européenne s'imposent donc à la Belgique en vertu de l'article 34 de la

<http://www.const-court.be> (2 janvier 2019) ; C. Const., 7 mars 2013, n°35/2013, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019) ; C. Const., 29 janvier 2014, n°14/2014, *M.B.*, 18 avril 2014, p. 33946.

³³⁹ C. A., 16 octobre 1991, *op. cit.*

³⁴⁰ Voy. par exemple C. A., 4 février 2004, n° 20/2004, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019) ; C. Const., 4 juin 2009, n° 96/2009, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019) ; C. Const., 27 novembre 2014, n° 169/2014, *M.B.*, 16 février 2015, p. 12711.

³⁴¹ L. spéc. du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315, art. 26, §1bis.

³⁴² *Ibid.*, art. 3, § 2.

³⁴³ H. DUMONT, « La traduction, ciment (...) », *op. cit.*, p. 32. Constitutionnellement, la ratification du traité par le Roi ne doit pas nécessairement être postérieure à la loi d'approbation. Cependant, l'esprit de l'article 3, § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle suggère d'attendre l'issue d'un éventuel recours en annulation devant la Cour constitutionnelle avant d'engager juridiquement la Belgique sur la scène internationale.

³⁴⁴ C. Const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, *J.T.*, 2011, p. 348, note A.-S. RENSON.

³⁴⁵ Loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999, p. 16264.

³⁴⁶ C. Const., 18 novembre 2010, n°130/2010, *J.T.*, 2011, p. 348, note A.-S. RENSON, B.8.1 et B.8.2.

Constitution, lequel légitimise la création d'entités juridiques inconnues de la Constitution – des autorités administratives indépendantes – et valide une forme de pouvoir réglementaire *ab initio* incompatible avec certaines dispositions constitutionnelles.³⁴⁷

Un arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011 de la Cour explicite ensuite, à propos de cette loi du 29 avril 1999, que le droit dérivé qui déroge ainsi aux normes constitutionnelles échappe à tout contrôle de constitutionnalité.³⁴⁸ Une telle jurisprudence permet à la Cour constitutionnelle de s'aligner sur la jurisprudence européenne *Foto-Frost* selon laquelle la C.J.U.E. est seule compétente pour connaître la validité des normes européennes (voy. *supra*).³⁴⁹ De façon générale, la Cour constitutionnelle n'est compétente que pour contrôler la constitutionnalité *immédiate* – i.e. qui résulte de l'usage par le législateur de la marge de manœuvre laissée par l'acte de droit dérivé – des normes de transposition d'actes de droit dérivé (voy. *infra*).³⁵⁰

§ 3. QUELLE SUITE POUR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR ?

Au vu de ce qui précède, nous constatons une forte tendance des juridictions suprêmes belges à faciliter le respect des obligations internationales de la Belgique et le processus européen d'intégration :³⁵¹ (i) le transfert de pouvoirs vers l'Union n'est soumis à aucune condition particulière, l'article 34 de la Constitution n'exigeant qu'une base dans un traité ou une loi et les articles 53 et 167, § 2 de la Constitution ne requérant que l'assentiment d'une majorité simple au Parlement, (ii) le contrôle de constitutionnalité des lois, décrets et ordonnances d'assentiment à un traité européen est limité, voire empêché³⁵² et (iii) la primauté du droit européen dérivé sur le droit national n'est pas contestée.³⁵³

Nulle réserve de constitutionnalité qui soit similaire ou analogue à ce qui a été invoqué par la C.C.F.A. ou le Conseil constitutionnel français. En 2012 encore, Y. LEJEUNE constate qu'il ne semble pas « que la jurisprudence belge se soit intéressée à la limite des dérogations que la Constitution est censée autoriser à ses propres dispositions ». ³⁵⁴ D'aucuns, tel que H. DUMONT, ont pu le regretter sévèrement, percevant dans la « servilité » de la Cour constitutionnelle le signe d'une « europhilie politique proportionnée à l'ampleur des doutes existentiels qui minent l'Etat belge depuis de nombreuses années ». ³⁵⁵

Toutefois, cette jurisprudence fondant le principe de primauté sur l'article 34 de la Constitution confère-t-elle pour autant un blanc-seing absolu à toute dérogation par le droit européen au droit constitutionnel ? Y. LEJEUNE, notamment, répond par la négative : « [i]l doit y avoir un certain seuil à partir duquel une dérogation à la Constitution devient une violation de celle-ci, tout comme il y a une

³⁴⁷ Nous rejoignons ici la critique de P. NIHOUL selon laquelle une telle solution obtenue via un détour par l'article 34 de la Constitution ne peut durer éternellement dans notre ordre juridique. La fonction exécutive est l'un des trois piliers essentiels de l'appareil constitutionnel. Le respect de l'Etat de droit ordonne que son mode d'exercice soit explicitement défini par le texte constitutionnel. Voy. P. NIHOUL, « Le droit dérivé (...) », *op. cit.*, p. 621.

³⁴⁸ C. Const., 31 mai 2011, n°97/2011, *M.B.*, 10 août 2011, p. 45455.

³⁴⁹ C.J.C.E., arrêt *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *op. cit.*, § 17.

³⁵⁰ C. A., 20 septembre 2001, n° 110/2001, *M. B.*, 20 novembre 2001, p. 19017.

³⁵¹ Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs (...) », *op. cit.*, p. 395.

³⁵² L. spéc. du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315, art. 26bis et art. 3, § 2.

³⁵³ P. POPELIER et W. VANDENBRUWAENE, « La Belgique et (...) », *op. cit.*, p. 413.

³⁵⁴ Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs (...) », *op. cit.*, p. 397.

³⁵⁵ H. DUMONT, « La traduction, ciment (...) », *op. cit.*, p. 35.

limite aux dérogations à l'autonomie locale : priver les collectivités locales de l'essentiel de leurs compétences serait contraire au principe même de cette autonomie ». ³⁵⁶ Et d'ajouter qu'il « conviendrait donc qu'en Belgique, les juridictions supérieures s'efforcent de déterminer les valeurs et principes constitutionnels que le droit de l'Union – du moins le droit dérivé – ne peut enfreindre ». ³⁵⁷ En 2016, la Cour constitutionnelle semble avoir entendu l'appel doctrinal (section II).

SECTION II

ARRÊT N° 62/2016 DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE : INDICES DE RUPTURE ?

Le 28 avril 2016, la Cour constitutionnelle belge rend un arrêt de rejet pour cause d'irrecevabilité des requêtes en annulation introduites à l'encontre (i) de la loi d'assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance de l'Union économique et monétaire, ³⁵⁸ (ii) de l'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, § 1^{er} du T.S.C.G. et (iii) du décret flamand du 21 mars 2014 portant assentiment à l'accord de coopération précité. ³⁵⁹

« Un arrêt sans intérêt ? » s'interroge un article du *Journal des Tribunaux* ³⁶⁰ – l'un des rares à s'être attardé sur l'argumentation de la Cour *in casu*. Il faut répondre à cela par la négative: cet arrêt n° 62/2016 recèle plus d'enseignements que l'on peut penser en tirer au premier abord, non seulement parce qu'il déclare les quelques trente-et-un requérants – particuliers, ASBL, organisations syndicales et autorités politiques – sans intérêt à agir (sous-section I) mais surtout parce qu'il développe des critères de restriction de la primauté du droit européen (sous-section II).

SOUS-SECTION I

ARRÊT DE REJET POUR DÉFAUT D'INTÉRÊT À AGIR

§ 1. RAISONNEMENT SUCCINT DE LA COUR

Le T.S.C.G. est un traité conclu le 2 mars 2012 en dehors du cadre institutionnel européen entre l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne à l'exception du Royaume-Uni et de la République tchèque. Par ce traité, les parties contractantes s'engagent à consolider le pilier économique de l'Union économique et monétaire par le renforcement de la discipline budgétaire, de la coordination des politiques économiques des Etats et de la gouvernance de la zone euro. ³⁶¹

³⁵⁶ Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs (...) », *op. cit.*, p. 397.

³⁵⁷ Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs (...) », *op. cit.*, p. 398.

³⁵⁸ 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 68 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 Slovaquie, la République slovaque, la République de Finlande et le Royaume de Suède, fait à Bruxelles le 2 mars 2012, approuvé par la loi du 28 mars 2014, *M.B.*, 7 avril 2014, p. 29678. Ci-après « T.S.C.G. ».

³⁵⁹ C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *M.B.*, 17 juin 2016, p. 36748.

³⁶⁰ M. EL BERHOUMI, L. DETROUX et AL., « La Cour constitutionnelle face (...) », *op. cit.*, pp. 565-582.

³⁶¹ Bien que ce traité ait été adopté en dehors de l'Union européenne, il est appliqué et interprété par application du droit européen (article 2, § 1, T.S.C.G.) et les parties contractantes ont recours aux institutions européennes (article 3 et 8, T.S.C.G.). Pour une analyse du Traité, voy. D. BERLIN (dir.), *Traité sur la stabilité, la coopération et la gouvernance*, Collège européen de Paris de l'Université Panthéon-Assas. Colloque, Paris, éd. Panthéon Assas, 2013, 112 p.

Si la constitutionnalité des normes législatives d'assentiment et de mise en œuvre de ce Traité³⁶² a inquiété les requérants devant la Cour constitutionnelle, cette dernière, dans son arrêt n° 62/2016, rejette toutefois pour cause d'irrecevabilité les requêtes en annulation introduites devant elle.³⁶³ La Cour considère qu'aucun des trente-et-un requérants devant elle ne jouit d'un intérêt suffisant à agir en annulation.³⁶⁴ Selon elle, les organisations syndicales requérantes sont des associations de fait dont les conditions légales d'association au fonctionnement de l'Etat ne sont en rien affectées directement par les normes attaquées³⁶⁵ ; le membre requérant du Parlement de la Communauté germanophone n'est pas affecté personnellement dans l'exercice individuel de son mandat³⁶⁶ ; et les citoyens requérants n'ont pas démontré en quoi les normes attaquées portaient directement et défavorablement atteinte à leur droit électoral³⁶⁷ ni en quoi les mesures de renforcement de la discipline budgétaire affectaient directement et défavorablement leur jouissance de l'article 23 de la Constitution.³⁶⁸

§ 2. PARTICULARITÉ DE CE REJET

La particularité de cet arrêt de rejet est qu'il rompt avec la large souplesse dont la Cour fait habituellement preuve dans son analyse de l'intérêt à agir des particuliers qui invoquent une violation de leurs libertés fondamentales – les parties requérantes invoquaient *in casu* leurs droits sociaux garantis par l'article 23 de la Constitution.³⁶⁹ Surtout, le raisonnement tenu en l'espèce par la Cour pour déclarer les requêtes irrecevables est potentiellement transposable à n'importe quel intérêt invoqué à l'encontre d'une législation portant assentiment à un traité budgétaire, rendant de la sorte l'ensemble de ces dernières immunisées de tout contrôle de constitutionnalité.³⁷⁰

Sans doute la Cour constitutionnelle voulait-elle éviter d'analyser sur le fond un arrêt qui puisse l'éloigner de son attitude traditionnellement pro-européenne : annuler les dispositions attaquées pour inconstitutionnalité aurait généré un tolé politique majeur qui n'aurait pas manqué de se répercuter sur la légitimité de la Cour constitutionnelle elle-même. Toutefois, ces considérations politiques ne devraient pas justifier les lacunes de motivation de l'arrêt.³⁷¹ Toujours est-il qu'en déclarant les requérants sans intérêt à agir, elle contrebalançait la seconde partie de son arrêt qui pose déjà une limite – quoique hypothétique (voy. *infra*) – à l'intégration européenne (sous-section II).

³⁶² En Belgique, la transposition de ces règles dans l'ordre juridique interne a été effectuée par un accord de coopération plutôt que par une révision constitutionnelle, laquelle eût été plus complexe à mettre en œuvre. Voy. P. DERMINE, « La discipline budgétaire européenne à l'aune de la Constitution belge », note sous C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *J.T.*, 2016/27, n°6655, pp. 471-472.

³⁶³ Pour une analyse de la procédure et des moyens devant la Cour constitutionnelle: J. THEUNIS, « Het stabiliteitsverdrag-arrest: 'the making of' », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 298-304.

³⁶⁴ Condition requise à l'article 142 de la Constitution et art. 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

³⁶⁵ C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *M.B.*, 17 juin 2016, p. 36748, B.4.4.

³⁶⁶ *Ibid.*, B.7.3.

³⁶⁷ *Ibid.*, B.8.3.

³⁶⁸ *Ibid.*, B.6.6, B.6.8 et B.6.9.

³⁶⁹ P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court (...) », *op. cit.*, p. 356 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 191 ; C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *M.B.*, 17 juin 2016, p. 36748, B.6.1.

³⁷⁰ P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court (...) », *op. cit.*, p. 357.

³⁷¹ M. EL BERHOUMI, L. DETROUX et AL., « La Cour constitutionnelle face (...) », *op. cit.*, p. 582.

SOUS-SECTION II

LIMITE(S) À LA PRIMAUTÉ DU DROIT EUROPÉEN : L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE

§ 1. *OBITER DICTUM* INATTENDU

L'examen par la Cour de l'intérêt à agir des requérants aurait pu suffire à la motivation de son arrêt.³⁷² Pourtant, la Cour ajoute de sa propre initiative des observations supplémentaires. Elle constate au point B.8.7 qu'en plus de prévoir un cadre budgétaire rigide, le T.S.C.G. confie un certain nombre de compétences nouvelles aux institutions européennes, notamment à la C.J.U.E. et à la Commission européenne.³⁷³ Or, la Cour rappelle que le législateur portant assentiment à un traité international doit respecter les garanties prévues par la Constitution et qu'elle a la compétence pour en contrôler le respect (voy. *supra*).³⁷⁴

Rien n'est surprenant ici dans le raisonnement de la Cour, jusqu'à ce qu'elle ajoute que « [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 ».³⁷⁵ Et la Cour de compléter son *obiter dictum* de façon particulièrement intrigante en affirmant, sans autre forme de précision, que « [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 aux valeurs fondamentales* de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit ».³⁷⁶ En d'autres termes, *l'identité constitutionnelle belge* est érigée en limite matérielle du processus d'intégration européenne.³⁷⁷

En vertu de l'article 34 de la Constitution, l'autorité du droit européen dans l'ordre juridique belge est ainsi explicitement limitée.³⁷⁸ Un tel raisonnement n'est pas neuf dans le chef des juridictions constitutionnelles. Dans sa déclaration n°1/2004, le Tribunal constitutionnel espagnol traçait déjà les lignes de ce développement³⁷⁹ en affirmant que « [l]e transfert constitutionnel que l'article 93 permet a, à son tour, des limites matérielles qui s'imposent au transfert lui-même. Ces limites matérielles - qui ne sont pas expressément exposées dans la disposition constitutionnelle, mais qui découlent implicitement de la Constitution comme de la signification essentielle de la disposition elle-même - se traduisent dans

³⁷² L'obligation de motivation des arrêts rendus sur recours en annulation est logée dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315, art. 25^{quater}, al. 2.

³⁷³ C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *M.B.*, 17 juin 2016, p. 36748, B.8.7.

³⁷⁴ *Ibid.*, B.8.5 : « [l]e Constituant, qui interdit au législateur d'adopter des normes législatives contraires aux normes visées à l'article 142 de la Constitution, ne peut en effet être réputé autoriser ce législateur à adopter indirectement de telles normes, en donnant assentiment à un traité international », voy. *supra*.

³⁷⁵ *Ibid.*, B.8.7.

³⁷⁶ *Ibid.* Nous soulignons.

³⁷⁷ Le § 3 de cette Sous-section II analyse les – potentielles – conséquences des propos de la Cour sur l'étendue de ses compétences de contrôle de constitutionnalité.

³⁷⁸ E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité (...) », *op. cit.*, p. 342.

³⁷⁹ R. BUSTOS GIBERT, « National constitutional identity in european constitutionalism ; revisiting the tale of the emperor's new clothes in Spain ? » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p. 77 ; A. SAIZ ARANAIZ, « Identité nationale et droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. Burgorgue-Larsen), Paris, Pedone, 2011, pp. 101-131.

le respect de la souveraineté de l'État, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution ».³⁸⁰

Quoiqu'ainsi déjà connu sur la scène européenne, ce raisonnement est néanmoins surprenant de la part de la Cour constitutionnelle.³⁸¹ Alors qu'elle a toujours manifesté une grande ouverture envers l'Union³⁸², elle semble désormais s'inscrire dans un vaste mouvement jurisprudentiel où d'autres cours se sont déjà désolidarisées du principe d'application uniforme du droit européen afin de faire valoir leurs plus-values constitutionnelles. Cela est d'autant plus étonnant que la Cour constitutionnelle prononce ce *caveat* alors même qu'elle affirme quelques paragraphes suivants que l'article 174 de la Constitution n'est pas *in fine* pas violé en l'espèce parce que ni les objectifs du T.S.C.G. ni les compétences confiées à la C.J.U.E. et à la Commission ne privent les Parlements nationaux de leur prérogatives budgétaires.³⁸³ N'est donc pas affecté « un aspect de l'Etat de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa défense justifierait un intérêt à agir dans le chef de tous les citoyens ».³⁸⁴

Cela ne fait donc aucun doute que cet *obiter dictum* a été sciemment intégré à l'arrêt de la Cour. Les causes de ce revirement jurisprudentiel sont néanmoins incertaines. Probablement, cet arrêt consiste notamment une réaction à l'arrêt *Melloni* de la C.J.U.E.³⁸⁵ Ce dernier limite la possibilité pour les Etats d'appliquer leur standard constitutionnel de protection des droits fondamentaux aux seules hypothèses où « cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ».³⁸⁶ Le mécontentement causé par cet arrêt a pu pousser la Cour constitutionnelle à énoncer des *controlimiti*. Il va sans dire que le contexte jurisprudentiel s'y prêtait idéalement: quel meilleur exemple d'eupéanisation du droit constitutionnel que la « règle d'or budgétaire » énoncée à l'article 3, § 1 du T.S.C.G. ?³⁸⁷ L'équilibre budgétaire au sein des administrations publiques que cette règle impose fragilise et entrave les politiques publiques de redistribution des ressources qui mettent en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels garantis en Belgique.³⁸⁸

§ 2. « IDENTITÉ NATIONALE » ET « VALEURS FONDAMENTALES »

La Cour constitutionnelle énonce l'existence d'une identité constitutionnelle belge qu'elle décompose en deux balises juridiques: d'une part, le respect de l'identité nationale inhérente aux structures

³⁸⁰ Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, D.T.C. n° 1/2004, B.O.E. n°3, 4 janvier 2005, F.J. n° 2. Nous soulignons.

³⁸¹ Pour des motifs ci-dessous exposés (voy. *infra*, §3), nous ne nous rallions toutefois pas à l'opinion de G. VAN DER SCHYFF qui qualifie cet arrêt de « *grensverleggende* ». Voy. G. VAN DER SCHYFF, « De Nederlandse constitutionele identiteit : soberheid troef », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p. 323.

³⁸² M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2011, pp. 81-109.

³⁸³ C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, M.B., 17 juin 2016, p. 36748, B.8.6-B.8.8.

³⁸⁴ *Ibid.*, B.8.9.

³⁸⁵ A. ALEN, « De nationale identiteit – Slotwoord », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, p. 367 ; E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité (...) », *op. cit.*, pp. 345-346 ; C.J.U.E., arrêt *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, 26 février 2013, aff. C-399/11, www.curia.europa.eu (5 janvier 2019).

³⁸⁶ C.J.U.E., arrêt *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, 26 février 2013, aff. C-399/11, www.curia.europa.eu (5 janvier 2019), § 60. Voy. aussi § 56 ; E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité (...) », *op. cit.*, p. 346.

³⁸⁷ Le T.S.C.G. a fait beaucoup parlé de lui au sein des juridictions constitutionnelles nationales. Par exemple, le Conseil constitutionnel français a estimé que l'introduction par le pacte de normes contraignantes pour le Gouvernement et le Parlement français portait atteinte à la souveraineté nationale – et non pas l'identité nationale – et supposait une révision constitutionnelle préalable. Voy. Conseil constitutionnel, 9 août 2012, décision n° 2012-653 DC, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012653DC.htm> (8 janvier 2019).

³⁸⁸ M. VERDUSSEN, « Un droit constitutionnel métamorphosé », *Annales de Droit de Louvain : revue trimestrielle*, Vol. 75(3-4), 2015, pp. 311-312.

fondamentales, politiques et constitutionnelles et, d'autre part, des valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit.

La première balise relative à l'identité nationale emploie un langage similaire à celui choisi par le législateur européen à l'article 4, § 2 du Traité de Lisbonne (voy. *supra*).³⁸⁹ D'un point de vue comparatif, ce choix sémantique est significatif en ce qu'il contraste avec les juridictions constitutionnelles allemandes et françaises. Là où ces dernières ont préféré au concept européen d'identité nationale leur propre terminologie d'identité « constitutionnelle », la Cour constitutionnelle semble marquer sa volonté de maintenir un dialogue constructif avec la C.J.U.E.³⁹⁰ Au-delà de cela, la Cour a probablement souhaité renvoyer à l'article 4, § 2 du T.U.E. lui-même. Il en résulte logiquement que la censure d'un acte de droit dérivé pour méconnaissance de l'identité nationale belge ne peut être opérée que par la C.J.U.E., le cas échéant à la suite d'une question préjudicielle posée par un juge belge. Cela étant, point trop d'espoir ne doit être placé en cette possibilité de recours: la C.J.U.E. n'a pas fait preuve jusqu'à présent de grand enthousiasme face aux arguments fondés sur l'identité nationale belge.³⁹¹ Ce n'est en soi pas étonnant s'agissant d'un Etat miné par les conflits communautaires et dont leurs valeurs fondamentales sont fortement nourries des apports de la C.E.D.H. et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voy. *infra*).³⁹²

La seconde balise posée par la Cour vise un certain nombre de droits fondamentaux ou de principes qui incarnent des valeurs fondamentales entérinées dans la Constitution. La Cour puise ici son inspiration non plus du T.U.E. mais du raisonnement des juridictions constitutionnelles voisines, notamment la décision *Lisbonne* de la C.C.F.A.³⁹³ Cette dernière énonçait comme inhérents à l'identité constitutionnelle allemande, notamment, le principe de démocratie et la substance des droits fondamentaux (voy. *supra*).³⁹⁴ Ici, la Cour constitutionnelle belge se réfère davantage aux aspects essentiels de l'Etat de droit démocratique (voy. *infra*).

Le contenu précis de ces deux balises reste toutefois énigmatique. Il fait l'objet d'une analyse plus approfondie au Chapitre II de ce Titre. Qu'il nous soit déjà permis ici de souligner que nous ne rejoignons pas l'opinion doctrinale d'A. ALEN selon laquelle la Cour aurait défini la seconde balise relative aux valeurs constitutionnelles comme strictement distincte de la première relative à l'identité nationale.³⁹⁵ En décider de la sorte reviendrait à priver de tout sens la référence aux éléments de la « structure constitutionnelle » énoncée dans la première partie de la phrase. Nous sommes d'avis que le choix par la Cour d'une formule en deux temps lui permet simplement d'identifier deux éléments d'un même

³⁸⁹ P. VAN NUFFEL, « De nationale identiteit (...) », *op. cit.*, p. 354.

³⁹⁰ P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court (...) », *op. cit.*, p. 358.

³⁹¹ Par exemple C.J.U.E., arrêt *Digibet Ltd and Gert Albers v Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, 12 juin 2014, aff. C-156/13, www.curia.europa.eu (26 janvier 2019).

³⁹² P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 580.

³⁹³ P. GÉRARD, « Het stabiliteitsverdrag-arrest (...) », *op. cit.*, 2017/6, p. 347.

³⁹⁴ D'ailleurs, la C.C.F.A. elle-même a contrôlé les lois allemandes d'assentiment au T.S.C.G. en application de sa jurisprudence *Lisbonne*, concluant que l'identité constitutionnelle allemande n'était pas affectée. Voy. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 septembre 2012, *M.E.S. et T.S.C.G.*, BVerfGE 132, 195, disponible en allemand et en anglais sur <https://www.bundesverfassungsgericht.de> (5 janvier 2019) ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 18 mars 2014, BVerfGE 135, 317, disponible en allemand et en anglais sur <https://www.bundesverfassungsgericht.de> (5 janvier 2019). Pour une analyse complète : P. GÉRARD, « Het stabiliteitsverdrag-arrest (...) », *op. cit.*, pp. 347-353.

³⁹⁵ A. ALEN, « De nationale identiteit (...) », *op. cit.*, p. 370.

ensemble jouissant d'un statut particulier commun – les normes relatives à l'identité constitutionnelle belges immunisées de toute atteinte par le droit européen – sans risquer que de limiter sa protection aux seules normes tombant sous le coup de l'article 4, § 2 T.U.E.³⁹⁶

Enfin, notons que certains auteurs doctrinaux identifient une troisième balise à l'intégration européenne qui semblerait avoir été soulevée par la Cour constitutionnelle de façon implicite : l'interdiction d'actes adoptés *ultra vires*.³⁹⁷ La Cour se reconnaîtrait compétente pour réaliser un contrôle envers toute norme de droit dérivé qui excéderait les limites des compétences attribuées aux institutions de l'Union lorsqu'elle énonce que « l'article 34 de la Constitution ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé [...] aux institutions concernées, lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées ». ³⁹⁸ Un tel raisonnement marquerait l'influence sur le raisonnement de la Cour des arrêts cette fois-ci *Maastricht* et *Honeywell* (voy. *supra*) de la C.C.F.A. Cela étant, la Cour n'ayant pas plus étayé son propos – aucune norme de droit dérivé n'est en cause –, il faudra attendre ses arrêts suivants pour confirmer cette hypothèse.

§ 3. CONSÉQUENCES DE L'*OBITER DICTUM* : UN POTENTIEL IMPORTANT

Ces balises que la Cour énonce sont attachées (i) à l'action du législateur lorsqu'il donne son assentiment à un traité international qui transfère l'exercice de pouvoirs déterminés à des institutions européennes, et (ii) à l'action des institutions européennes concernées. Toutefois, La Cour constitutionnelle reste muette sur un point majeur : jusqu'à quel point s'arroe-t-elle le pouvoir d'en contrôler elle-même le respect ? Les conséquences des points B.8.7. et B.8.8. de l'arrêt à cet égard sont potentiellement gigantesques.

Tout d'abord, concernant le bloc de constitutionnalité au regard duquel les juges constitutionnels exercent leur contrôle. Il est connu que ce bloc ne comprend pas l'ensemble du corpus constitutionnel et que les normes de contrôle de la Cour sont reprises de façon exhaustive aux articles 142, alinéa 2 de la Constitution et articles 1 et 26, § 1 et § 1*bis* de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989. Or, l'identité constitutionnelle belge, au contenu imprécisé par la Cour, pourrait tout à fait se loger partiellement dans des normes constitutionnelles étrangères à ce bloc de constitutionnalité – à commencer par certains droits fondamentaux.³⁹⁹ La Cour, dans son arrêt n° 62/2016, a-t-elle entendu étendre son contrôle à l'ensemble des normes garantissant l'identité constitutionnelle belge, en ce compris celles qui ne sont pas visées dans le bloc de constitutionnalité initialement défini ? Seul un arrêt ultérieur de la Cour pourra nous éclairer.

La seconde zone d'incertitude concerne les différentes catégories de normes relevant du contrôle de la Cour. Le point B.8.7. de l'arrêt énonce que ni les lois d'assentiment à un traité européen ni les normes européennes dérivées ne peuvent porter atteinte à l'identité constitutionnelle belge. S'il est connu que

³⁹⁶ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 311.

³⁹⁷ P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court (...) », *op. cit.*, p. 356 ; E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité (...) », *op. cit.*, p. 342.

³⁹⁸ C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *M.B.*, 17 juin 2016, p. 36748, B.8.7.

³⁹⁹ Nous pensons typiquement aux droits électoraux repris à l'article 62 de la Constitution.

la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois d'assentiment (voy. *supra*), son contrôle potentiel des actes de droit dérivé est beaucoup plus restreint, pour deux raisons.

D'une part, la Cour est totalement incompétente pour connaître des griefs d'inconstitutionnalité attachés à un règlement européen, sous peine d'attenter à la compétence exclusive de la C.J.U.E. d'en apprécier la validité.⁴⁰⁰ Il appartiendra éventuellement au juge *a quo* de poser une question préjudicielle à la C.J.U.E. sur la compatibilité d'un règlement avec l'article 4, § 2 du T.U.E. – auquel cas il relèvera du bon vouloir de la C.J.U.E. de reconnaître un élément comme inhérent à l'identité nationale belge. L'arrêt n°62/2016 rompt-il avec cette théorie ? La Cour constitutionnelle a-t-elle souhaité s'arroger désormais de la compétence de contrôle direct des normes européennes ayant effet direct au regard de l'identité constitutionnelle belge ?

D'autre part, concernant les normes législatives de transposition de directives, la Cour n'est en principe compétente pour n'en contrôler que la constitutionnalité *immédiate*, *i.e.* qui découle de l'usage par le législateur belge de la marge de manœuvre qui lui est laissée dans sa transposition par le législateur européen.⁴⁰¹ Une sanction des inconstitutionnalités *médiates* de ces normes ne saurait être admise sous peine de condamner directement la norme de droit européen transposée. Le cas échéant, la seule possibilité pour la Cour est de saisir la C.J.U.E. d'une question préjudicielle relative à la compatibilité de la norme européenne avec l'article 4, § 2 du T.U.E. – auquel cas elle soumet à nouveau la protection de l'identité nationale belge au bon vouloir des juges européens. Toutefois, en affirmant dans son arrêt n° 62/2016 que les institutions, dans l'exercice de leurs compétences, doivent respecter l'identité constitutionnelle belge, la Cour constitutionnelle a-t-elle souhaité étendre son contrôle des normes législatives de transposition à leur constitutionnalité médiate ?

Répondre de façon affirmative à chacune de ces questions romperait sévèrement avec le principe de primauté et d'application uniforme du droit européen. En effet, si nous poussons le raisonnement à son paroxysme, toute violation d'une disposition constitutionnelle entérinant l'identité constitutionnelle belge, par quelque norme européenne que ce soit, pourrait donner lieu à l'annulation de l'acte litigieux par la Cour constitutionnelle en vertu de l'article 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 dans le respect du délais prévu à l'article 3, § 2 de ladite loi ou à un arrêt de censure en réponse à une question préjudicielle, sous réserve l'article 26, § 1^{bis} de cette même loi.⁴⁰² Cela porterait atteinte à la compétence exclusive de la C.J.U.E. d'invalider des actes européens et serait révolutionnaire eu égard à l'attitude traditionnellement europhile de la Cour constitutionnelle. Toutefois, un certain nombre d'éléments nous font pencher avec quasi-certitude vers une réponse négative aux questions ci-dessus reprises, ce qui ne manque pas de rendre faiblards les conclusions de l'arrêt n°62/2016 (§ 4).

§ 4. CONSÉQUENCES DE L'OBITER DICTUM : UNE APPLICATION CONCRÈTE PEU INQUIÉTANTE

Nous sommes d'avis que l'arrêt n° 62/2016, quoiqu'interpellant dans son concept, ne constitue pas une source d'extrême inquiétude. Deux observations en relativisent les conséquences et rendent minime la

⁴⁰⁰ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., p. 115.

⁴⁰¹ *Ibid.*, pp. 113-114.

⁴⁰² L. spéc. du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, M.B., 7 janvier 1989, p. 315, art.1, art. 3, § 2 et art. 26, §1^{bis}.

probabilité qu'une loi d'assentiment, une loi de transposition ou qu'une norme européenne ayant effet direct soit écartée pour cause d'atteinte à l'identité constitutionnelle belge.

La première observation est tirée de la proximité entre les limites à la primauté européenne énoncées par la Cour constitutionnelle et celles érigées par la C.C.F.A. Si la Cour constitutionnelle semble influencée par la C.C.F.A., une différence majeure existe cependant entre les deux : « *whereas the Bundeversfassungsgericht developed a detailed and nuanced theory of limitation and dialectic over a period of four decades and with several elaborate judgements, the Belgian Constitutional Court established the same doctrine seemingly overnight in a short obiter dictum* ». ⁴⁰³ Or, si les décisions rendues par la C.C.F.A., bien plus approfondies et sévères, n'ont jusqu'à ce jour mené à aucune invalidation d'un acte de droit européen (voy. *supra*), une telle éventualité est d'autant plus improbable dans le chef de la Cour constitutionnelle belge. D'autant que la Constitution belge ne comprend aucune « clause-Europe » ni aucune clause d'éternité telles que les articles 23 et 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande. ⁴⁰⁴ En outre, il ne faudrait pas oublier qu'il est particulièrement difficile de remettre en cause devant la Cour constitutionnelle les lois, décrets et ordonnances d'assentiment aux traités constitutifs de l'Union : ils ne sont pas susceptibles de question préjudicielle ⁴⁰⁵ et un recours en annulation ne peut être introduit à l'encontre de la norme que dans des délais abrégés (voy. *supra*). ⁴⁰⁶

La seconde observation renvoie à l'ensemble des interrogations ci-dessous soulevées quant à l'étendue du contrôle de l'identité constitutionnelle dont la Cour s'arroge la compétence. ⁴⁰⁷ Il est en effet plus que probable que ces interrogations reçoivent une réponse négative, eu égard à l'opérationnalisation concrète du contrôle que la Cour exercera. D'une part, il est quasiment certain que la Cour engagera en tout état de cause un dialogue préjudiciel avec la C.J.U.E. avant d'adopter la moindre décision en cas de contrariété à l'identité constitutionnelle belge par une norme européenne. De fait, son enthousiasme important à y procéder d'ores et déjà ⁴⁰⁸ et sa référence à l'identité nationale inscrite à l'article 4, § 2 du T.U.E. ⁴⁰⁹ laisse peu de place au doute quant à sa volonté de ne pas rompre violemment son dialogue avec l'Union. ⁴¹⁰ D'ailleurs, la C.C.F.A. elle-même a annoncé dans sa décision *Honeywell* qu'elle mettra en œuvre ce dialogue préjudiciel en cas de conflit et l'a effectivement engagé dans sa décision *Gauweiler*. ⁴¹¹ D'autre part, la position initialement pro-européenne de la Cour constitutionnelle invite à penser qu'elle n'invalidera un acte européen qu'en cas d'atteinte *manifeste* à l'identité constitutionnelle, accordant aux actes européens un degré de « bienveillance juridique » encore plus

⁴⁰³ P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court (...) », *op. cit.*, p. 197.

⁴⁰⁴ H. LOPES BOFILL, « What is not constitutional pluralism (...) », *op. cit.*, p. 240.

⁴⁰⁵ L. spéc. du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315, art. 26, § 1^{er} bis.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, art. 3, § 2.

⁴⁰⁷ M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, ET AL., *op. cit.*, p. 580.

⁴⁰⁸ Voy. la contribution d'A. ALEN et W. VERRIJDT, « Le dialogue préjudiciel (...) », *op. cit.*, pp. 33-74.

⁴⁰⁹ P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court (...) », *op. cit.*, p. 362.

⁴¹⁰ D'ailleurs, depuis son arrêt n° 62/2016, la Cour constitutionnelle ne s'est pas départie de sa traditionnelle tendance à engager un dialogue préjudiciel fréquent avec la C.J.U.E, ce qui témoigne de leurs bonnes relations continues et amenuise encore la probabilité d'une véritable posture de méfiance envers l'Union. Voy. sur le site de la Cour constitutionnelle l'ensemble des questions préjudicielles posées à la C.J.U.E. : <http://www.const-court.be>.

⁴¹¹ P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court (...) », *op. cit.*, p. 362.

important que ce que lui attribue la C.C.F.A. (voy. *supra*).⁴¹² Ces deux éléments rendent ainsi très peu probable que l'arrêt n° 62/2016 ait entendu étendre les compétences de la Cour de façon exponentielle.

De surcroît, l'absence de précision quant à la composition exacte de l'identité constitutionnelle belge prive encore davantage l'arrêt de son caractère de véritable menace au projet européen. Certes, une telle identification n'est pas aisée.⁴¹³ Une tentative de définition est réalisée au Chapitre II.

L'ensemble de ces éléments confirment que l'arrêt n°62/2016 doit s'analyser comme un avertissement clair adressé à l'Union, sans qu'il soit justifié d'en conclure l'existence d'une menace réelle au principe de primauté du droit européen. Le degré d'abstraction des concepts et l'absence de procéduralisation sont illustratifs de la maigre ambition de la Cour. Les arrêts futurs de cette dernière détermineront son évolution.⁴¹⁴

CHAPITRE II

COMPOSITION DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE BELGE

Parmi les nombreuses zones d'ombres qui persistent au sujet de l'arrêt n° 62/2016, la principale est la suivante : quelles sont les composantes précises de l'identité constitutionnelle belge ? Ni les publications doctrinales ni une quelconque jurisprudence ultérieure de la Cour constitutionnelle n'en apporte la réponse. Ce chapitre s'essaie par conséquent à combler cette lacune. Il propose une méthode d'identification de l'identité constitutionnelle belge (section I) et en développe une ébauche de composition (section II).

SECTION I

MÉTHODE CHOISIE D'IDENTIFICATION DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE BELGE

Définir le contenu de l'identité constitutionnelle belge présente des défis qui lui sont propres (Sous-section I), ce qui nous pousse à développer des méthodes subsidiaires d'analyse (Sous-section II).

SOUS-SECTION I

DÉFIS PROPRES À LA BELGIQUE

Deux difficultés au moins se greffent à l'exercice d'identification de l'identité constitutionnelle belge.

Premièrement, cet exercice est confronté à l'obstacle majeur du fédéralisme de bipolarisation. La Belgique repose en effet sur deux pôles, l'un néerlandophone et l'autre francophone, dont chacun possède ses intérêts et ses sensibilités, ses préoccupations et ses valeurs.⁴¹⁵ H. DUMONT qualifie à cet

⁴¹² Il faut noter que le *Bundesverfassungsgericht* a été bien plus détaillé dans le développement de son contrôle identitaire et que cela ne l'a toutefois pas amené à invalider un acte européen pour atteinte à l'identité constitutionnelle allemande. Voy. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 septembre 2012, *M.E.S. et T.S.C.G.*, BVerfGE 132, 195, disponible en allemand et en anglais sur <https://www.bundesverfassungsgericht.de> (5 janvier 2019).

⁴¹³ P. GÉRARD, « Het stabiliteitsverdrag-arrest (...) », *op. cit.*, p. 352.

⁴¹⁴ Jusqu'à présent, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale est le seul, depuis l'arrêt n°62/2016, à avoir fait référence devant la Cour constitutionnelle à « l'identité nationale inhérente (...) », joignant ce concept à la protection de la démocratie parlementaire. Toutefois, la Cour constitutionnelle n'a *in casu* pas eu à répondre suite au désistement d'un requérant et à un rejet pour le surplus. Voy. C. Const., 28 février 2019, n° 33/2019, *M.B.*, 5 avril 2019, p. 35471.

⁴¹⁵ Voy. C.J.C.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, *op. cit.*, où la Communauté flamande a avancé une interprétation très large de sa compétence là où la Communauté française et le Gouvernement wallon y percevait une violation des règles répartitrices de compétences qui attribueraient la compétence à la collectivité fédérale.

égard la Belgique d'Etat « fédéral sociologiquement plurinational »⁴¹⁶. Or, les rivalités communautaires existantes au sein de l'Etat refoulent l'existence d'une identité constitutionnelle forte et suggèrent une identité diluée qui frôle le dédoublement, en particulier lorsque sont visées les caractéristiques culturelles, linguistiques et religieuses plutôt que politico-constitutionnelles de la Belgique.⁴¹⁷

Deuxièmement, le cadre constitutionnel belge rend difficile d'emploi les indicateurs constitutionnels généralement utilisés par la doctrine et les juridictions pour épingler les composantes de l'identité constitutionnelle d'un Etat. Ces indicateurs comprennent généralement (i) les normes énonçant des limites matérielles à la révision constitutionnelle – des « clauses d'éternité » – ou soumettant cette révision à des conditions extrêmement sévères,⁴¹⁸ (ii) les normes identifiées par la jurisprudence constitutionnelle comme idiosyncratiques, (iii) les valeurs énoncées dans le préambule constitutionnel,⁴¹⁹ (iv) l'analyse des principes supra-constitutionnels⁴²⁰ ou (v) l'analyse des travaux préparatoires du texte constitutionnel. Or, la Belgique ne jouit d'aucun de ces éléments.⁴²¹ L'ensemble de ses dispositions constitutionnelles sont révisables,⁴²² aucune jurisprudence constitutionnelle antérieure n'a érigé une disposition constitutionnelle comme plus essentielle que les autres et la Constitution ne comprend aucun préambule⁴²³ ni aucun principe supra-constitutionnel.⁴²⁴ En outre, l'analyse des travaux préparatoires du Congrès National en 1831 et de la philosophie du Constituant originaire n'a pas de grande valeur ajoutée. Les valeurs mises en avant par le Congrès à l'époque⁴²⁵ ne sont que le reflet des préoccupations d'une élite belge particulière, à un moment précis dans le temps (voy. *infra*).

SOUS-SECTION II

TECHNIQUES D'IDENTIFICATION DE SUBSTITUTION

Puisqu'il est impossible de s'inspirer entièrement des outils ci-dessus mentionnés, nous élaborons notre propre méthode d'identification de l'identité constitutionnelle belge, dans l'attente d'une clarification par la Cour constitutionnelle elle-même. La question sous-jacente au processus est la suivante : quels éléments substantiels et/ou institutionnels établis *dans* la Constitution pourraient-ils être révisés sans entraîner un changement *de* Constitution ?⁴²⁶

Quatre sources d'inspiration guident notre analyse. Premièrement, *l'arrêt n°62/2016* lui-même renferme certaines indications par sa formule « aspect de l'Etat de droit démocratique à ce point essentiel » (voy. *infra*). Deuxièmement, considérant la proximité de langage entre l'arrêt n° 62/2016 et l'article 4, § 2 T.U.E. ainsi que l'influence générale de la C.J.U.E. sur la Cour constitutionnelle, nous aurons égard à

⁴¹⁶ H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », *op. cit.*, p. 69.

⁴¹⁷ L. F. M. BESSELINK, « National and constitutional identity (...) », *op. cit.*, p. 42.

⁴¹⁸ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming absolute primacy (...) », *op. cit.*, p. 1432.

⁴¹⁹ *Ibid.*, pp. 1433-1434.

⁴²⁰ S. PLATON, « Le respect de l'identité nationale (...) », *op. cit.*, p. 7.

⁴²¹ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 310.

⁴²² A la différence de la Loi fondamentale allemande, la Constitution belge ne contient pas de clause d'éternité, voy. P. GÉRARD, « Het stabiliteitsverdrag-arrest (...) », *op. cit.*, p. 348.

⁴²³ C. GREWE, « Methods of identification (...) », *op. cit.*, p. 43.

⁴²⁴ Sauf à considérer que les décrets du 18 et 24 novembre 1830 du Congrès National relatifs à l'indépendance de la Belgique et de l'exclusion perpétuelle de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique sont revêtus d'une valeur supra-constitutionnelle.

⁴²⁵ Successivement les actuels articles 19-20, 24, 25, 27 et de la Constitution coordonnée du 17 février 1994.

⁴²⁶ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 312.

la jurisprudence de la C.J.U.E. relative à l'identité nationale des Etats membres. Après tout, la notion d'identité constitutionnelle n'était qu'une application particulière de celle d'identité nationale (voy. *supra*). Troisièmement, certains éléments des *théories doctrinales* développées sur le concept d'identité constitutionnelle sont intéressants. S. MARTIN, par exemple, énonce que trois éléments relèvent nécessairement de l'identité constitutionnelle d'un Etat : les droits fondamentaux, son organisation institutionnelle et les langues officielles. Enfin, quatrièmement, nous nous penchons sur une *proposition de déclaration de révision de l'article 1^{er} de la Constitution* déposée devant la Chambre des représentants le 31 janvier 2018 et amendée le 2 avril 2019 concernant l'insertion d'un paragraphe relatif aux valeurs fondamentales de l'Etat.⁴²⁷ Nous combinons cette proposition à un rapport introductif fait à l'initiative de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions le 28 janvier 2018.⁴²⁸ Ce rapport concerne le caractère de l'Etat et les valeurs fondamentales de la société et s'attarde notamment sur l'intérêt d'intégrer un préambule à la Constitution. Les intitulés et objets de ces documents justifient à eux seuls leur intérêt dans notre étude de l'identité constitutionnelle belge.

Par ailleurs, qu'il nous soit permis d'avertir que nous choisissons de nous démarquer de la méthode française d'identification de l'identité constitutionnelle, laquelle se limite à l'examen des éléments constitutionnels « cruciaux et distinctifs ».⁴²⁹ Nous proposons en effet de nous intéresser à la fundamentalité des normes plutôt qu'à leur spécificité afin de ne pas « réduire l'identité constitutionnelle à une simple opération de comparaison ».⁴³⁰ De surcroît, le trait constitutionnel qu'un Etat perçoit comme constitutif de son identité n'en est nécessairement un pour les autres Etats.⁴³¹ Toutefois, nous n'excluons pas qu'une telle caractéristique de distinction puisse composer un indice à l'identification de l'identité constitutionnelle belge. Cette dernière peut donc associer des éléments substantiels et/ou institutionnels qui sont en partie communs à tous les Etats membres et en partie propres à la Belgique.

SECTION II

ÉBAUCHE DE COMPOSITION DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE BELGE

A la lumière des éléments ci-dessus exposés, nous pouvons épingler quelques catégories de composantes de l'identité constitutionnelle belge. A notre opinion, deux ensembles de normes sont particulièrement importants : les règles et principes fondamentaux relatifs à la structure fédérale de l'Etat et ceux relatifs à l'emploi des langues (sous-section I). L'identification d'autres composantes, si elle n'est pas à exclure, est plus incertaine. Nous l'envisageons de façon succincte (sous-section II).

⁴²⁷ 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. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2925/001 ; 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, Amendements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-2925/002.

⁴²⁸ Rapport introductif d'initiative concernant le caractère de l'Etat et les valeurs fondamentales de la société, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2914/001.

⁴²⁹ P. MAZEAUD, Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République, *op. cit.*

⁴³⁰ E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents (...) », *op. cit.*, p. 473.

⁴³¹ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 488.

SOUS-SECTION I

STRUCTURE FÉDÉRALE BELGE ET RÉGIME LINGUISTIQUE

Lorsque nous avons égard à l'histoire de la Belgique, tant la structure fédérale de l'Etat que son régime linguistique ont systématiquement joué un rôle dans les réformes de l'Etat.⁴³² Ce n'est pas à dire que l'ensemble de leurs aspects, souvent le fruit de longs compromis, sont constitutifs de l'identité constitutionnelle belge ; il s'agit de viser *l'essence* de ces normes, qui sont propres à l'Etat belge.

§ 1. STRUCTURE FÉDÉRALE BELGE

La Belgique est un Etat fédéral *sui generis*. L'analyse de deux textes normatifs soutient notre position selon laquelle les éléments fondamentaux de cette structure fédérale proprement belge appartiennent l'identité constitutionnelle belge.

Premièrement, l'analyse du texte constitutionnel lui-même. Le Titre I de la Constitution belge est intitulé « De la Belgique fédérale, de ses composantes et de son territoire ». Il est connu que le Titre premier d'une Constitution intègre les caractéristiques premières de l'Etat sur lesquelles le Constituant a souhaité insister.⁴³³ Selon C.GREWE, les dispositions d'un tel titre introductif sont généralement de deux catégories, l'une relative à l'Etat et à sa forme institutionnelle et l'autre relative aux valeurs constitutionnelles fondamentales de cet Etat.⁴³⁴ Or, en Belgique, l'entièreté du Titre I est consacrée au caractère fédéral de l'Etat, ce qui ne fait qu'accentuer l'importance que le Constituant, et le peuple par son intermédiaire, y attachent. Par ailleurs, notons que la nécessité de préservation de la structure fédérale de l'Etat est la raison première de la création de la Cour constitutionnelle, précédemment Cour d'Arbitrage, sur base de l'article 142 de la Constitution.⁴³⁵

Deuxièmement, il faut avoir égard à l'article 4, § 2 du T.U.E. dont la Cour constitutionnelle s'inspire dans son arrêt n° 62/2016. Cet article énonce explicitement l'autonomie locale et les structures constitutionnelles parmi les composantes de l'identité nationale d'un Etat membre (voy. *supra*). La C.J.U.E. elle-même a considéré en 2008 la structure fédérale belge comme inhérente à son identité nationale.⁴³⁶ Elle a ensuite rappelé en 2014, dans une affaire concernant l'Allemagne, que « la répartition des compétences entre les *Länder* ne saurait être remise en cause, celle-ci bénéficiant de la protection conférée par l'article 4, § 2 ». ⁴³⁷ Il va ainsi de soi que les normes belges constitutionnelles et

⁴³² E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 311.

⁴³³ C. GREWE, « Methods of identification (...) », *op. cit.*, p. 46.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 45.

⁴³⁵ T. VANDAMME, « Prochain Arrêt : La Belgique (...) », *op. cit.*, p. 137.

⁴³⁶ C.J.C.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, *op. cit.* Voy. aussi C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA contre Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-6747, spec. § 48.

⁴³⁷ C.J.U.E., arrêt *Digibet Ltd*, *op. cit.*, cons. 34. De façon plus générale, la C.J.U.E. consacre dès 1979 un principe de « neutralité » quant aux options constitutionnelles de répartition interne des compétences : la détermination des autorités responsables relève de l'autonomie constitutionnelle d'un Etat membre. Voy. C.J.C.E., arrêt *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contre Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali*, 27 septembre 1979, aff. C-230/78, *Rec. C.J.C.E.*, p. 2749, spec. § 34 ; C.J.U.E., arrêt *The Queen, on the application of Mark Horvath v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, 16 juillet 2009, aff. C-428/07, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-06355. La C.J.U.E. refuse toutefois catégoriquement de reconnaître la structure fédérale d'un Etat comme justification au manquement à ses obligations européennes (voy. *supra*).

de réforme institutionnelle relatives à la structure fédérale de l'Etat, à tout le moins celles qui en établissent l'essence, sont un élément clef de l'identité nationale belge aux yeux de la C.J.U.E.⁴³⁸

Au-delà de ces deux éléments, l'identification de la structure fédérale comme composante de l'identité belge semble évidente lorsqu'il est connu que cette structure est la cause première de tous les compromis politiques et réformes institutionnelles belges qui forgent la si grande complexité institutionnelle de la Belgique. Cela considéré, l'identification précise des normes qui relèvent de l'identité constitutionnelle est néanmoins délicate : le fédéralisme belge est d'une part récent et d'autre part bipolaire.⁴³⁹ E. CLOOTS épingle toutefois certaines normes constitutionnelles, qui sont généralement présentes dans le corpus constitutionnel d'un Etat fédéral mais dont l'adaptation particulière à l'histoire et aux sensibilités belges les rendent inaliénables de l'identité belge. Il s'agit du choix du passage officiel d'un Etat unitaire décentralisé à un Etat fédéral ; du choix de transférer une autonomie politique à certaines collectivités infra-étatiques ; des règles répartitrices de compétences *rationae materiae* et *rationae territoriae* ; ainsi que de la procédure et les organes de prévention ou de règlement des conflits de compétences entre les collectivités.⁴⁴⁰

§ 2. RÉGIME D'EMPLOI DES LANGUES

En vertu de l'article 30 de la Constitution, l'emploi des langues en Belgique est libre et protégé ; il ne peut être limité qu'en vertu d'une loi et dans les seuls domaines de l'enseignement, de la justice et des rapports à l'administration.⁴⁴¹ En réalité, le corpus législatif en matière d'emploi de langues, qui se solidifie à partir des années 1960-1970, est un corrélatif essentiel à la structure fédérale belge construite de façon bipolaire sur base des tensions entre les communautés francophone et néerlandophone.⁴⁴²

L'atteinte par une norme européenne dérivée ou par un traité à l'essence du régime belge d'emploi des langues bouleverserait le mince, mais essentiel, équilibre établi. La C.J.U.E. elle-même, dans un arrêt *Las*⁴⁴³, a reconnu que la protection de la langue constituait un élément de l'identité nationale belge capable de composer un intérêt légitime justifiant une restriction proportionnée des libertés de

⁴³⁸ Cela étant, en amont de la jurisprudence de la C.J.U.E., il faut noter une certaine force centripète exercée par le droit européen sur la construction de l'Etat fédéral belge en imposant par ses directives, notamment, certaines collaborations inter-étatiques ainsi que la création d'un organe unique de représentation de l'Etat. Ainsi la loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980 en a déduit la nécessité de maintenir certaines matières dans le giron de la compétence fédérale (L. spéc. du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434, art. 6, § 1^{er}, II, al. 2, 3^o) et la Cour constitutionnelle en a tiré le cas échéant une obligation de conclure des accords de coopération (C. Const., 2 mars 2011, n° 33/2011, *M.B.*, 25 février 2011, p. 29262 à propos de la directive 2003/87/CE). Cela n'est toutefois pas critiquable ; c'est l'œuvre de processus d'intégration européenne. Aucun Etat fédéral ne peut prétendre y participer sans accepter de concilier son propre fédéralisme aux mécanismes fédératifs de l'Union. Voy. H. DUMONT, « L'intégration européenne et (...) », *op. cit.*, pp. 66-70 et N. BONBLED, « Le droit de l'Union européenne, facteur de centralisation du système fédéral belge » in *Europese voorschriften en Staatshervorming – Contraintes européennes et réforme de l'Etat* (sous la dir. d'E. VANDENBOSSCHE et S. Van DROOGHENBROECK), Brugge, die Keure, 2013, pp. 75 – 109.

⁴³⁹ E. CLOOTS, « Europese integratie en (...) », *op. cit.*, p. 25.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁴¹ Voy. le régime expliqué dans F. HOFFMEISTER, « Le régime des langues en Belgique et le droit européen » in *Europese voorschriften en Staatshervorming – Contraintes européennes et réforme de l'Etat* (sous la dir. de E. VANDENBOSSCHE et S. Van DROOGHENBROECK), Brugge, die Keure, 2013, pp. 342 et s.

⁴⁴² F. HOFFMEISTER, « Le régime des langues (...) », *op. cit.*, p. 341.

⁴⁴³ C.J.U.E., arrêt *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, *op. cit.*. En l'espèce, la C.J.U.E. a toutefois considéré que le décret de la Communauté flamande imposant à tout employeur ayant son siège en région de langue néerlandaise de rédiger les contrats à caractère transfrontalier exclusivement en néerlandais imposait en l'espèce une mesure de protection de la langue officielle disproportionnée. Voy. E. CLOOTS, « Respecting linguistic identity within the EU's internal market: Las », *Common Market Law Review*, n°51, 2014, pp.623-646.

circulation.⁴⁴⁴ De façon plus générale, la protection nationale de la langue officielle est un argument envers lequel la C.J.U.E. s'est habituellement montrée bienveillante envers les Etats membres⁴⁴⁵, au sein d'une Union qui s'est depuis toujours construite sur le multilinguisme.⁴⁴⁶

Quant aux composantes précises de l'identité constitutionnelle belge en la matière, nous nous alignons à nouveau sur la proposition d'E. CLOOTS. Celle-ci identifie, au minimum, les normes relatives à l'identification des langues officielles de Belgique ; à la section du territoire belge en quatre régions de langue distincte ; au choix entre le principe de territorialité ou de personnalité – ou une fusion des deux principes – ; et au maintien de la compétence fédérale en matière d'emploi des langues.⁴⁴⁷ Toutefois, nous gardons à l'esprit le regard pessimiste porté par N. BONBLED et S. WEERTS sur la liberté linguistique constitutionnelle, la percevant aujourd'hui comme amoindrie au point d'être « devenue relative dans la sphère des relations privées » et « inexistante en pratique dans les relations avec les autorités publiques ».⁴⁴⁸ Notons par ailleurs que quelques grands désaccords persistent entre néerlandophones et francophones concernant les choix concrets d'application et d'interprétation des normes.⁴⁴⁹

SOUS-SECTION II

AUTRES ÉLÉMENTS

Il y a fort à penser qu'outre la structure fédérale et le régime d'emploi des langues, d'autres éléments du corpus constitutionnel sont inaliénables à la Belgique. D'ailleurs, la structure fédérale et les normes de protection linguistique n'ont fortement intégré la Constitution que dans les années 1960-1970 ; il serait impossible de soutenir que la Belgique ne jouissait d'aucune identité constitutionnelle jusqu'à cette date, alors qu'elle est née justement d'un sentiment nationaliste en réaction à l'oppression hollandaise.⁴⁵⁰ Partant de ce postulat, nous suggérons de façon non exhaustive trois éléments.

§ 1. ASPECTS ESSENTIELS DE L'ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE

Dans son arrêt n° 62/2016, la Cour n'évoque ni la structure fédérale de l'Etat ni le régime d'emploi des langues. Elle semble par contre suggérer qu'appartiennent à l'identité constitutionnelle belge les « aspect[s] de l'Etat démocratique qui [sont] à ce point essentiel[s] que [leur] défense justifierait un intérêt à agir dans le chef de tous les citoyens ».⁴⁵¹ *In casu*, la Cour vise spécifiquement le principe d'autonomie budgétaire des Parlements belges,⁴⁵² s'en référant au « libre choix des mesures de

⁴⁴⁴ G. MARTI, « Multilinguisme et identité constitutionnelle », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2016/3, p. 424 ; S. AERTS, « Nationale identiteit als (...) », *op. cit.*, pp. 343 – 345.

⁴⁴⁵ C.J.C.E., *Anita Groener contre Minister for Education (...)*, *op. cit.*, §§ 19-21 ; C.J.U.E., arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn*, *op. cit.*, §§ 85-87.

⁴⁴⁶ G. MARTI, « Multilinguisme et identité (...) », *op. cit.*, p. 420.

⁴⁴⁷ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 314.

⁴⁴⁸ N. BONBLED et M. VERDUSSEN, « Conclusions » in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* (sous la dir. de N. BONBLED et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1830.

⁴⁴⁹ L'exemple le plus flagrant est l'affaire au sujet des conditions d'affiliation au régime de l'assurance soins institué par la Communauté flamande, voy. C.A., 19 avril 2006, n°51/2006, <http://www.const-court.be/public/f/2006/2006-051f.pdf> (9 mai 2019) ; C.J.U.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, *op. cit.* ; C. Const., 21 janvier 2009, n° 11/2009, <http://www.const-court.be/public/f/2009/2009-011f.pdf> (9 mai 2019).

⁴⁵⁰ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 315.

⁴⁵¹ C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *M.B.*, 17 juin 2016, p. 36748, B.8.9 ; M. EL BERHOUMI, L. DETROUX et AL., « La Cour constitutionnelle face (...), *op. cit.*, p. 578.

⁴⁵² E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité (...) », *op. cit.*, p. 340.

correction »⁴⁵³ et aux « prérogatives des parlements nationaux »⁴⁵⁴ visées à l'article 174 de la Constitution. Par ailleurs, la Cour estime qu'une atteinte à « l'emprise des organes représentatifs élus sur la politique budgétaire »⁴⁵⁵ aurait nécessairement un impact sur le droit électoral des citoyens, lequel est de la sorte identifié également comme un aspect essentiel de l'Etat de droit démocratique.⁴⁵⁶

Malheureusement, la Cour limite *in casu* son examen à la recevabilité des requêtes dont elle est saisie. Elle ne procède à aucune analyse de fond des valeurs sous-jacentes au T.S.C.G. et à l'article 174 de la Constitution. Elle procède encore moins à une réelle confrontation de ces deux ensembles.⁴⁵⁷ Or, son rejet sommaire de l'argument selon lequel le T.S.C.G. compromet l'autonomie budgétaire parlementaire ne convainc guère, d'autant moins que d'autres juridictions constitutionnelles, tel que le Conseil constitutionnel français,⁴⁵⁸ ont formulé quant à elles des conditions très strictes à l'assentiment au T.S.C.G.⁴⁵⁹ Par conséquent, il n'est pas certain que cette seule affirmation prétorienne des principes constitutionnels propres à l'Etat de droit démocratique belge soit suffisamment solide pour confronter le principe européen de primauté et convaincre les juges de Luxembourg. Cela nécessitera sans doute une intervention du Constituant dérivé lui-même.

Au-delà de l'arrêt n°62/2016, certains suggèrent que le choix pour une monarchie parlementaire constitutionnelle et pour un régime bicaméral, tout comme le caractère obligatoire du vote, sont également des éléments incontournables de la structure démocratique belge.⁴⁶⁰

§ 2. DROITS FONDAMENTAUX

Pour un Etat bâti sur fond historique de répression hollandaise, l'inscription des droits fondamentaux – ou de certains d'entre eux – comme composantes de l'identité constitutionnelle belge paraît évidente ; ne pas les y inclure s'apparente à une insulte.⁴⁶¹ Toutefois, il s'avère difficile d'identifier les droits constitutionnels qui seraient à ce point essentiels à l'Etat belge qu'ils pourraient être érigés en obstacle face à la transposition d'une norme européenne.

En effet, certains auteurs suggèrent d'identifier ces droits fondamentaux essentiels – si tant est que certains soient plus essentiels que d'autres – en revenant au texte constitutionnel de 1831.⁴⁶² Le Titre II de la Constitution innovait alors par son édicition de quatre libertés cardinales – la liberté d'expression,

⁴⁵³ C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *M.B.*, 17 juin 2016, p. 36748, B.8.8.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*, B.8.1.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, B.8.2.

⁴⁵⁷ M. EL BERHOUMI, L. DETROUX et AL., « La Cour constitutionnelle face (...), *op. cit.*, p. 580.

⁴⁵⁸ Conseil constitutionnel, 9 août 2012, décision n° 2012-653 DC, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012653DC.htm> (8 janvier 2019). Le Conseil constitutionnel analyse d'un œil beaucoup plus critique la portée du T.S.C.G. et des prérogatives gouvernementales et parlementaires françaises en matière budgétaire. Il conclut à l'inconstitutionnalité de l'introduction en droit interne de dispositions ayant pour objet la limitation de l'ampleur des déficits publics et la fixation d'un objectif budgétaire pluriannuel.

⁴⁵⁹ Voy. une analyse et comparaison entre l'arrêt n°62/2016 et la décision française n° 2012-653 DC dans E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité (...) », *op. cit.*, pp. 340 et s. Sans doute, les juges constitutionnels français ont-ils osé faire preuve d'une plus grande audace en raison de leur plus souple procédure de révision constitutionnelle et leur possibilité d'exercer un contrôle préventif de constitutionnalité avant la ratification du Traité.

⁴⁶⁰ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 316.

⁴⁶¹ La supposition selon laquelle l'arrêt n° 62/2016 a été adopté en réaction à l'arrêt *Melloni* de la C.J.U.E. ne fait que confirmer cette évidence.

⁴⁶² M. SAFJAN, « Les dilemmes de l'application (...) », *op. cit.*, p. 557.

la liberté d'enseignement, la liberté de presse et la liberté de culte.⁴⁶³ Pourtant, il est délicat de savoir si ces libertés, fondamentales aux yeux du Congrès National, étaient à l'époque, et sont aujourd'hui encore, représentatives des préoccupations majeures de l'ensemble de la population. En effet, en 1831, le peuple belge était pour une grande part analphabète. Ces quatre libertés fondamentales ne représentent-elles donc pas le simple désir d'une élite politique dont nous avons conservé l'héritage ?

Par ailleurs, nous pourrions être tentés d'épingler les droits fondamentaux qui ont été identifiés comme absolus, *i.e.* ne pouvant pas être restreints dans leur exercice. Toutefois, la Cour constitutionnelle elle-même manque de clarté quant à la portée relative ou absolue de certains des droits constitutionnels.⁴⁶⁴ Les droits faisant preuve d'une telle hésitation sont dès lors difficilement identifiables comme des valeurs fondamentales constitutionnelles, d'autant moins devant la C.J.U.E.

Enfin, il est parfois argumenté que l'identité constitutionnelle belge est composée des droits fondamentaux qui sont indérogeables en vertu de l'article 15, § 2 de la C.E.D.H.⁴⁶⁵ Cette référence à la C.E.D.H., outre qu'elle soit peu convaincante, est particulièrement révélatrice d'un phénomène majeur en Belgique : le catalogue belge de droits fondamentaux constitutionnels est aujourd'hui largement dépassé. Il est en effet à ce point obsolète que l'ensemble des garanties qui y sont consacrées trouvent une disposition identique ou analogue en droit européen, spécifiquement dans la C.E.D.H. et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est ainsi une pratique quasi-systématique de la Cour constitutionnelle que de s'en référer à la jurisprudence de la C.J.U.E. ou de la Cour européenne des droits de l'homme afin d'interpréter ses droits constitutionnels⁴⁶⁶ par la méthode « conciliatoire » ou « combinatoire ». Cela lui vaut même d'être parfois qualifiée d'organe « déconcentré de la grande juridiction européenne ».⁴⁶⁷

Or, une telle inadaptation du Titre II aux nécessités modernes de la société belge amène à s'interroger sur la pertinence des droits fondamentaux au sein de l'identité constitutionnelle belge. En théorie, les textes européens et internationaux de protection des droits fondamentaux ont vocation à représenter un socle minimal de protection qu'il appartient à chaque Etat d'enrichir de sa propre tradition.⁴⁶⁸ Pourtant, la pratique de la Cour constitutionnelle belge estompe la distinction entre les dispositions constitutionnelles et conventionnelles et efface un quelconque particularisme des droits constitutionnels.⁴⁶⁹ D'autant que cette intégration du droit européen par la Cour constitutionnelle dans ses normes de contrôle lui a permis de favoriser la conciliation entre son contrôle de constitutionnalité et l'exigence de primauté du droit européen sur le droit national,⁴⁷⁰ ce qui semble aux antipodes du désir de sauvegarder une identité constitutionnelle belge fondée sur les droits fondamentaux. Une réalité

⁴⁶³ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 316.

⁴⁶⁴ Voy. concernant l'interdiction des mesures préventives portant limitation à la liberté d'expression : C. Const., 25 mai 2016, n°72/2016, *M.B.*, 15 juillet 2016, p. 44508, B.17.2. : « L'article 19 interdit que la liberté d'expression soit soumise à des restrictions préventives » en comparaison avec C. Const., 3 décembre 2009, n°195/2009, *M. B.*, 24 février 2010, p. 12832, B.34 : « l'article 19 de la Constitution a pour objet (...) d'interdire, *en principe*, toute mesure préventive d'une autorité publique » (nous soulignons).

⁴⁶⁵ Ci-après « C.E.D.H. ».

⁴⁶⁶ N. BONBLED et M. VERDUSSEN, « Conclusions », *op. cit.*, p. 1825.

⁴⁶⁷ P. MARTENS, « Sur le juge constitutionnel. (Discours prononcé à l'occasion de la XI^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes en juin 2002) », *Rev. fr. dr. constit.*, 2003/1 (n°53), p. 16.

⁴⁶⁸ N. BONBLED et M. VERDUSSEN, « Conclusions », *op. cit.*, p. 1826.

⁴⁶⁹ P. NIHOUL, « Le droit dérivé (...) », *op. cit.*, p. 612.

⁴⁷⁰ A.-S. TABAU, « La conciliation des (...) », *op. cit.*, p. 509.

décevante qui rompt avec une intégration de principe des droits fondamentaux dans l'identité constitutionnelle belge.

§ 3. VALEURS FONDAMENTALES SOUS-JACENTES

Enfin, s'il est difficile d'identifier les droits fondamentaux qui relèvent de l'identité constitutionnelle belge, nous suggérons qu'en réalité, cette dernière réside davantage dans les valeurs fondamentales sous-jacentes au texte constitutionnel que dans la lettre du texte elle-même.

Plusieurs propositions parlementaires ont été avancées récemment afin de réviser la Constitution dans le but de souligner ces valeurs fondamentales de la société belge. Ces propositions n'ont pas été suivies lors de l'adoption de la déclaration de révision de la Constitution du 2 mai 2019 mais elles sont un bon indicateur des valeurs aujourd'hui perçues comme essentielles.⁴⁷¹ Une première proposition invitait à intégrer un préambule à la Constitution.⁴⁷² La Commission de révision constitutionnelle et de réformes des institutions insistait en l'espèce particulièrement une mise en avant de la démocratie, l'Etat de droit, la souveraineté populaire, l'égalité, du respect de la diversité, du principe de territorialité et de la séparation entre l'Eglise et l'Etat.⁴⁷³ Une seconde alternative proposait de réviser l'article premier de la Constitution afin d'y insérer un paragraphe énonçant 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 ». ⁴⁷⁴ Autant de valeurs qui pourraient être ultérieurement épinglées comme fondamentales à la Belgique par la Cour constitutionnelle.

Par ailleurs, il peut être défendu que les valeurs inaliénables à la Belgique sont identifiables à travers des instruments infra-constitutionnels. Typiquement, les législations relatives aux interruptions volontaires de grossesse,⁴⁷⁵ à l'euthanasie⁴⁷⁶ et à la protection des personnes homosexuelles⁴⁷⁷ peuvent être perçues traduisant une vision proprement belge du droit à la dignité humaine en tant que droit pour chacun d'être autonome et d'effectuer ses choix de vie personnels.⁴⁷⁸

⁴⁷¹ Déclaration de révision de la Constitution, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3708/004.

⁴⁷² Voy. J. RINGELHEIM : « Il doit s'agir d'une démarche globale, visant à expliciter l'ensemble des éléments définissant l' "identité constitutionnelle" » dans le rapport introductif d'initiative concernant le caractère de l'Etat et les valeurs fondamentales de la société, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2914/001, p. 332. Quant au le texte du Préambule tel que pensé par son auteur, voy. P. DEWAELE, « Proeve van preambule bij de Belgische Grondwet », https://www.openvld.be/library/1/files/5904_preambule_dewael_grondwet.pdf (9 mai 2019). La rédaction d'un préambule nous semble toutefois dangereuse : elle risque d'accroître le constat des lacunes béantes qui demeurent dans notre Constitution.

⁴⁷³ Rapport introductif d'initiative concernant le caractère de l'Etat et les valeurs fondamentales de la société, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2914/001.

⁴⁷⁴ 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. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2925/001 ; 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, Amendements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n°54-2925/002.

⁴⁷⁵ Loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, *M.B.*, 5 avril 1990.

⁴⁷⁶ Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

⁴⁷⁷ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003, p. 9880.

⁴⁷⁸ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 320.

Enfin, il nous semble inévitable de souligner parmi les valeurs proprement belges, la propension de la démocratie belge au compromis et à la concordance. La Belgique, en effet, reconnaît la diversité de ses composantes institutionnelles et sociales et est attachée à une démocratie qui régule ses conflits par la recherche de consensus et de compromis équilibrés. H. DUMONT note ainsi avec pertinence que « les articles 4, 11, 54, 62, alinéa 2, 99, 131 et 143 de notre Constitution qui instituent les lois spéciales, la sonnette d'alarme, la représentation proportionnelle, la parité au Conseil des ministres, la protection des minorités idéologiques et philosophiques et la loyauté fédérale traduisent une *valeur propre à notre démocratie consociative ou de concordance* attachée des *consensus pacificateurs sur des compromis* propres à transcender, dans une certaine mesure, nos clivages communautaires et idéologico-philosophiques fonctionnels ».⁴⁷⁹

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE : UN VÉRITABLE DISCOURS IDENTITAIRE ?

Lorsque la Belgique a adhéré en 1951 au projet européen, elle ne pouvait pas prévoir les conséquences révolutionnaires qui en résulteraient. Toutefois, lorsque ces dernières sont apparues plus évidentes, elle n'a pas pour autant modifié sa stratégie constitutionnelle d'intégration européenne de sorte à rendre celle-ci plus consciente et avertie. Au contraire, tandis qu'à la suite du Traité de Maastricht, la France et l'Allemagne intègrent dans leur texte constitutionnel une « clause-Europe »,⁴⁸⁰ la Belgique, elle, conserve un cadre constitutionnel d'intégration basé uniquement sur la clause d'habilitation générale visée à l'article 34 de la Constitution. Au-delà même de cela, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle belge, en comparaison avec la C.C.F.A. et le Conseil constitutionnel, montre comment, pendant longtemps, les particularités constitutionnelles belges ont pu être gommées au profit des normes européennes.⁴⁸¹

L'arrêt n° 62/2016 semble toutefois marquer un tournant dans cette posture de « servilité ».⁴⁸² En posant soudainement des limites au principe européen de primauté, il porte le potentiel d'une nouvelle stratégie d'intégration, davantage basée sur la légitimité et le respect de la pluralité constitutionnelle. A cet égard, l'arrêt laisse cependant un sentiment partagé ; la Cour en dit à la fois trop, et pas assez. Trop, puisqu'elle semble ouvrir une porte vers un protectionnisme constitutionnel pour lequel nous pouvons, jusqu'à un certain point, nous réjouir. Pas assez, en raison du choix regrettable de la Cour de se limiter à l'examen de la recevabilité des requêtes posées devant elle, et de s'empêcher en conséquence d'examiner les moyens sur le fond et d'être donc convaincante sur ses motifs de rejet.

Cette ambivalence ressentie dans l'arrêt nous laisse en définitive balancer entre trois sentiments : réjouissance, déception et inquiétude.

Réjouissance, d'abord. L'engagement de la Cour envers l'essence constitutionnelle belge est, dans une certaine mesure, honorable. Il faut en effet reconnaître que la Constitution belge n'est pas construite sur

⁴⁷⁹ Rapport introductif d'initiative concernant le caractère de l'Etat et les valeurs fondamentales de la société, *op. cit.*, p. 317.

⁴⁸⁰ Pour un aperçu, P. POPELIER, « 'Europe Clauses' and Constitutional Strategies in the Face of Multi-Level Governance », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, pp. 300-319.

⁴⁸¹ C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle (...) », *op. cit.*, p. 340.

⁴⁸² Pour reprendre le terme de H. DUMONT, voy. *supra*, note 351.

une identité constitutionnelle robuste. A l'exception de certains moments dans l'Histoire où la survie de l'Etat fût menacée, il est frappant de constater une absence de patriotisme constitutionnel puissant et victorieux. Pour un Etat traversé par de telles tensions internes, il est ainsi bienheureux et rassurant de voir la Cour constitutionnelle se dresser en gardienne d'une identité qu'elle reconnaît et bâtit.

Déception, ensuite. Au moment où nous nous réjouissons de l'attitude de la Cour, nous regrettons instantément son absence d'ambition. Celle-ci prédit en effet une future jurisprudence identitaire faîblarde et soumise tant aux aléas de la bipolarisation de l'Etat qu'aux interprétations par la C.J.U.E. de l'article 4, § 2 du T.U.E. A cet égard, nous pourrions même dire, de façon provocatrice, que la Cour constitutionnelle européenise en réalité son identité constitutionnelle par sa déférence à l'article 4, § 2 du T.U.E. et qu'ici encore, elle trahit sa tendance servile d'eupéanisation de la Constitution. En d'autres termes, si nous savions déjà que la Belgique tangait sous le coup des tensions identitaires, nous avions espéré de cet arrêt n° 62/2016 – d'où notre réjouissance – qu'il affirme une identité constitutionnelle ferme, palliant à l'absence d'un « *echt successvol constitutionneel patriottisme* ». ⁴⁸³ Or, notre déception nous pousse au contraire à suivre l'avis d'E. CLOOTS selon lequel la Constitution revêt désormais un caractère particulièrement vulnérable : elle en devient de fait aisément manipulable par le pouvoir politique, lequel pourrait proclamer, selon la période, des normes incarnant ou non l'identité constitutionnelle belge, qu'ils seraient prêts ou non à sacrifier sur l'autel de l'Union. ⁴⁸⁴

Inquiétude, enfin. Certes, la théorie de l'identité constitutionnelle est justifiée jusqu'à un certain point. Non seulement pour la Belgique, mais pour l'Europe qui, unie dans sa diversité, ne peut pas oublier que son pluralisme fait sa richesse. Nous nous garderons toutefois de considérer d'un œil outrageusement enthousiaste l'émergence du discours d'identité constitutionnelle en Belgique. Celui-ci doit en effet être interrogé de façon critique au regard de l'usage qui en est fait dans d'autres Etats membres afin défier le projet européen ou de balayer les valeurs européennes. Il serait dangereux de ne pas accorder de l'attention au raisonnement, notamment, de la Cour constitutionnelle hongroise qui, sur base de son identité constitutionnelle, a récemment remis en cause l'ensemble du système de répartition des demandeurs d'asile au sein de l'Union. ⁴⁸⁵ Or, si même un Etat europhile comme la Belgique se décide un jour à se lancer véritablement dans une voie identitaire, le mécanisme de *controlimiti* pourrait bien, non seulement ramener l'Union à une forme classique d'organisation internationale intergouvernementale, ⁴⁸⁶ mais déconstruire complètement sa dimension d'unification, voire son processus démocratique.

⁴⁸³ E. CLOOTS, « Het mysterie van (...) », *op. cit.*, p. 319.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 319.

⁴⁸⁵ Cour constitutionnelle hongroise, 30 novembre 2016, décision n°22/2016 (XII. 5.) AB. ; Voy. une analyse critique de la décision: Z. KORTVELYESI et B. MAJTENYI, « Games of values : the threat of exclusive constitutional identity, the EU and Hungary », *German Law Journal*, 2017, n°18, pp. 1721-1744.

⁴⁸⁶ P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel (...) », *op. cit.*, p. 473.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Quo vadis ? Assurer la coexistence des différents systèmes constitutionnels au sein de l'Union européenne a toujours été un projet ambitieux. Il nécessite la recherche permanente d'un point d'équilibre entre le pluralisme constitutionnel d'une part et la construction de valeurs et principes européens communs d'autre part.

Ce point d'équilibre, **la C.C.F.A. et le Conseil constitutionnel** ont été les premiers, après l'intervention avant-gardiste italienne, à le revendiquer. Il s'agit d'abord de réactions ponctuelles, viscérales et implicites face à une emprise ressentie comme trop forte du droit européen. Au fur et à mesure, leur jurisprudence devient plus cohérente, systématique et explicite : leur identité constitutionnelle composera désormais l'ultime rempart de leurs particularismes que ne saurait franchir le projet d'une Union « sans cesse plus étroite ». Cette identité constitutionnelle apparaît ainsi comme le nouvel avatar de la réticence des Etats à une progression intégrative excessive et comme la principale réserve de constitutionnalité qui conditionne l'ouverture du droit national au droit européen, soit à l'occasion d'une modification des traités fondateurs, soit à l'occasion de la transposition nationale du droit dérivé.

Néanmoins, la notion d'identité constitutionnelle est à ce jour encore frappée de nombreuses zones d'incertitudes que ni la C.C.F.A. ni le Conseil constitutionnel n'ont éclairées. En effet, si les études doctrinales sur le sujet sont nombreuses, l'absence de théorisation générale du concept d'identité constitutionnelle est frappante, comme le manifestent les deux dimensions suivantes.

D'une part, il n'existe aucune définition générale de l'identité constitutionnelle, dont l'identification suppose une analyse prétorienne au cas par cas. Pas plus qu'il n'existe de base juridique uniforme sur laquelle les juridictions constitutionnelles se fonderaient pour énoncer leur identité constitutionnelle. D'un côté, la C.C.F.A. tire son identité de sa clause d'éternité et la restreint à ce noyau intangible de la Loi fondamentale que seule une révolution pourrait changer ; d'un autre côté, le Conseil constitutionnel n'a même pas encore atteint le stade de l'identification des composantes de l'identité française avec lesquelles la doctrine aujourd'hui se débat.

D'autre part, la question même de savoir si l'identité constitutionnelle a été affirmée par les juridictions comme outil de résistance face au projet européen ou comme potentiel instrument de conciliation dépend de l'Etat à partir duquel l'on se positionne. De façon générale, la doctrine classe la C.C.F.A. dans la première catégorie et le Conseil constitutionnel dans la seconde. De fait, la C.C.F.A., quoiqu'engagée à adopter une relative « bienveillance juridique », ne renonce à aucun moment à son pouvoir du dernier mot et à la souveraineté de sa Loi fondamentale face au principe de primauté européenne. Le Conseil constitutionnel quant à lui adopte une attitude plus coopérative lorsqu'il réserve au Constituant le droit de procéder à une révision constitutionnelle afin de concilier les intérêts nationaux et européens. Quoi qu'il en soit, l'élément de friction persistant entre l'Union et les Etats membres n'a jamais encore dépassé le stade des menaces.

Désireuse d'éviter en effet une désolidarisation plus avancée, **l'Union européenne** a progressivement fait écho aux revendications identitaires constitutionnelles. Cette reconnaissance s'est traduite

ultimement par une traduction du concept national d'identité constitutionnelle en un concept européen d'identité nationale dans l'article 4, § 2 du Traité de Lisbonne. « Traduction » plutôt que « reconnaissance » du concept parce que, quoique certains l'aient soutenu, il paraît très difficile d'interpréter l'article 4, § 2 du T.U.E. comme étant un instrument de rejet du processus européen d'intégration offert sur un plateau d'argent aux Etats membres. Au contraire, cet article semble devoir être reçu comme un instrument d'eupéanisation des revendications nationales identitaires visant à les intégrer explicitement aux valeurs reposant depuis 1951 sur la diversité et le pluralisme. Selon cette lecture positiviste, l'article 4, § 2 du T.U.E. devient alors un outil de dialogue des juges et l'opportunité pour l'Union comme pour les Etats de changer le visage de l'intégration européenne d'une entité dévorante en une entité respectueuse des particularismes de chacun.

Toutefois, cet outil européen de dialogue reste mal exploité. Depuis 2010, l'obligation de l'Union de respecter l'identité nationale des Etats membres n'a été consacrée par la C.J.U.E. qu'à trois reprises. En outre, ces consécutions ne sont que relatives puisque l'identité nationale des Etats membres est toujours mise en balance proportionnelle avec les libertés européennes de circulation. La variabilité d'application du droit de l'Union reste ainsi très limitée et ne remet pas en cause de façon importante le principe de primauté. L'avenir seul nous démontrera si cette tendance conciliatoire succombera sous les dangers de recours anarchiques et excessifs à l'argument identitaire par les Etats membres.

De l'ensemble de ce débat, **la Belgique**, elle, est longtemps restée en retrait. Du Traité de Rome au Traité de Lisbonne, elle a toujours adopté, particulièrement au travers de la Cour constitutionnelle, une posture largement euro-enthousiaste. L'arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016 de la Cour constitutionnelle dessine à cet égard un indice de rupture lorsque la Cour affirme que ni le législateur, lorsqu'il porte assentiment à un traité, ni les institutions européennes dans l'exercice de leurs compétences attribuées ne pourraient porter atteinte à « l'identité constitutionnelle belge ». La Cour dresse de la sorte une limite au principe européen de primauté qui se décline en deux – voire trois ? – balises juridiques : l'identité nationale, dont la Cour tire inspiration du T.U.E., et les valeurs fondamentales de la Constitution belge, pour lesquelles la Cour s'inspire de la C.C.F.A.

Au-delà de cette affirmation, l'arrêt reste toutefois encore nébuleux : la Cour constitutionnelle est silencieuse non seulement sur le contenu de cette identité constitutionnelle belge mais aussi sur les situations qui justifient un renvoi à cette notion et aux conséquences qui en découlent. De cette insuffisance jurisprudentielle ressort un constat : l'*obiter dictum* énoncé par la Cour n'est pas inquiétant. L'absence d'opérationnalisation du concept marque une absence claire de volonté de la Cour d'approfondir sa jurisprudence, bien que l'insertion même de cet *obiter dictum* dans un arrêt de rejet dont l'issue n'en dépend pas dénote une insertion à dessein de cet avertissement envers l'Union.

Si cette affirmation d'identité constitutionnelle n'est pas menaçante pour l'accueil belge du projet européen, elle est par contre plutôt réjouissante pour l'ordre constitutionnel belge lui-même. L'on peut ressentir comme rassurant le fait que la Cour constitutionnelle se dresse, certes à mi-mot et quoique tiraillée par les conflits communautaires, en gardienne potentielle de l'identité constitutionnelle belge. Néanmoins, quelle identité constitutionnelle ? Ici encore, nous regrettons l'absence de théorisation

doctrinale ou jurisprudentielle dont le silence résonne d'autant plus que la Constitution belge ne bénéficie d'aucun des indicateurs constitutionnels habituellement utilisés par les juridictions constitutionnelles pour dégager les composantes de l'identité constitutionnelle. Une étude de l'Histoire, des réformes de l'Etat, des écrits doctrinaux et des travaux parlementaires nous amène à identifier pourtant d'une part, les normes fondamentales de la structure fédérale de l'Etat tout comme celles relatives à l'emploi des langues et, d'autre part, certains aspects essentiels de l'Etat de droit démocratique, dont l'autonomie budgétaire des parlements nationaux. Nous y insérons également avec conviction la valeur démocratique du compromis que les négociations politiques belges appliquent si bien. A regret, nous émettons par contre des doutes quant à la présence des droits fondamentaux du Titre II de la Constitution au sein de cette identité. Reste à savoir si l'ensemble de ces composantes potentielles de l'identité seront un jour reconnues par la Cour constitutionnelle elle-même.

Au terme de notre étude, **un constat général** apparaît : l'ère du pluralisme constitutionnel est installée en Union européenne. Et le droit actuellement en vigueur est insuffisant, à tout le moins insuffisamment exploité, pour résoudre les enjeux de l'intégration européenne.

Ainsi aujourd'hui, le véritable défi pour assurer une articulation des ordres juridiques est de déplacer le discours de « concurrence » et de « primauté » vers un discours de « concordance » et « d'équilibre » qui met en place une forme d'empathie réciproque où chacun est capable d'embrasser le point de vue des autres. Un tel dialogue ne peut s'opérer qu'à la condition de concessions mutuelles : la C.J.U.E. doit mettre en balance son sacro-saint principe de primauté et donner au concept d'identité nationale un contenu fructueux, là où les juridictions constitutionnelles doivent respecter leurs responsabilités européennes et ne pas jouer de façon intempestive leurs défenses étatiques.

Or, c'est bien ici que se trouve le danger. Ce mémoire s'inscrit dans un contexte politique mouvementé. Certes, exploité à bon escient, l'identité constitutionnelle est un instrument vivant qui assure la construction d'un patrimoine de valeurs communes sans menacer la coexistence des pluralités de patrimoines constitutionnels propres. Inversement, exploité à mauvais escient, le discours identitaire devient, sinon fatal pour l'Union, du moins dangereux pour son équilibre. Nous ne pouvons négliger, à l'aube des résurgences nationalistes, le potentiel de manipulation du concept d'identité nationale aux seules fins de tenir en échec le droit de l'Union. Nous ne saurions oublier que l'identité n'est pas synonyme de permanence mais de continuelle évolution, et que chosifier l'identité pour la transformer en entité figée dont on peut aisément exclure certaines catégories de personnes revient à bâtir une identité d'exclusion aux antipodes du projet européen et des valeurs de pluralisme.

Ainsi, en guise d'ultime conclusion, nous soulignons que notre étude s'inscrit dans un univers juridique qui vacille entre ouverture et fermeture et où de vastes pans juridiques restent à construire. La vérité appartient à l'avenir : seules les décisions juridictionnelles ultérieures et les progressions relationnelles entre l'Union et les Etats détermineront l'évolution du concept d'identité constitutionnelle.

* *

*

BIBLIOGRAPHIE

I. LÉGISLATION

LÉGISLATION INTERNATIONALE

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, fait à Bruxelles le 2 mars 2012, approuvé par la loi du 28 mars 2014, *M.B.*, 7 avril 2014, p. 29678.

LÉGISLATION DE L'UNION EUROPÉENNE

Droit primaire

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, approuvé par la loi du 10 août 1998, *M.B.*, 30 avril 1999, p. 14855.

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, *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, approuvé par la loi du 19 juin 2008, *M.B.*, 19 février 2009, p. 15048.

Droit dérivé

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *Journal officiel*, n° L 178 (17/07/2000), pp. 0001 – 0016 ; <https://eur-lex.europa.eu> (17 novembre 2018).

Autres

Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie, *Par. Eu.*, Res., P7_TA(2013)0315, <http://www.europarl.europa.eu> (17 mai 2019).

Documents Europe, 3 mai 1991, n° 1709/1710.

Déclaration sur la démocratie du Conseil européen de Copenhague, 7 et 8 avril 1978, *Bulletin des Communautés européennes*, 1978, n°3, p. 5.

Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH, 5 avril 1977, *J.O.C.E.*, 27 avril 1977, aff. C-103, p. 1.

LÉGISLATION DU CONSEIL DE L'EUROPE

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M. B.*, 19 août 1955, p. 5028.

LÉGISLATION BELGE

Normes à valeur législative

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. 47197.

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, p. 99664.

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 68 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, p. 29677.

Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003, p. 9880.

Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

Loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999, p. 16264.

Loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, *M.B.*, 5 avril 1990.

L. spéc. du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434.

L. spéc. du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

Avis de la section de législation du Conseil d'Etat

Avis de la section de législation du Conseil d'Etat précédant le projet de loi portant assentiment au Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, et à l'Acte final, faits à Lisbonne le 13 décembre 2007, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, n°4-568/1, pp. 334-371.

Avis de la section de législation du Conseil d'Etat précédant l'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 13 décembre 2007, *Doc. Parl. Brux.*, 2007-2008, n°A-464/1, pp. 16-48.

Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 4 novembre 2005 sur l'avant-projet de loi portant révision de la législation pharmaceutique, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n°51-2189/1, pp. 113-116.

Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 15 février 2005 sur les avant-projets de loi, de décret et d'ordonnance portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n°3-1091/1, p. 526.

Avis de la section de législation du Conseil d'Etat (Chambres réunies) du 25 avril 2000 sur le projet devenu la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n°2-897/1, p. 18.

Travaux parlementaires

Déclaration de révision de la Constitution, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3708/004.

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, Amendements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n°54-2925/002.

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. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2925/001.

Rapport introductif d'initiative concernant le caractère de l'Etat et les valeurs fondamentales de la société, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n°54-2914/001.

Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 1969-1970, n° 275, p. 1.

Rapport fait au nom de la commission de révision de la Constitution, *Doc. parl.*, Chambre, 1968, n° 10-16/2, p. 3.

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

Allemagne

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 29 mai 1949. Disponible en ligne en français sur le site www.bundestag.de (21 octobre 2018).

France

Constitution de la République de France, 4 octobre 1958, disponible en ligne sur le site www.conseil-constitutionnel.fr.

Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2003-2004, n°75.

II. JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

C.J.U.E., *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff contre Standesamt der Stadt Karlsruhe et Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, 2 juin 2016, aff. C-438/14, www.curia.europa.eu (28 décembre 2018).

C.J.U.E., arrêt *Maximillian Schrems contre Data Protection Commissioner*, 6 octobre 2015, aff. C-362/14, www.curia.europa.eu (30 décembre 2018).

C.J.U.E., arrêt *Digibet Ltd and Gert Albers v Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, 12 juin 2014, aff. C-156/13, www.curia.europa.eu (26 janvier 2019).

C.J.U.E., arrêt *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, 16 avril 2013, aff. C-202/11, www.curia.europa.eu (30 décembre 2018).

C.J.U.E., arrêt *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, 26 février 2013, aff. C-399/11, www.curia.europa.eu (5 janvier 2019).

C.J.U.E., arrêt *Dermod Patrick O'Brien contre Ministry of Justice, anciennement Department for Constitutional Affairs*, 1^{er} mars 2012, aff. C-393/10, www.curia.europa.eu (30 décembre 2018).

C.J.U.E., arrêt *Commission européenne contre Grand-duché du Luxembourg*, 24 mai 2011, aff. C-51/08, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-4231.

C.J.U.E., arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. 3787.

C.J.U.E., arrêt *Ilonka von Sayn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien*, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, p. I-13693.

C.J.U.E., arrêt *The Queen, on the application of Mark Horvath v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, 16 juillet 2009, aff. C-428/07, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-06355.

C.J.C.E. arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-9999.

C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA contre. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-6747.

C.J.C.E., arrêt *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, 3 septembre 2008, aff. jtes. C-402/05 et C-415/05, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-6351.

C.J.C.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-1683.

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, Rec. C.J.C.E., 2006, p. I-7213.

C.J.C.E., arrêt *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, Rec. C.J.C.E., 2005, p. I-9981.

C.J.C.E., arrêt *Royaume d'Espagne contre Eurojust*, 15 mars 2005, aff. C-160/03, Rec. C.J.C.E., 2005, p. I-2077.

C.J.C.E., arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, Rec. C.J.C.E., 2004, p. I-9609.

C.J.C.E., arrêt *République fédérale d'Allemagne contre Commission des Communautés européennes*, 4 mars 2004, aff. C-344/01, Rec. C.J.C.E., 2004, p. I-2081.

C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, 2 juillet 1996, aff. C-473/93, Rec. C.J.C.E., 1996, p. I-3207.

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, Rec. C.J.C.E., 1989, p. 3967.

C.J.C.E., arrêt *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 22 octobre 1987, aff. C-314/85, Rec. C.J.C.E., 1987, p. 4199.

C.J.C.E., arrêt *Commission contre Belgique*, 17 décembre 1980, aff. C-149/7, Rec. C.J.C.E., 1980, p. 3881.

C.J.C.E., arrêt *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contre Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali*, 27 septembre 1979, aff. C-230/78, Rec. C.J.C.E., p. 2749.

C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. C-106/77, Rec. C.J.C.E., 1978, p. 629

C.J.C.E., arrêt *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. C-106/77, Rec. C.J.C.E., 1978, p. 00629.

C.J.C.E., arrêt *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, 14 mai 1974, aff. C-4/73, Rec. C.J.C.E., 1974, p. 00491.

C.J.C.E., arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, aff. C-11/70, <http://www.curia.europa.eu> (20 octobre 2018).

C.J.C.E., arrêt *Erich Stauder contre Ville d'Ulm, Sozialamt*, 12 novembre 1969, aff. C-29 :69, Rec. C.J.C.E., 1969, p. 00419.

C.J.C.E., arrêt *Commission de la Communauté économique européenne contre GrandDuché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, 13 novembre 1964, aff. jointes C-90/63 et C-91/63, <http://www.curia.europa.eu> (20 octobre 2018).

C.J.C.E., arrêt *Flaminio Costa contre Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*, 15 juillet 1964, aff. C-6/64, <http://www.curia.europa.eu> (20 octobre 2018).

C.J.C.E., arrêt *NV Algemene transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos contre Administration fiscale néerlandaise (Van Gend en Loos)*, 5 février 1963, aff. C-26/62, <http://www.curia.europa.eu> (20 octobre 2018).

CONCLUSIONS DES AVOCATS GÉNÉRAUX À LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Av. gén. M. JÄÄSKINEN, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 mai 2011, aff. C-147/08, 2011, p. I-3591.

Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Janko Rottman contre Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, aff. C-135/08, 2010, p. I-1449.

Av. gén. R.-J. COLOMER, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Umweltanwalt von Kärnten v Kärntner Landesregierung*, 10 décembre 2009, aff. C-205/08, Rec. C.J.U.E., 2009, p. I-11525.

Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) contre Administración General del Estado*, 5 mars 2009, aff. C-222/07, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=67617&doclang=FR> (28 décembre 2018).

Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E. arrêt *Michaniki AE contre Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias*, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-9999.

Av. gén. V. TRSTENJAK, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle and Région de Bruxelles-Capitale*, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-8457.

Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA contre Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a*, 11 septembre 2008, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-6747.

Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres contre Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, 16 décembre 2008, aff. C-127/07, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-09895.

Av. gén. E. SHARPSTON, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand*, 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, Rec. C.J.C.E., 2008, p. I-1683.

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, Rec. C.J.C.E., 2006, p. I-7213.

Av. gén. M. POIARES MADURO, concl. préc. C.J.C.E., arrêt *Royaume d'Espagne contre Eurojust*, 15 mars 2005, aff. C-160/03, Rec. C.J.C.E., 2005, p. I-2077.

JURISPRUDENCE ALLEMANDE

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 2015, *Gauweiler*, aff. 2, BVerfGE 2735/14, disponible en allemand et en anglais sur <https://www.bundesverfassungsgericht.de> (consulté le 18 octobre 2018).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 18 mars 2014, BVerfGE 135, 317, disponible en allemand et en anglais sur <https://www.bundesverfassungsgericht.de> (5 janvier 2019).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 septembre 2012, *M.E.S. et T.S.C.G.*, BVerfGE 132, 195, disponible en allemand et en anglais sur <https://www.bundesverfassungsgericht.de> (5 janvier 2019).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 6 juillet 2010, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286, disponible en version allemande et anglaise sur <https://www.bundesverfassungsgericht.de> (consulté le 22 octobre 2018).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Lissabon*, BVerfGE 123, 267, disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch> (consulté le 18 octobre 2018); disponible en français dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 799.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 7 juin 2000, *Bananenmarktordnung*, BVerfGE 102, 147, disponible en allemand et en anglais sur <https://www.bundesverfassungsgericht.de> (21 octobre 2018).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155-213, disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch> (consulté le 18 octobre 2018); extraits disponibles en français dans *Revue universelle des droits de l'homme*, 1993, pp. 286-292.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339-388, disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch> (consulté le 18 octobre 2018); disponible en français dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1987, p. 537.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271 (279 et s.), disponible en allemand sur <http://www.servat.unibe.ch> (consulté le 18 octobre 2018); disponible en français dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, p. 317.

JURISPRUDENCE BELGE

Cour constitutionnelle

- C. Const., 28 février 2019, n° 33/2019, *M.B.*, 5 avril 2019, p. 35471.
- C. Const., 15 mars 2018, n°31/2018, *M.B.*, 16 juin 2018, p. 49138.
- C. Const., 25 mai 2016, n°72/2016, *M.B.*, 15 juillet 2016, p. 44508.
- C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *M.B.*, 17 juin 2016, p. 36748.
- C. Const., 27 novembre 2014, n° 169/2014, *M.B.*, 16 février 2015, p. 12711.
- C. Const., 29 janvier 2014, n° 14/2014, *M.B.*, 18 avril 2014, p. 33946.
- C. Const., 7 mars 2013, n° 35/2013, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019).
- C. Const., 30 octobre 2012, n° 137/2012, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019).
- C. Const., 10 octobre 2012, n° 118/2012, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019)
- C. Const., 31 mai 2011, n° 97/2011, *M. B.*, 10 août 2011, p. 45455.
- C. Const., 6 avril 2011, n° 55/2011, *M. B.*, 8 juin 2011, p. 59365.
- C. Const., 2 mars 2011, n° 33/2011, *M.B.*, 25 février 2011, p. 29262.
- C. Const., 3 décembre 2009, n°195/2009, *M. B.*, 24 février 2010, p. 12832.
- C. Const., 4 juin 2009, n° 96/2009, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019).
- C. Const., 21 janvier 2009, n° 11/2009, <http://www.const-court.be/public/f/2009/2009-011f.pdf> (9 mai 2019).
- C. A., 10 octobre 2007, n° 128/2007, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019).
- C. A., 19 avril 2006, n°51/2006, <http://www.const-court.be/public/f/2006/2006-051f.pdf> (9 mai 2019).
- C. A., 4 mai 2005, n° 84/2005, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019).
- C. A., 4 février 2004, n° 20/2004, <http://www.const-court.be> (2 janvier 2019).
- C. A., 20 septembre 2001, n° 110/2001, *M. B.*, 20 novembre 2001, p. 19017.
- C. A., 16 octobre 1991, n° 26/91, *J.T.*, 1992, p. 670, note Y. LEJEUNE et P. BROUWERS.
- C.A., 23 mai 1990, n°18/90, <http://www.const-court.be> (26 janvier 2019).
- C.A., 13 octobre 1989, n°23/89, *M.B.*, 8 novembre 1989, p. 18386.

Cour de Cassation

- Cass. 21 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n°773, p.3143, concl. J.-M. GENICOT.
- Cass., 16 novembre 2004 (deux arrêts), *Pas.*, 2004, pp. 1795-1802, concl. P. DUINSLAEGER ; *C.D.P.K.*, 2005, p. 610, note A. VANDAELE ; *R.A.B.G.*, 2005, p. 504, concl. P. DUINSLAEGER, note F. SCHUERMANS.

Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745 ; *J.T.* 2004, p. 856 ; *C.D.P.K.*, 2005, p. 597.

Cass., 2 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, p. 24.

Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n°593, p.1663.

Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 368.

Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 654.

Cass., 4 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 920, concl. J. VELU.

Cass., 26 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 126.

Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p.886, concl. Proc. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat

C.E., 5 novembre 1996, *Orfinger*, n°62.922, *C.P.D.K.*, 1997, p. 134.

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, 31 juillet 2017, décision n°2017-549 DC, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017749DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 3 février 2016, décision n°2015-520 QPC, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2015520QPC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 21 janvier 2016, décision n°2015-727 DC, *Loi de modernisation de notre système de santé*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2015727DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 29 décembre 2015, décision n°2015-726 DC, *Loi de finances rectificative pour 2015*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015726DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 28 mai 2014, décision n° 2014-694 DC, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014694DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 13 mars 2014, décision n°2014-690 DC, *Loi relative à la consommation*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014690DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 4 avril 2014, décision n°2014-373 QPC, *Société Séphora*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014373QPC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 9 août 2012, décision n° 2012-653 DC, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012653DC.htm> (8 janvier 2019).

Conseil constitutionnel, 9 juin 2011, décision n°2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011631DC.htm>, (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 17 décembre 2010, décision n°2010-79 QPC, *M. Kamel D.*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201079QPC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, décision n°2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010605DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, décision n°2008- 564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008564DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, décision n°2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006543DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 20 décembre 2007, décision n°2007-560 DC, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007560DC.htm> (16 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n°2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm> (5 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, décision n°2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505DC.htm> (2 novembre 2018).

Conseil constitutionnel français, 29 juillet 2004, décision n°2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004498DC.htm> (2 novembre 2018).

Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 - Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°17, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier17/cc_496dc.pdf (2 novembre 2018).

Conseil constitutionnel français, 10 juin 2004, décision n°2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496DC.htm> (1^{er} novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 23 juillet 1999, décision n°99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99416DC.htm> (2 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 29 décembre 1998, décision n°98-405 DC, *Loi de finances pour 1999*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98405DC.htm> (2 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 31 décembre 1997, décision n°97-394 DC, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97394DC.htm> (2 novembre 1997).

Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, décision n°92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne* (« Maastricht I »), <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92308DC.htm> (2 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 24 juillet 1991, décision n°91-298 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1991/91298DC.htm> (2 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, décision n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1989/89268DC.htm> (2 novembre 2018).

Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm> (1^{er} novembre 18).

Conseil constitutionnel, 19 juin 1970, décision n°70-39, *Examen du traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1970/7039DC.htm> (2 novembre 2018).

Conseil d'Etat

Conseil d'Etat, Ass., 8 février 2007, requête n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Rec.*, p. 55, concl. M. GUYOMAR, *R.T.D.E.*, n° 43 (2), avril-juin 2007, p. 378-402.

Conclusions

GUYOMAR, M., concl. sous C.E., Ass., 8 février 2007, requête n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *R.T.D.E.*, n° 43 (2), avril-juin 2007, p. 378-402.

GENEVOIS B., concl. sous C.E., Ass., 20 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Dalloz, 1979, pp. 155 et s.

JURISPRUDENCE HONGROISE

Cour constitutionnelle hongroise, 30 novembre 2016, décision n°22/2016 (XII. 5.) AB.

JURISPRUDENCE ESPAGNOLE

Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, D.T.C. n° 1/2004, *B.O.E.* n°3, 4 janvier 2005.

JURISPRUDENCE ITALIENNE

Corte costituzionale, décision *Granital*, 8 juin 1984, n°170/84, 21 *Common Market Law Review* 756, 1984.

Corte costituzionale, décision *Frontini*, 27 décembre 1973, n°183/73, 2 *Common Market Law Review* 372, 1974.

JURISPRUDENCE POLONAISE

Tribunal constitutionnel polonais, *Lisbonne*, 24 novembre 2010, n° K 32/09, Dz. U. n°229, al. 1506, 6 décembre 2010.

JURISPRUDENCE TCHÈQUE

Cour constitutionnelle tchèque, *Slovak Pensions*, 31 janvier 2012, n° Pl. US 5/12.

III. DOCTRINE

MONOGRAPHIES

CARMELI, S., *La constitution italienne et le droit communautaire*, Paris, l'Harmattan, 2002, 391 p.

CLOOTS, E., *National Identity in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 372 p.

DEROSIER, J.-P., *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Etude comparée : Allemagne, France, Italie*, Cedex, LGDJ, coll. Thèses, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 144, 2015, 626 p.

MILLET, F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2013, 365 p.

QUESNEL, M., *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2015, 538 p.

VERDUSSEN, M., *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, 436 p.

PÉRIODIQUES

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

ALBERTI, E., « Le nouveau statut d'autonomie de la Catalogne », *Revue française d'administration publique*, 2007/1 (n° 121-122), p. 145-159.

ALEN, A., « De nationale identiteit – Slotwoord », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 366-372.

BENDER, P., « *Solange III* ? La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015 située dans le contexte de son contrôle d'intégration », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2016/1, pp. 93-102.

BESSELINK, L. F. M., « National and constitutional identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, Vol. 6(3), 2010, pp. 36-49.

BLACHÈR, P., et PROTIÈRE, G., « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 (n°69), pp. 123-144.

BOSSUYT, M., et VERRIJDT, W., « The full effect of EU law and of constitutional review in Belgium and France after the Melki judgment », *European Constitutional Law Review*, Vol.7, 2011, pp. 355-391.

BORTELS, H., « Rechtspraakoverzicht Grondwettelijk Hof 2016. Bevoegdheid en rechtspleging », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/10, pp. 576-599.

CASTILLO, M., « Identité nationale et identité européenne. Un destin commun ? », *Etudes*, 2014/12, pp. 53-61.

CHALTIEL, F., « 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*, 2006/4 (n°68), pp. 837-847.

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(3), 2007, pp. 436-462.

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.

CLAES, M., et REESTMAN, J.-H., « The Protection of the National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the *Gauweiler* Case », *German Law Journal*, Vol.16(4), 2015, pp. 917-970.

CLASSEN, C. D., « Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale - Quel avenir dans l'espace juridique européen? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen du 15 décembre 2015 », *Cahiers de droit européen*, Vol. 52(2), pp. 667-686.

CLOOTS, E., « Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 310-321.

CLOOTS, E., « Respecting linguistic identity within the EU's internal market: Las », *Common Market Law Review*, 2014, pp.623-646.

CONSTANTINESCO, V., « Le statut d'Etat européen : quelle place pour l'autonomie et l'identité constitutionnelle nationales ? », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2013/3, pp. 447-455.

DERMINE, P., « La discipline budgétaire européenne à l'aune de la Constitution belge », note sous C. Const., 28 avril 2016, n° 62/2016, *J.T.*, 2016/27, n°6655, pp. 471-472.

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(3-4), 2015, pp. 452-497.

DUBOUT, E., « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » ; une supra-constitutionnalité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/3 (n°83), pp. 451-482.

DUMONT, H., « La traduction, ciment du “Pacte constitutionnel européen”. Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales (avec une postface sur l'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle allemande) », *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, No. 1, 2010, pp. 15-54.

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 EECKHOUTE D., et VAN MEERBEECK, J., « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen: un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, n°6699, 30 septembre 2017, pp. 565-582.

FAVOREU, L., « La Constitution prime sur le droit communautaire », *L'Humanité*, 18 juin 2004, <https://www.humanite.fr/node/307515> (2 novembre 2018).

GÉRARD, P., « Het stabiliteitsverdrag-arrest vanuit Duits perspectief », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 347-353.

GÉRARD, P., et VERRIJDT, W., « Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse ; Belgian Constitutional Court No. 62/2016, 28 April 2016 », *European Constitutional Law Review*, Vol. 13(1), 2017, pp. 182-205.

GRIMM, D., « The Basic Law at 60 – Identity and Change », *German Law Journal*, Vol. 11, n°1, 2010, pp. 33-46.

HANF, D., « Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la loi fondamentale », *Cahiers de Droit européen*, 2010/3-4, pp. 515-549.

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. 639-710.

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.

KOMAREK, J., « The place of constitutional courts in the EU », *European Constitutional Law Review*, Vol.9(3), 2013, pp. 420-450.

KORTVELYESI, Z. et MAJTENYI, B., « Games of values: the threat of exclusive constitutional identity, the EU and Hungary », *German Law Journal*, 2017, n°18, pp. 1721-1744.

LEJEUNE, Y., « Les rapports normatifs entre la Constitution belge et le droit international ou européen dans l'ordre interne à l'aune des relations entre ordres juridiques primaires », *Revue Belge de Droit International*, 2012, n°2, pp. 372-398.

LEVADE, A., « Citoyenneté de l'Union européenne et identité constitutionnelle », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2011/1, pp. 97-105.

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*, 2010/2 (n°82), pp. 417-442.

MAGNON, X. et SIMON, D., « La jurisprudence communautaire du conseil constitutionnel (juin 2004-novembre 2004) », *Cahiers de droit européen*, n°1, 2005, pp. 217-262.

MAHLMANN, M., « The politics of Constitutional Identity and its Legal Frame – the *Ultra Vires* Decision of the German Federal Constitutional Court », *German Law Journal*, Vol.11(12), 2010, pp. 1407-1420.

MARTENS, P., « Sur le juge constitutionnel. (Discours prononcé à l'occasion de la XIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes en juin 2002) », *Rev. fr. dr. constit.*, 2003/1 (n°53), pp. 3-6.

MARTI, G., « Multilinguisme et identité constitutionnelle », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2016/3, pp. 419-428.

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., « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/4 (n° 72), pp. 675-693.

MATHIEU, B., « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°18, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3020/pdf> (5 novembre 2018).

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 », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2013/2, pp. 329-343.

MONNIER, S., « La répartition des compétences et la hiérarchie des normes nationales à l'épreuve de l'application du droit communautaire », *Revue française de droit constitutionnelle*, 2006/4 (n°68), pp. 849-865.

PARIS, D., « Constitutional courts as European Union courts : The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol.24(6), 2017, pp. 792-821.

PICHERAL, C. « La primauté du droit de l'Union aux termes de la décision n°2004-505 DC du Conseil constitutionnel », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2005/1, pp. 119-130.

PLATON, S., « Le respect de l'identité nationale des états membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », *Revue de l'Union européenne*, n°556, 2012, pp. 1-8.

PLIAKOS, A., « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », *Cahiers de droit européen*, Vol. 46(3-4), 2010, pp. 48-514.

P. POPELIER, « 'Europe Clauses' and Constitutional Strategies in the Face of Multi-Level Governance », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, pp. 300-319.

POPELIER, P., et VANDENBRUWAENE, W., « La Belgique et le projet d'intégration européenne : plaidoyer pour une stratégie constitutionnelle », *Revue belge de droit constitutionnel*, Vol. 3-4, 2014, pp. 411-422.

REESTMAN, J. H., « The Franco-German Constitutional Divide: Reflection on National and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, Vol.5(3), 2009, pp. 374-390.

REESTMAN, J. H., « 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. 302-317.

ROUX, J., « La jurisprudence "IVG" fragilisée par inadvertance », *Recueil Dalloz*, 30 novembre 2017, n° 41, p. 2378-2379.

SCHOETTL, J.-E., « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 18 juin 2004 (122), pp. 10-21.

SIRINELLI, J., « Contrôle de constitutionnalité et primauté du droit communautaire, Commentaire sous l'arrêt CC n°496 DC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique : Rec. p. 101 », *Revue générale de droit on line*, 2008, n°1933, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1933 (1^{er} novembre 2018).

SLAUTSKY, E., « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance : comparaison avec la situation en France », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 330-346.

SOTTIAUX, S., « Het stabiliteitsverdrag arrest in het licht van de rechtspraak van de hoogste Belgische rechtscollages », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 305-309.

THEUNIS, J., « Het stabiliteitsverdrag-arrest : 'the making of' », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 298-304.

VANDAMME, T., « Prochain Arrêt : La Belgique! Explaining recent preliminary references of the Belgian Constitutional Court », *European Constitutional Law Review*, Vol. 4(1), 2008, pp. 127-148.

VAN DER SCHYFF, G., « De Nederlandse constitutionele identiteit : soberheid troef », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 322-329.

VAN NUFFEL, P., « De nationale identiteit van de de lidstaten : bouwsteen of splijtzam voor het recht van de Europese Unie ? », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2017/6, pp. 354-365.

VERDUSSEN, M., « Un droit constitutionnel métamorphosé », *Annales de Droit de Louvain : revue trimestrielle*, Vol. 75(3-4), 2015, pp. 292-321.

VERDUSSEN, M., « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2011, pp. 81-109.

VON BOGDANDY, A. et SCHILL, S., « Overcoming absolute primacy : respect for national identity under the Lisbon Treaty », *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1417-1454.

WENDEL, M., « Lisbon before courts : comparative perspectives », *European Constitutional Law Review*, Vol.7(1), 2011, pp. 96-137.

ZYPRIES, B., « The Basic Law at 60 – Politics and the Federal Constitutional Court », *German Law Journal*, Vol. 11, n°1, 2010, pp. 87-98.

OUVRAGES COLLECTIFS ET CONTRIBUTIONS DANS UN OUVRAGE COLLECTIF

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. Liber amicorum Yves Lejeune* (sous la dir. de P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 33-74.

BERLIN, D. (dir.), *Traité sur la stabilité, la coopération et la gouvernance*, Collège européen de Paris de l'Université Panthéon-Assas. Colloque, Paris, éd. Panthéon Assas, 2013, 112 p.

BONBLED, N., « Le droit de l'Union européenne, facteur de centralisation du système fédéral belge » *in Europese voorschriften en Staatshervorming – Contraintes européennes et réforme de l'Etat* (sous la dir. de E. VANDENBOSSCHE et S. Van DROOGHENBROECK), Brugge, die Keure, 2013, pp. 75-109.

BONBLED, N. et VERDUSSEN, M., « Conclusions » *in Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* (sous la dir. de N. BONBLED et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1821-1840.

BURGORGUE-LARSEN, L., « L'identité constitutionnelle en question(s) » *in L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN), Paris, Pedone, 2011, pp. 155-168.

BUSTOS GIBERT, R., « National constitutional identity in european constitutionalism ; revisiting the tale of the emperor's new clothes in Spain ? » *in National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 75-92.

CLAES, M., « National identity: trump card or up for negotiation? » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 109-140.

CLOOTS, E., « Europese integratie en de eerbiediging van de nationale identiteit van de lidstaten » in *Europese voorschriften en Staatshervorming – Contraintes européennes et réforme de l'Etat* (sous la dir. de E. VANDENBOSSCHE et S. VAN DROOGHENBROECK), Brugge, die Keure, 2013, pp. 19-54.

DEBARD, T., « 3. CJCE, 15 Juillet 1964, Flaminio Costa c/ Enel, aff. 6.64, Rec. 11411 » in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne* (sous la dir. de M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT.), 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 » in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne* (sous la dir. de M. Karpenschif et C. Nourissat.), Paris, Thémis droit, PUF, 2010, pp. 83-85.

DUMONT, H., « L'intégration européenne et le respect de l'identité nationale des états (notamment fédéraux) » in *Europese voorschriften en Staatshervorming – Contraintes européennes et réforme de l'Etat* (sous la dir. de E. VANDENBOSSCHE et S. VAN DROOGHENBROECK), Brugge, die Keure, 2013, pp. 55-73.

GRABENWARTER, C., « National Constitutional Law relating to the EU » in *Principles of European Constitutional Law* (sous la dir. de A. VON BOGDANDY et J. BAST), Oxford, Hart Publishing, 2nd ed., 2009, pp. 83-91.

GREWE, C., « Methods of identification of national constitutional identity » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 37-48.

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.

HOFFMEISTER, F., « Le régime des langues en Belgique et le droit européen » in *Europese voorschriften en Staatshervorming – Contraintes européennes et réforme de l'Etat* (sous la dir. de E. VANDENBOSSCHE et S. Van DROOGHENBROECK), Brugge, die Keure, 2013, pp. 341-353.

LÉVI-STRAUSS, C., (dir.), *L'Identité*, Séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Lévi-Strauss, professeur au Collège de France, 1974-1975, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2010, 344 p.

LÓPES BOFILL, H., « What is not constitutional pluralism in the EU : national constitutional identity in the German Lisbon judgment » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. Saiz Aranaiz et C. Alcoberro Llivina), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 221-242.

LUIS MARTI, J., « Two different ideas of constitutional identity: identity of the constitution v. identity of the people » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. Saiz Aranaiz et C. Alcobarro Llivina), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 17-36.

MARTINICO, G., « What lies behind Article 4(2) TEU ? » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. Saiz Aranaiz et C. Alcobarro Llivina), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 93-108.

MAYER, F., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. Burgorgue-Larsen), Paris, Pedone, 2011, pp. 63-87.

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* (sous la dir. de F. Berrod, J. Gerkrath et al.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.413-423.

NIHOUL, P., « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? » in *Les visages de l'Etat. Liber amicorum Yves Lejeune* (sous la dir. de P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 609-622.

ROUSSEAU, D., « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? – L'identité constitutionnelle en France » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. Burgorgue-Larsen), Paris, Pedone, 2011, pp. 89-100.

SAFJAN, M. « Les dilemmes de l'application de standards plus élevés de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle » in *Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 545-561.

SAIZ ARNAIZ, A., « Identité nationale et droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN), Paris, Pedone, 2011, pp. 101-131.

SAIZ ARANAIZ, A., et ALCOBERRO LLIVINA, C., « Introduction. Why constitutional identity suddenly matters: a tale of brave states, a mighty union and the decline of sovereignty » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 1-15.

SIMON, D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. Burgorgue-Larsen), Paris, Pedone, 2011, pp. 28-43.

TABAU, A.-S., « La conciliation des contrôles incidents de constitutionnalité français et belge avec la primauté du droit de l'Union européenne » in *La question prioritaire de constitutionnalité* (sous la dir. de L. GAY), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 479-523.

TOMUSCHAT, C., « The defence of national identity by the German constitutional court » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 205-220.

TONIATTI, R., « Sovereignty lost, constitutional identity regained » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp. 49-74.

TORRES PÉREZ, A., « Constitutional identity and fundamental rights : the intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter » in *National Constitutional Identity and European Integration* (sous la dir. de A. SAIZ ARANAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA), Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, pp.141-157.

VIALA, A., « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN), Paris, Pedone, 2011, pp. 7-24.

AUTRES

CAMERON, D., Discours du premier ministre britannique à la conférence de Munich sur la sécurité, 5 février 2011, <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-speech-at-munich-security-conference> (3 octobre 2018).

CAMERON, D., Discours du premier ministre britannique au Lord Mayor's Banquet, 14 Novembre 2011, <https://www.gov.uk/government/news/prime-ministers-speech-at-the-lord-mayors-banquet> (3 octobre 2018).

DEBRÉ, J.-L., « Conseil constitutionnel et Union européenne », 23 septembre 2014, discours à l'ambassade d'Allemagne à Paris, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/conseil-constitutionnel-et-union-europeenne> (1 novembre 2018).

DEWAELE, P., « Proeve van preambule bij de Belgische Grondwet », https://www.openvld.be/library/1/files/5904_preambule_dewael_grondwet.pdf (9 mai 2019).

DUBOS, O., « Inconciliable primauté. L'identité nationale: sonderweg et self-restraint au service du pouvoir des juges? » in *des 18 et 19 décembre 2009 « La conciliation entre les droits et libertés dans les ordres juridiques européens », 10e journées du Pôle européen J. Monnet*, Faculté de droit de Metz, p.429- 443.

MAZEAUD, P., Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 3 juillet 2005, Paris, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique-0> (6 novembre 2018).

WATHELET, M., « Le principe de primauté à l'aune de l'intégration européenne » in *Colloque du 31 mars 2014. La primauté du droit de l'Union européenne : intégration et valorisation du principe*, Revue Lexisnexis Jurisclasseur, Lille, juillet 2017, pp. 4-6.

