Fondée par
Georges Burdeau
Professeur honoraire
à l'Université de
droit, d'économie,
et de sciences sociales
de Paris

BIBLIOTHÈQUE
CONSTITUTIONNELLE
ET DE
SCIENCE POLITIQUE
TOME 142

Dirigée par
Jacques Robert
Professeur émérite
de l'Université de
Panthéon-Assas
(Paris II), Président
honoraire de l'Université

L'UNION EUROPÉENNE ET L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES

François-Xavier Millet

Avant-propos de
Jean-Louis Debré

Préface de
Bruno de Witte et Gérard Marcou

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2013
Prix de thèse Mauro Cappelletti

D
1619

LGDJ
lextenso éditions

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ V

ABSTRACT VII

REMERCIEMENTS IX

AVANT-PROPOS DE JEAN-LOUIS DEBRÉ XI

PRÉFACE DE BRUNO DE WITTE ET DE GÉRARD MARCOU XIII

LISTE DES ABRÉVIATIONS XIX

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE
L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UNE NORME DE RÉSISTANCE

TITRE 1 : UNE STRATÉGIE DE DÉFENSE VARIABLE 23

Chapitre 1. Une stratégie relativement coopérative en France 25

Section 1. Une norme de référence de l'examen du droit dérivé de l'Union limitée aux lois de transposition 25

I. La suspension de principe du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition 28

A. Une jurisprudence bien assise fondée sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives 28

1. La décision fondatrice du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique 28

2. Les décisions de confirmation ultérieures et les incertitudes relatives à la sanction 30

a) Les confirmations 30

b) Les incertitudes 31

B. Une jurisprudence limitée aux lois « se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives » 32

1. La persistance d'un contrôle de l'incompétence négative du législateur en cas de marge de transposition 33

a) Motifs d'inconstitutionnalité externe : les articles 34 et 37 de la Constitution 34

b) Motifs d'inconstitutionnalité interne 35

2. La persistance d'un contrôle des dispositions étrangères à la directive 35
II. Le respect de l'identité constitutionnelle comme condition suspensive de la suspension du contrôle 37
A. Des dispositions expresses contraires aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France 37
1. Les dispositions expresses et spécifiques contraires de la Constitution 37
2. La décision *Droit d'auteur* du 27 juillet 2006 et l'apparition de la notion d'identité constitutionnelle de la France 39
a) Une nouvelle formulation de la réserve de constitutionnalité 39
b) La persistance d'un contrôle de constitutionnalité 40
3. L'apparition d'une hiérarchie des normes constitutionnelles 42
B. Un obstacle surmontable sur intervention du constituant : une garantie de souplesse théoriquement contestable 42
Section 2. : Une portée encore restreinte 46
I. Les approches alternatives persistantes 46
A. Le maintien de l'approche traditionnelle en matière de contrôle du droit originaire : l'indistinction des traités de l'Union par rapport aux traités classiques 46
1. Le contrôle du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale 47
2. Le contrôle du respect des droits et libertés constitutionnellement garantis 49
B. L'approche différente du Conseil d'État en matière de décrets de transposition : la réserve de constitutionnalité tirée de la protection équivalente des droits fondamentaux 50
1. La décision d'Assemblée *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* du 8 février 2007 : le choix de la protection équivalente des droits fondamentaux au détriment de l'identité constitutionnelle 50
2. Le choix critiquable d'une approche alternative en apparence plus coopérative 52
a) La notion insatisfaisante de protection équivalente des droits fondamentaux 52
b) Les objections non dirimantes du Conseil d'État vis-à-vis de l'identité constitutionnelle 54
II. Vers une prise en compte accrue de la spécificité du droit de l'Union en droit constitutionnel interne : perspectives pour l'identité constitutionnelle 55
A. Le développement des « clauses Europe » dans les constitutions des États membres 55
1. L'internationalisation des constitutions 56
2. L'européanisation des constitutions 56
a) La diversité des clauses Europe 57
b) La reconnaissance constitutionnelle du statut spécifique du droit de l'Union 58

B. L article 88-1, clause d'intégration de la Constitution française dans la limite du respect de l'identité constitutionnelle ? 60
1. L'utilisation actuelle de l'article 88-1 C 60
a) Un énoncé initialement déclaratoire et symbolique 60
b) Un énoncé gagnant en normativité 61
2. L'utilisation potentielle de l'article 88-1 C 62
a) La finalité : asseoir l'autorité de la Constitution tout en facilitant l'insertion du droit de l'Union en droit interne 63
b) Les moyens : une révision de l'article 88-1 à la lumière de l'article 23 I de la Loi fondamentale allemande et de la notion d'identité constitutionnelle 64
i. L'inspiration allemande 64
ii. Des difficultés surmontables 66

Chapitre 2. Une stratégie relativement solitaire en Allemagne 69

Section 1. Une dimension défensive forte 70
I. Les contours incertains de l'identité constitutionnelle en Allemagne 71
A. La confusion entre identité constitutionnelle et souveraineté 71
1. L'identité constitutionnelle de l'Allemagne, limite de l'intégration européenne 71
2. Une insistance sur la souveraineté déjà palpable dans la décision *Maastricht* du 12 octobre 1993 72
3. L'indistinction conceptuelle entre souveraineté, démocratie et identité constitutionnelle 72
a) L'identité de la Constitution comme garantie des droits fondamentaux 73
b) L'identité constitutionnelle comme garantie de la souveraineté 73
B. La confusion entre identité constitutionnelle et compétences réservées de l'État membre 75
1. La définition de domaines sensibles, approximation de l'identité et justification de la compétence exclusive de l'Allemagne 76
2. La définition peu motivée des domaines sensibles 77
II. La portée significative de l'identité constitutionnelle en Allemagne 78
A. Une notion rigide : la supraconstitutionnalité de l'identité constitutionnelle 78
1. L'intangibilité controversée de l'identité constitutionnelle au titre de l'article 79 III LF 78
2. L'impossible évolution vers un État fédéral européen 79
B. Une notion effective : le contrôle juridictionnel du respect de l'identité 79
1. L'instauration d'un contrôle du respect de l'identité 80
2. Un mécanisme à rapprocher du contrôle *ultra vires* 80

Section 2. Une dimension coopérative perceptible 81
I. La manifestation de la relative ouverture du droit allemand au droit de l'Union 81
A. L'exigence de bienveillance du droit national à l'égard du droit de l'Union 81
1. L'abandon de l'exigence d'une « relation de coopération » *(Kooperationsverhältnis)* 81
2. Le principe de l'ouverture au droit européen *(Europarechtsfreundlichkeit)* 82
B. L'attente d'une bienveillance réciproque 83
1. La justification tirée de l'article 4 § 2 TUE : les garanties de l'identité constitutionnelle « main dans la main » 83
2. L'expression mutuelle du principe de coopération loyale ... 83
II. Vers un assouplissement de la portée de l'identité constitutionnelle ? 84
A. L'extension du champ de la jurisprudence *Solange 2* 84
1. Le cas des lois de transposition 84
2. Le cas des mesures d'exécution 86
B. Les conséquences potentielles de la neutralisation du contrôle *ultra vires* 88
1. L'édiction de critères plus stricts dans la décision *Honeywell* 88
2. Perspectives pour l'identité constitutionnelle : vers une jurisprudence des circonstances exceptionnelles en matière européenne ? 89

TITRE 2 : LES CONTOURS DE LA STRATÉGIE 93

Chapitre 1. Modélisation des identités constitutionnelles 101

Section 1. Les sources visibles et invisibles des identités constitutionnelles 102
I. Le frontispice des constitutions 102
A. Les préambules 103
B. Les premiers articles des constitutions 103
II. La Constitution invisible 104

Section 2. Les types d'identités constitutionnelles 106
I. Les identités lointaines fondées sur des valeurs assises sur l'intérêt général ou le bien commun : les exemples français et irlandais 106
A. L'identité républicaine de la France 107
1. Les articles 1 et 2 de la Constitution 107
2. La singularité du préambule de 1958 107
B. L'identité catholique de l'Irlande 110
II. Les identités constitutionnelles récentes fondées sur les droits : l'identité constitutionnelle allemande 111
III. L'identité constitutionnelle mixte des États postcommunistes : les exemples polonais et hongrois 112

A. La Hongrie 113
B. La Pologne..... 113
1. L'interdiction du mariage homosexuel 113
2. Le droit de propriété et l'exclusion de l'invocabilité horizontale de la clause d'identité constitutionnelle 114

Chapitre 2. Le paradoxe des identités constitutionnelles entre fixité et mutabilité : les exemples français et irlandais..... 117

Section 1. Le poids de l'approche conservatrice de l'identité constitutionnelle en France et en Irlande..... 118
I. Les valeurs de la République française 120
A. La passion française pour l'égalité..... 121
1. La conception formelle du principe d'égalité 121
2. Les ramifications du principe d'égalité..... 122
a) L'indivisibilité de la République et ses corollaires personnels et linguistiques 123
b) Le principe de laïcité 126
B. La « conception française de la séparation des pouvoirs ».. 126
1. La conception française de la séparation des pouvoirs *stricto sensu*..... 127
2. La conception française de la séparation des pouvoirs *lato sensu* 128
a) La distinction entre les articles 34 et 37 de la Constitution..... 128
b) Le cumul des sanctions administratives et pénales 129
C. Le droit d'asile et les principes du droit de l'extradition 130
1. La réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dans la décision *Schengen* 131
2. L'interdiction de l'extradition pour des motifs politiques ou des infractions politiques 131
II. La conception catholique de la famille en Irlande..... 132
A. Le droit à la vie de l'enfant à naître avant Maastricht 132
B. L'interdiction des conduites homosexuelles avant 1993 133

Section 2. La mutabilité des identités constitutionnelles..... 134
I. La transformation de l'identité constitutionnelle de la France 135
A. La transformation de la conception de la République..... 135
1. Du principe d'égalité formelle au droit à la non-discrimination..... 135
2. De la relative remise en cause de la dualité de juridictions..... 137
B. La montée en force des droits sociaux et environnementaux..... 139
1. L'inscription des droits sociaux dans le cadre de l'État-nation..... 139
2. Les droits environnementaux et la réorientation de l'identité vers demain 140
II. La transformation de la conception de la famille en Irlande..... 141

A. La création prétorienne d'un droit à la contraception à partir d'une interprétation actualisée de la Constitution 141
B. L'extension populaire du droit de la mère à la vie 142

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE 145

SECONDE PARTIE
L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UNE NORME DE CONVERGENCE

TITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPÉCIFICITÉS CONSTITUTIONNELLES NATIONALES PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE 151

Chapitre 1. L'émergence progressive de la notion d'identité constitutionnelle des États membres en droit de l'Union européenne 153

Section 1. Un concept embryonnaire dans la décennie 1990 153
I. Le traité de Maastricht et le souci du spécifique : l'article F.1 TUE 154
A. L'introduction de l'article F.1 : une réponse aux préoccupations exprimées lors de la Conférence intergouvernementale 154
B. La négociation de l'article F.1 : les germes de l'identité « constitutionnelle » nationale 156
II. Le traité d'Amsterdam et le souci du commun 158
A. De l'article F.1 à l'article 6.3 TUE : la relativisation du spécifique au profit du commun 158
B. La clause d'identité nationale, un simple « but légitime » ? 159

Section 2. Une notion apparue au tournant du siècle 161
I. Une notion résultant des traités 162
A. Des articles I.5. TECE et 4 TUE (version Lisbonne) à la notion d'identité constitutionnelle de l'État membre 162
B. Les références inédites de la CJUE à l'identité constitutionnelle de l'État membre 164
1. L'audace des avocats généraux : les affaires *Marrosu, Michaniki* et *Alpe Adria Energia* 164
2. La relative prudence de la Cour 167
II. Une notion juridique autonome 169
A. Identité constitutionnelle et souveraineté de l'État 170
1. L'égalité entre États membres, une condition de respect des identités constitutionnelles nationales 171
2. La confusion erronée du respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre et de la préservation des compétences étatiques 173
a) La clause d'identité constitutionnelle : un principe de répartition des compétences ? 175

i. Le respect des fonctions essentielles de l'État membre, cristallisation d'un domaine réservé destiné à préserver l'identité formelle de l'État 175
ii. Le respect de l'identité constitutionnelle ou préserver l'identité matérielle de l'État 178
b) La clause d'identité constitutionnelle : un principe régissant l'exercice des compétences de l'Union, distinct du principe de subsidiarité 179
B. Identité constitutionnelle et obligation de loyauté 182
1. Les obligations réciproques asymétriques attachées au principe strict de coopération loyale 182
2. Les obligations mutuelles attachées au principe large de coopération loyale 183

Chapitre 2. Dits et non-dits du droit de l'Union européenne 187

Section 1. Une protection discrète mais efficace de l'identité constitutionnelle au stade de la création du droit de l'union 187
I. La protection dans le droit originaire 187
A. La prise en compte naturelle des identités constitutionnelles nationales par les déclarations unilatérales des États membres 189
1. Les déclarations interprétatives : un instrument insuffisamment protecteur 190
a) Une pratique répandue 190
b) Une portée principalement politique 191
2. Les réserves aux traités et leurs substituts 192
a) Une licéité incertaine 193
b) Une pratique neutralisée : les décisions atypiques des chefs d'État ou de gouvernement 194
B. La prise en compte originale de l'identité constitutionnelle des États membres par les protocoles 198
1. La technique du renvoi aux systèmes constitutionnels nationaux 198
a) Le renvoi explicite au droit à la vie garanti par la Constitution irlandaise 198
b) Les renvois implicites 199
2. Un usage modéré favorisant la reconnaissance mutuelle des identités constitutionnelles nationales 200
II. La protection par le droit dérivé 201
A. Une prise en compte encore très modeste 201
1. De la simple reconnaissance à l'obligation négative de respect des particularismes constitutionnels 201
2. Les ambiguïtés de l'approche communautaire en matière de droits fondamentaux : entre harmonisation et différenciation 202
B. Une prise en compte possible : le potentiel du processus décisionnel et l'association des acteurs nationaux à l'élaboration du droit dérivé de l'Union 203

1. L'extension imparfaite du contrôle parlementaire sur les actes de droit dérivé de l'Union 204
2. Le contrôle du Conseil d'État sur les projets d'actes de droit dérivé : une ressource insuffisamment utilisée 206

Section 2. Une protection impressionniste au stade de l'application du droit de l'Union par la Cour de justice 208
I. Modes de prise en compte 208
A. Une prise en compte souvent implicite 208
1. La reconnaissance : une technique rarement utilisée 209
a) L'arrêt Commission c/ Luxembourg *de 1996 et l'affaire de* Gibraltar *de 2006* 209
b) L'arrêt Sayn-Wittgenstein *: une consécration en demi-teinte* 209
2. L'évitement : une technique fréquemment utilisée 211
a) La marge nationale d'appréciation 213
i. Marge d'appréciation fondée sur les droits constitutionnellement garantis 213
ii. Marge d'appréciation fondée sur les principes et valeurs constitutionnels 215
b) L'autonomie constitutionnelle de l'État membre 217
i. L'autonomie constitutionnelle stricto sensu *: le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* 217
ii. L'autonomie constitutionnelle lato sensu 218
B. Une indifférence encore répandue 220
1. L'explication tirée des contraintes structurelles 220
2. L'explication tirée des contraintes contentieuses 221
a) La CJUE contrainte par les moyens avancés 221
b) La CJUE contrainte par la formulation de la question posée 223
3. L'arrêt *Michaniki* : un déni d'identité ? 223
II. Limites de la prise en compte 225
A. Le contrôle de proportionnalité 226
1. L'exclusion des interdictions générales et absolues 226
2. Une approche souple en présence d'une spécificité constitutionnelle nationale 227
B. L'exigence de « respect du droit de l'Union » 228
1. Le principe d'effectivité, limite à l'autonomie constitutionnelle des États membres 228
2. Vers un traitement analogue de l'identité constitutionnelle de l'État et de la nationalité en droit de l'Union 232

TITRE 2 : LE RESPECT DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES : UN PRINCIPE DU DROIT DE L'UNION 235

Chapitre 1. Perspectives externes et prospective interne 237

Section 1. L'éclairage apporté par les expériences fédératives étrangères 238
I. Le respect de « l'autonomie constitutionnelle » des entités fédérées par la constitution fédérale 243

A. Une reconnaissance fréquente des constitutions des entités fédérées 243
1. Une reconnaissance variable mais réelle de l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées 243
a) Une reconnaissance principalement implicite 243
b) Une reconnaissance parfois ponctuelle 245
i. La « clause de Brême » et la question de l'instruction religieuse dans les écoles publiques allemandes 245
ii. La question de la concurrence des protections des droits fondamentaux en Allemagne 245
2. La reconnaissance du pouvoir constituant des entités fédérées 246
a) La liberté de se donner une constitution : entre absolu et relatif 246
b) Le contenu propre des constitutions fédérées 247
B. La reconnaissance sélective de l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées en pratique 248
1. L'application préférée des constitutions fédérées en cas de protection supérieure des droits fondamentaux 249
a) Une possibilité théorique en Suisse 250
b) Une possibilité offerte par la Loi fondamentale en Allemagne 250
c) Une possibilité offerte par la jurisprudence aux États-Unis 252
2. L'application limitée des constitutions fédérées dans les autres hypothèses 253
a) Questions de moralité : la prise en compte des circonstances locales 254
b) Questions religieuses : les résistances bavaroises 255
II. L'emprise de la constitution fédérale sur les constitutions des entités fédérées 256
A. La condition d'homogénéité dans les structures fédérales ... 256
1. Une caractéristique essentielle 257
2. Un contenu variable de nature identitaire 257
B. Le principe de primauté dans les États fédéraux : absolu ou relatif ? 259
1. Le concept de primauté et ses linéaments : un principe conçu de manière relativement souple dans les États fédéraux eux-mêmes 259
2. Le cas limite des situations non dépourvues de tout lien avec le droit fédéral 261

Section 2. Vers un principe opposable 264
I. Un principe structurel du droit de l'Union 265
A. Un principe justifié ou les instruments de la découverte d'un nouveau principe en droit de l'Union 266
1. L'idée de *telos* de l'Union : l'approche philosophique des principes 266

2. L'internalisation de contraintes externes et le précédent des droits fondamentaux : l'approche pragmatique des principes 268
B. Un principe opportun : la valeur ajoutée de la découverte d'un principe de respect de l'identité constitutionnelle en droit de l'Union 269
1. Les facteurs en faveur de la reconnaissance formelle et explicite d'un tel principe 269
2. Les risques intrinsèques au droit de l'Union dans l'émergence d'un tel principe 271
II. Un principe opposable du droit de l'union 271
A. Le cadre de l'opposabilité : un principe relatif face à l'identité constitutionnelle *de l'Union* 272
1. La clause d'homogénéité constitutionnelle et le cas hongrois 273
2. La « Constitution économique » de l'Union 275
B. Les modalités de l'opposabilité 277
1. Les acteurs de l'identité constitutionnelle 277
a) Un instrument principalement à la disposition des États membres 277
b) La nécessité d'un dialogue loyal entre juges nationaux et juge de l'Union 278
2. Les effets de l'identité constitutionnelle 281
a) Norme de référence et principe d'interprétation dans le champ d'application du droit de l'Union 281
b) Les hésitations entre uniformité et différenciation 282

Chapitre 2. La garantie d'un certain fédéralisme dans l'Union européenne ... 285

Section 1. Le respect de l'*identité* constitutionnelle ou l'unité perdue 286
I. À La recherche de l'unité 287
A. Le monisme vu du droit international 287
1. Le développement des théories et pratiques monistes face au dualisme 287
2. Le renforcement de l'unité par la primauté du droit international 290
B. Le monisme vu du droit de l'Union européenne 291
1. La primauté matérielle absolue du droit de l'Union 291
2. Une répartition verticale des compétences peu effective .. 293
II. La relativisation de l'unité 296
A. La diversité dans le droit de l'Union 296
1. Identité et différenciation 296
2. Différenciation, primauté et uniformité 297
B. La diversité dans la philosophie politique de l'Union 298
1. Une distanciation vis-à-vis de la souveraineté et du politique 299
2. Une polarisation sur l'homme situé 304

Section 2. Le respect de l'identité *constitutionnelle* ou l'unité retrouvée 306
I. L'unité de l'Union ou le constitutionnalisme comme théorie du fédéralisme 307

A. La recherche d'une unité d'ensemble : entre identité, loyauté et homogénéité 308
1. De l'interdépendance d'ordres juridiques autonomes..... 308
2. De la cohérence d'ensemble du *ius commune europaeum*.... 310
B. La garantie d'une unité d'ensemble : le constitutionnalisme cosmopolitique 311
II. L'unité du droit de l'union ou la primauté du constitutionnalisme..... 316
A. Les faiblesses du monisme hiérarchique 316
1. Le maintien possible de la primauté du droit de l'Union.... 316
2. La primauté du droit de l'Union au sens classique : une fiction évitable 317
B. Les ressources du pluralisme hétérarchique 319
1. L'identité constitutionnelle, un principe de reconnaissance s'inscrivant dans une hiérarchie matérielle souple 319
2. La recherche juridictionnelle d'un optimum entre les principes du constitutionnalisme 320

CONCLUSION GÉNÉRALE..... 323

BIBLIOGRAPHIE..... 325

INDEX 347

TABLE DES MATIÈRES..... 349

Fondée par
Georges Burdeau
Professeur honoraire à l'Université de droit, d'économie, et de sciences sociales de Paris

BIBLIOTHÈQUE CONSTITUTIONNELLE ET DE SCIENCE POLITIQUE TOME 142

Dirigée par
Jacques Robert
Professeur émérite de l'Université de Panthéon-Assas (Paris II), Président honoraire de l'Université

D'un côté de l'échiquier, l'Union européenne, arc-boutée sur sa vénérable jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft*, aspire à la primauté de l'ensemble de sa production normative sur l'ensemble du droit des États membres. Elle apparaît à première vue indifférente vis-à-vis de constitutions qui ne seraient que l'expression d'un « narcissisme des petites différences » de mauvais aloi dans un contexte d'unification européenne. De l'autre côté de l'échiquier, les États membres restent inflexibles sur la supériorité ultime de leurs constitutions sur tout autre droit. Les juridictions constitutionnelles des États semblent même se coaliser afin d'imposer leurs constitutions respectives comme ultime horizon. Aussi, le conflit apparaît insurmontable. Une telle vision manichéenne occulte cependant l'imbrication qui est déjà à l'œuvre entre la constitution matérielle de l'Union et les constitutions des États. C'est cette imbrication que tente de montrer cette étude de droit constitutionnel européen et comparé, sous l'angle de l'identité constitutionnelle nationale. Il apparaît en effet que l'identité constitutionnelle des États membres pourrait être cette passerelle tant attendue : en tant qu'elle est à la fois un concept du droit de l'Union et un concept du droit national, elle fait figure de norme de convergence entre ordres juridiques susceptible de fournir une réponse au conflit constitutionnel. Miracle ou mirage ? Tout ne sera finalement qu'affaire de points de vue.