

Revue générale du droit. Chronique de droit de l'Union, 2021

La double identité, nationale et constitutionnelle, des Etats membres de l'Union¹

Francette Fines²

Citer cette publication : Francette Fines, « La double identité, nationale et constitutionnelle, des Etats membres de l'Union », Revue générale du droit, Chronique de droit de de l'Union, 2021.

¹ Le présent texte est une contribution à la table ronde « L'Union européenne et ses Etats membres, entre identité et souveraineté » sous la direction de Madame le Professeur Hélène Gaudin, Université Toulouse-Capitole, IRDEIC et CEEC, 5 mai 2021.

² Professeure, Sciences-Po Toulouse, LASSP.

L'enjeu du sujet peut être résumé par cette notation de Joseph WEILER³ : « la protection de la souveraineté nationale appartient au *passé*, mais la défense de l'identité nationale et de la spécificité constitutionnelle est, elle, *à la mode* ».

Ainsi dans les relations des États membres avec l'Union européenne, la souveraineté nationale, concept en déclin⁴, serait remplacée par l'identité désormais consacrée en droit positif : en droit européen avec l'identité nationale, et en droit interne avec l'identité constitutionnelle.

On l'aura remarqué, les adjectifs ne sont pas les mêmes⁵. Ainsi les États membres de l'UE possèderaient désormais une double identité, ce qui constitue le point de départ de l'analyse.

L'identité nationale se déploie d'abord dans l'ordre européen. Relisons l'article 4 § 2 TUE⁶, tel qu'issu de la rédaction du Traité de Lisbonne, qui énonce que l'Union respecte l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. On peut la présenter telle une identité nationale de défense⁷.

L'identité constitutionnelle se déploie dans l'ordre interne des États membres. C'est un concept notamment utilisé depuis quelques années par

³ J. WEILER, « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *sonderweg* de l'Europe », in *Une Constitution pour l'Europe*, R. Dehousse (dir.), Presses de Science Po, p. 151-176.

⁴ R. TONIATTI, « Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained », in *National constitutional identity and european integration*, A. SAIZ ARNAIZ & C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), 2013, p. 49.

⁵ S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », RFDC, 2012/3 n° 91, p. 13-44.

⁶ Le préambule de la charte des droits fondamentaux y fait également référence.

⁷ J.-D. MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire ? », *Études en l'honneur de J.-C. GAUTRON*, Pedone, 2004, p. 463-477.

plusieurs Cours constitutionnelles nationales. La doctrine est unanime pour la présenter telle une identité constitutionnelle de résistance⁸. A travers cette résistance, il s'agit de « protéger certains éléments de la Constitution en les érigeant en éléments d'une identité constitutionnelle »⁹. Le but de cette réserve est d'éviter que soit portée atteinte « aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle », comme en France¹⁰, ou « au noyau dur de l'identité constitutionnelle » comme en Allemagne.

Soulignons d'emblée que ces deux identités ne seront étudiées que dans leur rapport à l'intégration européenne. Bien sûr nous ne prétendons rien enlever au phénomène politique¹¹ plus ancien et majeur de création collective des identités nationales¹² ou étatiques.

L'identité duale, objet de cette étude, va émerger comme une construction réactive¹³ face à l'intégration. Une telle dualité, non dénuée d'ambivalence¹⁴, soulève une série d'interrogations.

Comment s'articulent ces deux identités ? Sont-elles alternatives ou cumulatives ? Complémentaires ou contradictoires ?

⁸ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, 2013 ; *passim*.

⁹ F. C. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), Pedone, 2011, p.-63-87.

¹⁰ Ce concept est utilisé par le Conseil constitutionnel, lors du contrôle des lois de transposition des directives : CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)*.

¹¹ P. Rolland, « Une approche politique de l'identité », in *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe. Quels sens ? Quelles fonctions ?*, (dir.) M. FATIN-ROUGE STEFANINI, A. LEVADE, V. MICHEL et R. MEHDI, Bruylant, 2015, p. 85-93.

¹² A.-M. THIESSE, *La création des identités nationales, Europe XVIII-XIX^e siècle*, Points, Editions du Seuil, 2001.

¹³ A. LEVADE, « Identité nationale ou constitutionnelle ? », in *l'identité à la croisée des Etats et de l'Europe*, *op. cit.* p. 187-206.

¹⁴ G. ROSOUX, « L'ambivalence ou la double vocation de l'identité nationale. Réflexions au départ de l'arrêt n° 62/2016 de la Cour constitutionnelle belge », *Cahiers de droit européen*, 2019, p. 91-148.

Comment les États vivent-ils cette dualité d'identités ? Sont-ils tiraillés entre leurs deux identités ?

Dans quelle mesure ces identités sont-elles respectées ? Les Institutions européennes ont-elles le devoir¹⁵ impérieux de garantir l'identité nationale ? Les États membres ont-ils un droit¹⁶ fondamental à la protection de leur identité constitutionnelle ?

Pour explorer les interactions entre ces deux identités, la démonstration va se dérouler en trois temps. Il convient de commencer par les confronter ; nous partirons de l'analyse (développée par une partie de la doctrine et de certains juges nationaux) selon laquelle ces identités ne se recoupent pas forcément, et peuvent même se heurter (I). Ensuite, nous verrons en quoi il est indispensable de dépasser ces tensions, en vue d'assurer une convergence dans la protection qui leur est accordée (II). Enfin, il conviendra de montrer comment l'identité des États est en fait recomposée au sein de l'Union européenne (III).

¹⁵ Conclusions POIARES MADURO sous l'arrêt de la CJCE, du 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07.

¹⁶ J. -D. MOUTON, « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union Européenne ? », in *Mélanges en l'honneur de J. CHARPENTIER*, Pedone, 2009, p. 409-420.

I- Le heurt des identités

Si l'une et l'autre des identités sont toutes les deux apparues en réaction face à l'intégration européenne, les juges, nationaux et européen, restent maîtres¹⁷ de la portée donnée à la notion dans leur ordre juridique. Il peut en résulter des heurts, voire des conflits entre identités. Un premier heurt tient à la relativisation de l'identité nationale (A). Le deuxième tient à ce que les affirmations d'identité constitutionnelle peuvent traduire une exacerbation de tensions apparues face à l'intégration (B).

A-Une identité nationale relativisée

Si un tel principe de protection de l'identité nationale existe bien, le bilan de la jurisprudence de la Cour de justice atteste que cette dernière n'en a pas fait un principe absolu, mais au contraire relatif. Citons J.-D. MOUTON¹⁸ : « la portée normative de la clause du respect de l'identité nationale est susceptible d'une appréciation qui en relativise l'importance ».

Ce principe d'identité n'est pas hiérarchiquement supérieur ou prééminent par rapport aux autres normes européennes. Aucune primauté inversée

¹⁷ F.-V. GUIOT, « La participation de la France à la détermination des enjeux constitutionnels d'une République européennes, Politeia n° 27, 2015, p. 451-491.

¹⁸ J.-D. MOUTON, « Identité constitutionnelle et Constitution européenne », in *Liber Amicorum V. Constantinesco*, Bruylant, 2015, p. 413-423.

n'est consacrée avec cet article 4 § 2 TUE¹⁹, ainsi que l'écrit D. RITLENG²⁰ : « il serait...erroné d'interpréter la consécration d'une obligation de, voire d'un droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale comme une négation de la primauté du droit de l'Union sur les constitutions des Etats membres ». A plusieurs reprises, la Cour de justice a ainsi affirmé qu'« une tradition nationale, en soi, ne peut exonérer un État membre de ses obligations découlant du droit de l'Union »²¹.

Ainsi que l'a remarqué H. GAUDIN²², à propos de l'inscription de l'identité nationale dans l'article 4 TUE, « l'écrire, c'est le reconnaître mais c'est aussi l'intégrer, l'appriivoiser,... l'européaniser ». Il en résulterait une nécessaire « adéquation fonctionnelle » de l'identité nationale, laquelle « doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs » de l'Union²³.

Surtout la jurisprudence récente abonde en rejets, par la CJUE, des prétentions des Etats fondées sur l'argument de l'identité²⁴. Cela signifie que toute invocation de leur identité constitutionnelle par les Etats ne suffit pas pour obtenir une sorte d'immunité, à même de systématiquement limiter le droit européen.

¹⁹ Selon le point 59, de l'arrêt de gde ch. du 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11 : « Il est, en effet, de jurisprudence bien établie qu'en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union [...], le fait pour un État membre d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet État (voir en ce sens, notamment, arrêts du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125 [...]) ».

²⁰ D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, (dir.) J.-C. BARBATO, J.-D. MOUTON, Bruylant, 2010, p. 21-47.

²¹ Voy. par ex., CJUE, 16 mai 2014, *Commission/Hongrie*, C-115/13.

²² H. GAUDIN, « L'État vu de la Communauté et de l'Union européennes », ADE, 2004, p. 231-256.

²³ S. PLATON, « Le respect de l'identité nationale des États membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », *Revue de l'Union Européenne*, 2012, p.150-158.

²⁴ Pour un arrêt en manquement, CJUE, 25 février 2021, *Commission/Espagne*, C-658/19.

Concernant les citoyens, la CJUE souligne désormais que l'invocation du principe d'identité ne saurait aboutir à ce que soient remis en cause les droits dérivés attachés à leur libre circulation²⁵. Par exemple, la Cour a nié qu'il y ait atteinte à l'identité nationale, dans le fait qu'un Etat soit désormais obligé de reconnaître un mariage entre personne de même sexe, mariage qui a eu lieu dans un autre Etat membre, et cela en vue de l'octroi d'un droit de séjour dérivé²⁶. Mais une telle jurisprudence paraît mettre en évidence un décalage entre l'identité nationale (telle qu'appréhendée par la Cour), et l'identité constitutionnelle à laquelle il aurait été porté atteinte, selon l'Etat membre qui ne célèbre pas de tels mariages. D'autres arrêts²⁷ devraient prochainement intervenir sur ces problématiques qui mettent en jeu ce qu'on peut appeler l'identité constitutionnelle sociétale (*V. infra*) des Etats membres.

B-Des identités constitutionnelles exacerbées

Les exemples précédents montrent aussi que l'identité constitutionnelle, notamment dans cette dimension sociétale, n'a pas forcément le même contenu selon les Etats. La thématique de l'identité constitutionnelle va alors mettre en exergue des conflits horizontaux entre Etats membres ; en attestent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande (CCF)²⁸ affirmant la nécessité de limiter la portée de la confiance mutuelle entre

²⁵ CJUE, 13 juin 2019, *Correia Moreira*, C-317/18.

²⁶ CJUE, gde ch., 5 juin 2018, *Coman e.a.*, C-673/16.

²⁷ A venir, un arrêt posant également la question de l'identité nationale à propos du refus de reconnaître la filiation d'un enfant d'un couple marié du même sexe, dont l'acte de naissance a été établi dans un autre Etat membre : aff. C-490/20.

²⁸ C. LANGENFELD, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », Titre VII, n° 2, De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, avril 2019.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-recente-de-la-cour-constitutionnelle-allemande-relative-au-droit-de-l-union>

Etats pour contrer l'exécution de mandats d'arrêt européens émis par certains Etats, et cela au nom de l'identité constitutionnelle allemande²⁹ (V. aussi *infra*).

Mais au-delà d'un conflit horizontal, c'est aussi la possibilité d'une opposition directe³⁰ entre l'identité constitutionnelle et le droit européen qui est reconnue. D'ailleurs, la CCF a récemment proclamé que l'identité constitutionnelle ne coïncide pas avec l'identité nationale, ainsi qu'il résulte explicitement de la formulation de son renvoi préjudiciel dans l'affaire *Gauweiler*³¹ portant sur les opérations monétaires sur titres (OMT).

Il convient également d'indiquer que l'identité constitutionnelle n'a pas non plus la même portée selon les Etats. Par exemple, le Conseil constitutionnel français reconnaît que le constituant peut consentir³² à des atteintes à l'identité constitutionnelle de la France. A l'inverse, l'approche allemande est très radicale, ainsi qu'il ressort de la décision de la CCF sur le traité de Lisbonne³³. La CCF y décrit le noyau dur de l'identité constitutionnelle comme « intangible », « inaliénable », « non transférable », en le rattachant à la clause d'éternité contenue dans l'article 79 al. 3 GG. La CCF proclame ainsi que « L'obligation de droit européen de respecter le pouvoir constituant des Etats membres en tant que maîtres

²⁹ C. HAGUENAU-MOIZARD, « Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen : l'exploitation de la jurisprudence Melloni par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe*, mars 2016, Comm. n° 3, p. 37-42.

³⁰ Une telle opposition peut être illustrée par la situation hongroise. La Constitution hongroise avait par exemple été récemment modifiée pour y ajouter notamment deux références à l'identité constitutionnelle, dans le contexte d'un bras de fer avec l'Union contre la relocalisation des migrants. La Hongrie (avec d'autres Etats) sera quand même condamnée pour manquement aux obligations de relocalisation lui incombant : CJUE, 2 avril 2020, *Commission/Pologne, Hongrie, et République tchèque*, aff. jtes C-715/17, C-718/17 et C-719/17.

³¹ Voy. l'analyse de M. CLAES et J.H. REESTMAN, « The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the *Gauweiler* Case », *German Law Journal*, Vol. 16, 2015, p. 917-970.

³² Considérant 19 de la décision précitée *DADVSI*.

³³ CCF, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, 2 BvE 2/08.

des traités correspond à l'identité constitutionnelle ...soustraite à l'intégration ». L'atteinte à l'identité serait constitutive d'une révision prohibée de la Constitution. Cette identité se présente donc comme un rempart infranchissable³⁴ dressé contre l'intégration.

On remarquera que la référence à l'identité constitutionnelle par plusieurs Cours constitutionnelles peut leur permettre de fonder ou développer leur compétence (directe ou indirecte) de contrôle des traités européens, mais aussi du droit dérivé. La décision allemande précitée sur le traité de Lisbonne est analysée par la doctrine comme ayant consacré une troisième voie de contrôle (*Identitätskontrolle*) des activités de l'Union, à côté des deux qui préexistaient (droits fondamentaux³⁵ et ultra-vires³⁶).

Il est notable enfin que la CCF déclare expressément qu'en matière d'identité, le dernier mot lui revient à elle, et non à la Cour de justice : citons l'affaire précitée *Gauweiler*, dans laquelle la Cour allemande considère qu'il lui « appartient [...] d'apprécier si la mesure (dans l'interprétation qu'en retient la Cour) empiète sur ce noyau »³⁷.

Il convient néanmoins de dépasser cette conception absolutiste et/ou fermée des identités, laquelle ne pourrait conduire qu'à une impasse, voire à une guerre des juges.

³⁴ F. C. MAYER l'analyse en termes de verrouillage, in *art. précité*.

³⁵ Les deux arguments (droits fondamentaux et identité constitutionnelle) peuvent être mêlés : citons CCF, 15 décembre 2015, 2BvR 2735/14.

³⁶ Les deux arguments (ultra vires et identité constitutionnelle) peuvent être mêlés : citons CCF, 6 juillet 2010, *Honeywell*, 2 BvR 2661/06.

³⁷ Point 27 de la décision de renvoi préjudiciel, telles que reproduites dans les conclusions de l'avocat général P. CRUZ VILLALON, sous l'arrêt de gde ch. du 16 juin 2015, *Gauweiler*, C-62/14.

II-La convergence des protections

« Instrument de pacification »³⁸, l'article 4 paragraphe 2 TUE doit être interprété comme une clause assurant la « perméabilité »³⁹, servant de « passerelle »⁴⁰ ou d'interconnexion⁴¹ entre l'ordre juridique européen et le droit constitutionnel national ; on a pu aussi le décrire comme une norme carrefour ou une « norme de convergence »⁴² entre ordres juridiques.

Une telle construction convergente repose sur les efforts accomplis en vue concilier les deux identités au plan substantiel (A) ; en cas de difficulté, un tel résultat sera facilité par un mécanisme formel de coopération judiciaire (B).

A/ La conciliation entre les deux identités, nationale et constitutionnelle

Dans l'ensemble, chacun des deux systèmes a su se montrer réceptifs aux contraintes de l'autre. Cette ouverture est facilitée par le fait que les deux identités, nationale et constitutionnelle, répondent au même objectif, à savoir offrir une protection aux États⁴³.

³⁸ X. MAGNON, « La Constitution nationale dans un contexte européen intégré : quelles lectures de la souveraineté et de l'identité ? », *Politeia*, n° 36, 2019, p. 263-279.

³⁹ M. WENDEL, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », in *L'identité à la croisée des États et de l'Europe*, *op. cit.*, p. 231-261, à la p. 259.

⁴⁰ Voy. M.-C. PONTTHOREAU, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », VII^{ème} Congrès mondial de l'AIDC, Athènes, 11-15 juin 2007.

⁴¹ Selon M. WENDEL, l'identité doit être construite comme « un mécanisme d'interconnexion dans le système de constitution composée en Europe », *art. précité*.

⁴² F.-X. MILLET, *op. cit, passim*.

⁴³ S. MARTIN, *art. précité*.

Soulignons l'ouverture opérée par les juges nationaux⁴⁴, dont plusieurs ont adopté une jurisprudence conciliatrice. En France, par exemple, l'invocation de l'identité constitutionnelle par le Conseil constitutionnel permet en pratique de faciliter l'application du droit de l'Union : en effet, la censure d'une loi de transposition ne serait prononcée que dans un cas exceptionnel où il y aurait atteinte à un principe qui présente des caractéristiques spéciales, tandis que l'atteinte à de simples principes constitutionnels plus ordinaires est tolérée⁴⁵. Il est notable que la position finale de la CCF dans le contentieux précité sur les opérations monétaires sur titre⁴⁶ n'ait pas abouti à un rejet du droit européen au prétexte de l'atteinte à l'identité⁴⁷ ; malgré ses mises en garde initiales formulées en termes menaçants dans son renvoi préjudiciel (V. *supra*), la CCF a finalement accepté la validation du programme OMT par la CJUE dans son arrêt précité *Gauweiler*.

Le droit européen a aussi fait preuve de conciliation⁴⁸. D'abord, comme plusieurs avocats généraux⁴⁹ l'ont déclaré, l'identité nationale visée par l'article 4 § 2 TUE « comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre ».

⁴⁴ M. KIEFFER, *Recherches sur l'identité de l'Union européenne*, thèse dactyl., Strasbourg, 2015, p. 407-410 ; accessible en ligne.

⁴⁵ CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, décision n° 2004-496 DC.

⁴⁶ CCF, 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13.

⁴⁷ Remarquons, à propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020 (2 BvR 859/15) sur le programme PSPP de la BCE, que la censure ne s'est pas faite au nom de l'atteinte à l'identité constitutionnelle, mais de la théorie de l'ultra vires. En revanche, la question de l'identité constitutionnelle (en lien avec l'ultra vires) devrait être au cœur d'une décision sur le fond, à venir, portant sur la décision ressources propres adoptée en lien avec le plan de relance européen, alors que pour l'instant la CCF a simplement rejeté la demande de suspension provisoire (CCF, 21 avril 2021, 2 BvR 547/21).

⁴⁸ D. RITLÉNG, *in art. précité*, a ainsi mis en lumière plusieurs techniques d'interprétation protectrices maniées par la CJUE pour ne pas heurter l'identité constitutionnelle.

⁴⁹ Voy. par exemple, les conclusions précitées de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt *Michaniki*.

Selon la Cour de justice, qui s'appuie sur le traité, « la sauvegarde de l'identité nationale des États membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique de l'Union »⁵⁰. La justiciabilité de ce principe a même été reconnue⁵¹. Il s'agit donc de protéger cette identité contre certains empiètements du droit européen. L'avocat général MADURO⁵² explique que l'Etat membre va pouvoir « revendiquer la préservation de son identité nationale pour justifier une dérogation à l'application des libertés fondamentales de circulation ». L'identité nationale se présente donc comme « un principe interprétatif pour moduler l'application du droit de l'UE »⁵³. La Cour le reconnaît explicitement dans l'arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn*⁵⁴, dans lequel cette identité nationale est présentée comme « un objectif légitime susceptible de justifier des restrictions aux droits de libre circulation ».

Concrètement, il va s'agir de concilier les principes et libertés du marché avec l'identité nationale. Ainsi la Cour de justice accepte « la mise en balance » de ce qu'elle présente comme des intérêts légitimes (parmi lesquelles elle inclut l'identité nationale) avec les droits de libre circulation des personnes⁵⁵. De même, la jurisprudence sur la sélectivité des aides d'Etat, acceptant l'autonomie fiscale de certaines collectivités territoriales⁵⁶, montre que le juge cherche à établir un « juste équilibre » entre d'une part, le principe de respect de l'identité nationale, et d'autre

⁵⁰ CJUE, 24 mai 2011, *Commission/Luxembourg*, C-51/08.

⁵¹ CJUE, gde ch., 17 juillet 2014, *Torresi*, C-58/13 et C-59/13 ; dans cet arrêt, la Cour a examiné si une directive était invalide au regard de l'article 4 § 2 TUE.

⁵² Conclusions précitées de l'avocat général POIARES MADURO sous *Michaniki*.

⁵³ G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », in *L'exception en droit de l'Union européenne*, E. CARPANO, G. MARTI (dir.), PUR, 2019, p. 201-214.

⁵⁴ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09.

⁵⁵ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, pt 83 ; arrêt précité *Runevič-Vardyn et Wardyn*.

⁵⁶ CJCE, 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-RIOJA)*, aff. jtes. C-428/06 à C-434/06.

part, le principe selon lequel l'organisation constitutionnelle interne ne justifie pas l'inobservation des obligations européennes⁵⁷. On peut aussi considérer que la Cour fait preuve de souplesse, lorsqu'elle décide de soumettre au test de proportionnalité⁵⁸ les atteintes ou restrictions aux libertés fondamentales de circulation, que les Etats commettent au nom notamment de leur identité⁵⁹. On peut également ranger dans cette approche conciliatrice l'évolution jurisprudentielle récente⁶⁰ qui conduit à tempérer la place de la confiance légitime dans le mandat d'arrêt européen, ce qui paraît répondre à plusieurs préoccupations exprimées par la CCF (V. *supra*).

B-La coopération juridictionnelle pour définir l'identité à protéger

F.-X. MILLET⁶¹ écrit à propos de l'identité : « En tant que concept charnière commun aux ordres juridiques nationaux et communautaire, elle ne peut [...] être maniée de façon unilatérale ». Au contraire, la protection de cette identité doit être « partagée entre les autorités supranationales et nationales »⁶².

Ce partage des tâches se fait dans le respect de principes communs (respect mutuel ; loyauté réciproque) garantissant que la jonction se fasse entre ordres juridiques national et européen. Le contrôle du respect des identités doit être organisé sur un mode coopératif, ce qui passe par le renvoi

⁵⁷ Voy. les conclusions de l'avocat général KOKOTT, sous l'arrêt précité *UGT-Rioja*.

⁵⁸ Voy. aussi l'analyse de A. RIGAUX et D. SIMON, « Droit de l'Union européenne et droit constitutionnel national dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : conflit, coexistence, convergence ? », in Mélanges M. VERPEAUX, Dalloz, 2020, p. 459-468.

⁵⁹ CJUE, gde ch., 16 avril 2013, *Anton Las*, C-202/11 ; CJUE, gde ch., 21 juin 2016, *New Valmar BVBA*, C-15/15.

⁶⁰ CJUE, gde ch., 5 avril 2016, *Aranyosi and Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU.

⁶¹ Thèse précitée.

⁶² M. WENDEL, *art. précité*, p. 259.

préjudiciel⁶³ qui permet de confronter les points de vue respectifs des juges nationaux et européens. Le dialogue est essentiel, et peut se poursuivre de façon fructueuse, ainsi que l'atteste l'affaire *Taricco*⁶⁴, dans laquelle les autorités juridictionnelles nationales à l'origine du deuxième renvoi préjudiciel invoquaient l'atteinte à l'identité constitutionnelle italienne⁶⁵.

Il convient de s'accorder sur la répartition des rôles entre les juges. La définition de l'identité constitutionnelle appartient au seul juge national⁶⁶. Quant à l'étendue de la protection européenne à assurer, comme D. RITLENG⁶⁷ l'a justement affirmé, « dans la mesure où le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale est garanti par une norme communautaire, c'est à la Cour seule, en vertu de son monopole d'interprétation authentique du droit communautaire, de décider dans quelle mesure lesdits éléments sont couverts, par cette garantie », telle qu'offerte par l'article 4 § 2 TUE.

⁶³ Nous avons ainsi pu montrer que le renvoi préjudiciel permettait de protéger l'identité constitutionnelle nationale des États membres, in « Dialogue des juges ou conflit de normes : le renvoi préjudiciel substitut (à) ou complément (de) la primauté ? », in *Réseau de normes, réseau de juridictions, le nouveau paradigme des droits fondamentaux en Europe, entre primauté et clause la plus protectrice*, H. GAUDIN, (dir.), mare & martin, 2021, p. 213-227.

Signalons que certains défenseurs de la souveraineté étatique militent pour une procédure préjudicielle inversée : Ch. GRABENWARTER, P. M. HUBER, R. KNEZ, I. ZIEMELE, « The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network », *European Public Law*, 27- 1, 2021, p. 43-62.

⁶⁴ CJUE, gde ch., 5 décembre 2017, *M.A.S. et M. B. (Taricco II)*, C-42/17.

⁶⁵ Pour la présentation de la position de la Cour italienne, N. PERLO, « Influences, confluences et résistances : les catégories du droit public italien à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2018, n° 622, p. 569-576.

A propos de l'arrêt préjudiciel, selon R. MEHDI, « la Cour évite manifestement de croiser le fer sur l'identité constitutionnelle » :

<https://eumigrationlawblog.eu/taricco-m-a-s-ou-lart-delicat-de-la-retraite-en-bon-ordre/>

⁶⁶ L'avocat général POIARES MADURO, dans ses conclusions sur l'affaire *Marrosu et Sardino* du 7 septembre 2006 (C-53/04), a pu estimer : « Sans doute doit-on reconnaître aux autorités nationales, et notamment aux juridictions constitutionnelles, la responsabilité de définir la nature des spécificités nationales pouvant justifier une telle différence de traitement. Celles-ci sont, en effet, les mieux placées pour définir l'identité constitutionnelle des États membres que l'Union européenne s'est donnée pour mission de respecter ».

⁶⁷ D. RITLENG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *Annuaire de droit européen*, 2008, Bruylant, 2011, p. 143-163 ; également publié in *RTD Eur.* 2009, p. 677-696.

Mais il en résulte que « les dimensions *nationale et constitutionnelle* de l'identité ne se recoupent pas nécessairement »⁶⁸. Le juge européen peut ne pas retenir la demande de protection qui lui est présentée par les autorités étatiques (V. *supra*). En revanche, dès lors qu'une protection est accordée, les deux identités se superposent ; il y a bien une convergence ou un rapprochement des identités pour faire émerger une identité plus consensuelle, à la fois constitutionnelle et nationale.

L'analyse de la protection accordée à cette identité doit être approfondie.

III-La recomposition des identités

Au-delà de la querelle sur la qualification de l'identité à protéger, ce qui se joue alors est la capacité de l'Union à accepter ou non des spécificités identitaires. Cette question essentielle montre que les identités des Etats vont se recomposer.

La recomposition des identités s'opère par rapport à ce qui les distingue entre elles, (des identités distinctives ou singulières) (A), et par rapport à ce qui les réunit (des identités homogènes constitutives d'un patrimoine commun) (B).

⁶⁸ A. LEVADE, *art. précité*.

A-La protection des identités singulières

La revendication étatique de la spécificité des identités constitutionnelles est constante. La jurisprudence du Conseil d'Etat, *Arcelor*⁶⁹ illustre parfaitement cette approche : le principe sans équivalent dans l'ordre européen apparaît typiquement comme un principe spécifique ou propre à l'ordre constitutionnel français, qu'il appartient au juge français de protéger⁷⁰.

Mais l'Union peut-elle se satisfaire d'une approche isolée, dissidente voire conflictuelle d'un Etat, au risque de la dislocation ? Une telle diversité ou singularité des identités nationales est tout à fait possible, à la condition de pouvoir être acceptée au niveau européen. Il est important de le souligner : les identités singulières ne sont pas forcément effacées ou gommées par la construction européenne ; certaines le sont, mais cela n'a rien de systématique.

Les textes européens le confirment. Par exemple, l'article 3, paragraphe 3, quatrième alinéa, TUE⁷¹ indique que l'Union « respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique ». C'est aussi l'objet de certains

⁶⁹ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique* : « s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

⁷⁰ Le Conseil d'Etat va faire application de ce que son rapporteur public A. LALLET a appelé lui-même la « clause de sauvegarde *Arcelor* », dans l'arrêt du 21 avril 2021, faisant suite à un renvoi préjudiciel : « Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écartier dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige ».

⁷¹ Ceci est confirmé à l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

protocoles⁷² annexés aux traités, qui vont protéger certains particularismes identitaires nationaux.

La jurisprudence européenne protégeant ces spécificités identitaires est connue. L'arrêt précité *Runevič-Vardyn et Vardyn* est une illustration de la protection accordée à des particularismes linguistiques, à propos des règles de graphie propres à un Etat. Déjà, dans le fameux arrêt *Omega* de 2004⁷³, la Cour de justice avait déclaré qu'« Il n'est pas indispensable [...] que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause ». Citons aussi l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*⁷⁴ : « il y a lieu d'admettre que, dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte » ; la Cour retient aussi la forme républicaine dans cet arrêt⁷⁵. Dans une autre affaire⁷⁶, la Cour accepte la position du Royaume-Uni, qui, « pour des raisons liées à sa tradition constitutionnelle », a fait le choix d'octroyer le droit de vote et d'éligibilité à certains citoyens du Commonwealth (pourtant non citoyens de l'Union) pour les élections au Parlement européen.

⁷² Voir le protocole irlandais, ajouté lors du traité de Maastricht : « Aucune disposition des traités, [...] n'affecte l'application en Irlande de l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande » qui interdisait l'avortement (article aujourd'hui abrogé).

⁷³ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02.

⁷⁴ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

⁷⁵ Voy. aussi, CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14.

⁷⁶ CJCE, gde ch., 12 septembre 2006, *Espagne/ Royaume-Uni*, C-145/04 ; Voy. l'argumentaire de la Commission.

Dans ce type de contentieux, l'identité se présente comme un outil de reconnaissance des particularismes, spécificités, et différences entre États membres.

B-La défense d'un patrimoine identitaire commun

Et bien évidemment, dans cette Union d'États intégrés, il existe aussi des points communs entre les identités des États, ainsi qu'avec l'identité de l'Union. Ils sont constitutifs d'un patrimoine identitaire commun.

- La consistance du patrimoine identitaire commun

Il s'agit d'une identité matérielle commune aux États membres, dont la protection bénéficie à tous les États. La dimension matérielle de cette identité commune est exprimée par les précisions données à l'article 4, § 2 TUE, depuis le traité de Lisbonne, qui fait référence aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles. Ceci concerne par exemple la répartition des compétences au sein d'un État membre, qui, selon la Cour bénéficie de la protection conférée par l'article 4, paragraphe 2, TUE⁷⁷. De façon plus générale, cet article permet de préserver « l'existence politique des États »⁷⁸ ; il vise à empêcher que ne soit abolie leur étaticité⁷⁹. Ce patrimoine identitaire commun présente aussi une dimension culturelle, avec par exemple « la protection de la ou des langues officielles » des États membres. On relèvera aussi que « la définition des liens familiaux

⁷⁷ CJUE, 12 juin 2014, *Digibet et Albers*, C-156/13, pt 34.

⁷⁸ Voy. les conclusions précitées de l'avocat général POIARES MADURO, dans l'affaire C- 213/07.

⁷⁹ X. MAGNON évoque un « seuil d'étaticité », in *art. précité*.

peut faire partie de l'identité nationale des Etats membres »⁸⁰, ce qui renvoie à l'identité sociétale des Etats.

De plus, il existe une communauté de valeurs identitaires avec l'Union, comme il résulte de l'article 2 TUE, parfois appelé « clause d'homogénéité », aux termes duquel « L'Union est fondée sur les valeurs [...] communes aux Etats membres ». Ces valeurs relèvent du registre constitutionnel. Sur la base de cet article, D. SIMON⁸¹ a noté que « l'identité constitutionnelle des Etats membres se confond dans une très large mesure avec l'identité constitutionnelle de l'Union elle-même ».

- Il en résulte une homogénéité identitaire⁸², qui en retour s'impose aux Etats membres. Ceci peut conduire à limiter leur autonomie constitutionnelle. Ce sera le cas lorsque l'exception d'identité constitutionnelle dont se prévalent certains Etats n'apparaît pas compatible avec cette exigence d'homogénéité identitaire. Citons l'exemple des garanties d'indépendance de la justice, désormais imposées⁸³, notamment pour lutter contre les dérives illibérales⁸⁴ des pays qui remettent en cause ces valeurs identitaires communes.

⁸⁰ Conclusions KOKOTT, présentées le 15 avril 2021, dans l'affaire C-490/20.

⁸¹ D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 27-43.

⁸² P.-E. LEHMANN, *Réflexions sur la nature de l'Union Européenne à partir du respect de l'identité nationale des Etats membres*, thèse dactyl. Université de Lorraine, 2013 ; accessible en ligne.

⁸³ CJUE, gde ch., 2 mars 2021, *A.B. e.a./Krajowa Rada Sądowictwa*, C-824/18 ; CJUE, gde ch., 24 juin 2019, *Commission/Pologne* (Indépendance de la Cour suprême), C-619/18.

⁸⁴ Voy. notre étude « Comment la Cour de justice de l'Union européenne a forgé ses armes pour lutter contre l'illibéralisme ? », *Mélanges en l'honneur de P. Wachsmann*, Dalloz, à par. sept. 2021.

En conclusion, nous voulons souligner que ce nouveau paradigme identitaire des États, reposant sur l'alliance de la diversité et de l'unité⁸⁵, donne des clés utiles à la compréhension du projet européen et de la nature de l'Union européenne. A travers le respect de la diversité des identités, il confirme la dimension plurinationale de l'ensemble formé par l'Union avec ses États membres. A travers la promotion d'une identité commune, il apparaît bien que l'Union et ses États membres forment une « communauté de culture constitutionnelle »⁸⁶.

⁸⁵ M. BLANQUET, « Mémeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », in *Mélanges J. MOLINIER*, LGDJ, 2012, p. 53-91.

⁸⁶ Voy. le point 61 des conclusions de l'avocat général P. CRUZ VILLALON, dans l'arrêt précité *Gauweiler*, avec les références citées.