

Marc Guerrini

L'identité constitutionnelle du point de vue français

Le Conseil constitutionnel français fit pour la première fois référence à l'identité constitutionnelle de la France dans sa jurisprudence relative au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives de l'Union européenne. Le juge constitutionnel, se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution qui pose le principe de participation de la France à l'Union européenne, en déduit une exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne. La reconnaissance d'une telle exigence de transposition a pour conséquence que les dispositions législatives qui se contentent de tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive bénéficient d'une immunité contentieuse, le Conseil refusant de les contrôler. Ce dernier formule cependant une réserve : la transposition ne saurait porter atteinte à une règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France sauf à ce que le constituant y ait consenti. Est ainsi apparue, dans la décision *Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information* du 27 juillet 2006, une référence à l'identité de la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle.

Malgré le caractère largement énigmatique de la formule et le fait que, pour l'heure, le Conseil constitutionnel n'a jamais identifié une telle règle ou un tel principe, il est possible d'esquisser certains critères qui permettent de définir ce qui relève ou non de l'identité constitutionnelle française. Premièrement, une norme identitaire devrait apparaître comme étant spécifique à l'ordre constitutionnel français au regard du droit de l'Union européenne. L'identification passe ainsi par une forme de comparaison des catalogues afin de déterminer si une norme constitutionnelle trouve ou non un équivalent dans le droit européen. Deuxièmement, s'ajoutant à son caractère spécifique, cette norme devrait posséder un caractère crucial, fondamental pour l'ordre juridique.

Cette « fondamentalité » ne renvoie pas à une fondamentalité formelle tenant au rang de la norme considérée car toute norme constitutionnelle constitue, par définition, une norme fondamentale, mais renvoie plutôt à une fondamentalité substantielle au sens d'importante, de structurante. Ainsi, il est possible d'avancer qu'une norme apparaît inhérente à l'identité constitutionnelle de la France dès lors qu'elle est spécifique et fondamentale dans l'ordre constitutionnel français.

L'identité constitutionnelle française, notamment au regard du droit comparé, revêt elle-même un certain particularisme. Cette singularité identitaire repose sur deux éléments dont l'un est, en réalité, la conséquence de l'autre. Premièrement, le fait que l'identité constitutionnelle se détermine au regard du droit de l'Union européenne, par le caractère spécifique de la consécration ou de la portée d'une norme constitutionnelle, ne se retrouve pas en droit comparé. Les homologues européens du Conseil constitutionnel français ont préféré poser, revendiquer, une identité de la Constitution. Tel est le cas, par exemple, de la Cour constitutionnelle allemande qui, le 30 juin 2009, dans son arrêt *Lisbonne*, lie l'identité constitutionnelle allemande aux clauses d'éternité de la Loi fondamentale, c'est-à-dire aux limites matérielles au pouvoir de révision. On ne retrouve pas davantage cette exigence de spécificité dans la référence aux principes fondamentaux de l'État social et démocratique dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole ou encore dans les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel dans la jurisprudence constitutionnelle italienne. Deuxièmement, cette dimension comparative de l'identité constitutionnelle française fait de cette identité une identité de nature relationnelle, c'est-à-dire qu'elle se construit et se déconstruit sous l'effet d'une confrontation à l'altérité européenne. Il ne s'agit donc pas d'une identité close sur elle-même mais, au contraire, ouverte. S'ouvre ainsi une dialectique identitaire oscillant entre singularisation et globalisation qui s'accompagne d'une conséquence logique : plus les convergences entre les rapports de systèmes iront en s'accroissant, plus l'identité de la Constitution française tendra à se réduire. Cette norme de constitutionnalité qu'est l'identité constitutionnelle a donc ceci de particulier qu'elle est de nature inter-normative et qu'ainsi, sans abandonner une logique de type hiérarchique qui place toujours la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes, l'identité constitutionnelle française s'est enrichie d'une dimension plus relationnelle.

L'ensemble de ces éléments permet de comprendre que la notion d'identité constitutionnelle de la France dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel possède un contenu largement indéterminé car les critères d'identification que nous avons relevés sont susceptibles d'interprétations diverses. Tel est le cas du critère de spécificité dont l'appréciation peut être plus ou moins rigoureuse, le juge peut se contenter de rechercher un équivalent purement formel ou, allant plus loin, s'attarder sur l'équivalence effective du point de vue de la portée des droits garantis. Tel est également le cas, de manière plus forte encore, du critère de fondamentalité, car apprécier ce qui est fondamental ou ce qui ne l'est pas relève d'un exercice empreint d'une grande subjectivité. De plus, ce qui est fondamental aujourd'hui ne le sera peut être plus demain. Cet impressionnisme juridique qui entoure l'identité constitutionnelle française nourrit l'idée qu'elle est une notion fonctionnelle qui pourra être utilisée au cas par cas pour s'opposer ou non à l'intégration du droit de l'Union européenne. Ce faisant, le Conseil constitutionnel n'a fait qu'assurer les conditions de sa liberté d'interprétation, faisant de lui l'autorité désormais la mieux placée pour assurer la régulation des rapports entre ordres juridiques. Le juge se trouve libre de dénier à une norme la qualification d' « inhérente à l'identité constitutionnelle » et de laisser libre cours à l'intégration européenne ou, au contraire, d'élever une norme au rang de norme identitaire et de s'opposer à cette intégration au regard des conséquences qu'un tel choix pourra engendrer au niveau européen.

Se pose alors une question centrale : quand le juge décidera-t-il de mettre un coup d'arrêt à l'intégration européenne en qualifiant une norme d'inhérente à l'identité constitutionnelle ? L'hypothèse ne s'étant jamais produite, il convient d'être prudent et de s'interroger sur les raisons qui expliqueraient qu'à un instant donné, le juge cesse d'être conciliant pour opposer une réserve de constitutionnalité au droit de l'Union européenne. Cet instant correspond, selon nous, à l'hypothèse d'un véritable devoir de préservation identitaire, c'est-à-dire une situation dans laquelle le juge ne pourrait faire autrement que de s'opposer au droit de l'Union européenne. En France, c'est l'image de la République qui est ici remise en pleine lumière, l'article 89 alinéa 5 interdisant toute révision de la forme républicaine du gouvernement susceptible de concerner – en l'absence de précision du Conseil sur ce point – l'ensemble des caractères républicains de l'État : le caractère décentralisé, le respect

de l'égalité devant la loi, de l'égalité entre les hommes et les femmes, la laïcité, le caractère démocratique, le caractère social, la langue ou encore l'indivisibilité de la République. On comprend alors que l'identité constitutionnelle est certainement et étroitement interconnectée aux limites matérielles à la révision de la Constitution pour deux raisons : premièrement, si une norme identitaire se définit, en partie, par son caractère fondamental, on ne peut raisonnablement dénier ce caractère aux normes que le pouvoir constituant originaire a placées au-dessus de toute révision postérieure. Deuxièmement, ce lien découle d'une exigence purement logique : on ne peut admettre que l'intégration du droit de l'Union européenne vienne remettre en cause des normes que le pouvoir de révision lui-même ne saurait remettre en cause en droit interne.

En conclusion, on remarque que la référence à l'identité constitutionnelle de la France est empreinte d'une certaine plasticité qui permet au juge d'en faire une norme de référence pragmatique de régulation des rapports de systèmes. Les hypothèses de conflit entre le droit de l'Union européenne et les normes identitaires françaises ne se limitent pas à des cas incongrus dans lesquels on assisterait, par exemple, à une directive venant imposer l'adoption de la monarchie aux États membres de l'Union européenne. En France, par exemple, des difficultés liées à la laïcité ont pu émerger lors de la transposition des directives sur l'abattage des animaux. Des problèmes sérieux pourraient également se poser si le droit européen des minorités venait à se développer plus encore au regard du principe d'indivisibilité de la République. Il existe donc de véritables points de crispation potentiels qu'il convient de ne pas exagérer pour autant. Cette crispation provient fondamentalement du fait que la Constitution n'est pas une norme comme les autres, elle possède une portée intégrative du corps social et qu'avant de se poser la question « Qui suis-je ? », la Constitution pose avant tout la question « Qui sommes-nous ? ».

MG : Je vous remercie.

BM : C'est moi qui vous remercie pour cette introduction du sujet, pour ces différentes approches de l'identité. J'allais dire que ce qui est commun, c'est l'idée d'une identité. Ce qui n'est pas nécessairement commun, c'est, bien sûr, ces identités (puisqu'elles sont nationales, par définition, elles ne sont pas communes) et c'est aussi la manière dont on les détermine.

BM : Pour engager ce débat – qui pourrait durer un quart d’heure à peu près – je crois qu’il y a un certain nombre de choses qu’on peut relever et que j’ai relevé d’une manière un peu désordonnée.

C’est, d’abord, le fait qu’il y a autour de cette souveraineté, une grande abstraction. C’est-à-dire qu’en fait, on transfère des compétences qui relèvent de la souveraineté sans perdre la souveraineté. Et à partir de ce moment-là, le problème est de savoir ce qu’il reste matériellement et effectivement de cette souveraineté qui est maintenue dans son principe mais qui est finalement vidée très largement de son contenu.

Je remarque aussi que concernant la Hongrie ou plus largement les pays de l’Est, je crois qu’il existe une explication extrêmement importante de cette crispation des deux côtés : c’est qu’il y a un concours historique de circonstances qui est qu’au moment où ces pays retrouvent leurs identités par la sortie du bloc soviétique, ils sont confrontés à une remise en cause de leurs identités par l’entrée dans le système européen. Je regarde tout cela de l’extérieur, mais je crois qu’il y a là sans doute un véritable problème. C’est la confrontation de ces deux mouvements qui arrivent à peu près en même temps.

Alors, il est bien évident qu’on comprend comment tout cela peut fonctionner. Par exemple, il y a la notion d’objectif régulateur de l’État. Le seul problème, c’est quand cet objectif régulateur de l’État entre en conflit avec un certain nombre de conceptions européennes, et vous avez cité trois exemples où il peut y avoir un conflit, et c’est intéressant, notamment le statut de l’embryon humain, le mariage ou le rôle de l’Église.

Et cela renvoie à ce que disait Marc Guerrini, mais sur une question qui n’est, à mon avis, pas tranchée : c’est quand on dit que l’identité en France relève de savoir si le principe existe ou non au niveau européen. Si l’on prenait le mariage ou la dignité, cela existe au niveau européen. Mais le problème c’est de savoir quelle est l’interprétation qu’on lui donne.

Je me souviens d’un débat que j’avais eu avec Anne Levade sur cette question-là, où je soutenais que ce n’est pas simplement la reconnaissance du principe, c’est le problème de l’interprétation du principe. Parce que, et je reprends cet exemple de la dignité, si on dit que la dignité est reconnue au niveau européen, c’est incontestable, mais elle n’est pas nécessairement reconnue dans les mêmes termes. Là, on se retrouve vis-à-vis d’un problème.

J'ai remarqué aussi, et j'en terminerai par là sur mes réactions, ce que vous avez noté sur l'évolution de la fondamentalité. En fait, là, le juge joue un rôle très important. Je cite un exemple très récent : c'est sur le mariage entre les personnes de même sexe. On pouvait considérer jusqu'il y a très peu de temps en France que l'interdiction du mariage entre les personnes de même sexe relevait de l'ordre public. La Cour de cassation a été, ces jours-ci, et la décision n'est pas encore rendue, confrontée à la question suivante : il y a des accords bilatéraux avec le Maroc qui conduiraient à ne pas reconnaître le mariage entre personnes de même sexe s'agissant d'un Marocain et d'un Français. Et ce qui est soutenu notamment par l'avocat général devant la Cour de cassation, c'est que l'ordre public a basculé et que maintenant, le mariage entre les personnes de même sexe relève de l'ordre public qui permettrait de faire obstacle à une convention internationale bilatérale. Cela traduit particulièrement la rapidité avec laquelle on peut basculer d'un ordre public dans un ordre public inverse et le fait que tout cela est entre les mains du juge.

Dernière remarque sur la supra constitutionnalité, ou les normes de plus forte potentialité constitutionnelle ou force constitutionnelle. La construction que vous faites sur la forme républicaine du gouvernement est un très bon exemple, mais d'un autre côté, il est quand même très constructif d'y rattacher les principes républicains. Et je crois que c'est, en effet, un point d'accroche, mais un point d'accroche par imitation de ce qu'est le système allemand. C'est-à-dire qu'on transpose en France la logique du système allemand qui précise ce que l'on ne peut pas modifier dans la constitution. Mais jusqu'à présent, même si le Conseil constitutionnel a déjà reconnu qu'il y a certaines choses qu'on ne peut pas modifier, il n'a jamais reconnu qu'il y a un contrôle sur ces modifications. Et là, on s'aperçoit qu'il y a à la fois le contenu substantiel et les critères d'identification.

Voilà, je lance le débat et prend la parole vraiment librement qui le veut, dans l'ordre qu'il veut, mais simplement comme nous avons encore deux thèmes à traiter, il faudrait qu'on prenne dix minutes-un quart d'heure pour ce débat.

MG : Peut-être une petite remarque juste sur un exemple intéressant de crispation identitaire en France, qui rejoint, d'ailleurs, la question des standards républicains : l'exemple de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires.

Lorsque le Conseil constitutionnel effectue d'habitude son contrôle des traités, il doit dire si le traité va nécessiter ou non une révision de la Constitution pour pouvoir être ratifié. Dans le cas de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, cela a posé un problème sur la langue, parce que l'article 2 de la Constitution dispose que la langue de la République est le français, et un problème sur l'indivisibilité de la République, qui précisément ne reconnaît pas de droits aux minorités, alors qu'avec la Charte, on visait des minorités nationales ou linguistiques.

Il y a deux éléments qui montrent, dans cette affaire, la crispation un peu identitaire. Le premier est que c'est, je crois, le seul traité européen issu du Conseil de l'Europe, qui n'a pas donné lieu à une révision pour son adoption. Donc le Président de la République à l'époque a décidé que la langue, on n'y toucherait pas, et ainsi le traité n'a pas été ratifié. Le deuxième élément, c'est que dans la décision du Conseil constitutionnel, d'habitude, le juge analyse les dispositions du traité et à la fin, il dit la Constitution pourra être révisée, je ne me souviens plus de la formule exacte, avant ratification. Et là, il analyse mais ne dit rien. C'est-à-dire que même dans ses formules, il n'ouvre pas la voie à la révision.

C'est peut-être une vue de l'esprit de quelqu'un qui lit trop de près la décision, mais c'est le seul cas où le Conseil ne mentionne pas cette possibilité, dans sa décision, de révision de la Constitution.

Marie-Odile Peyroux-Sissoko : Du coup, cet exemple me permet de rebondir sur le débat qu'on a eu hier, au dîner, sur le droit des minorités : est-ce qu'on ne peut pas considérer que le droit des minorités et le droit de regard qu'a la Hongrie vis-à-vis de ses minorités, constitue pour la Hongrie un élément de l'identité constitutionnelle hongroise dans la mesure où il me semble qu'il y a là spécificité, en tout cas, on ne retrouve pas cela en France ou au niveau de l'Union européenne. Il y a, en fait, en droit de l'Union, juste une petite mention, mais elle est légère, justement parce que la France s'opposait avec la Charte des droits fondamentaux à ce qu'il y ait une trop grande reconnaissance des minorités. Donc, là, il y a la spécificité. Après, pour le critère de la fondamentalité, je ne sais pas trop, vous pourrez, peut-être, nous éclairer là-dessus. Mais voilà la question que je me posais : est-ce qu'on ne peut pas considérer que cet élément entrerait dans l'identité constitutionnelle hongroise ?

MS : Très brièvement. Je pense que c'est tout à fait possible. La Hongrie a adopté une loi pour accorder des bénéfices aux minorités hongroises

vivant dans les pays voisins, je crois, déjà, en 2001. Et donc, même avant l'adoption de la Loi fondamentale, dans le développement constitutionnel hongrois, le respect des droits des minorités hongroises à l'étranger est déjà culturellement incorporé. Je crois donc que la fondamentalité du principe pourrait être également trouvée et il est possible de le considérer comme un élément de l'identité constitutionnelle nationale.

PK : Pour compléter un peu la réponse, je voudrais ajouter que là, il s'agit de deux choses différentes.

D'une part, il y a le droit des minorités qui vivent en Hongrie qui est une question comparable à la situation française, quant à la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires. Pour ce point, je ne pense pas qu'il s'agisse d'une question de l'identité constitutionnelle nationale, car le critère de spécificité manque, la Hongrie se retrouvant, ici, dans le camp de la majorité des États qui reconnaissent les minorités et qui leur accordent des droits. Il n'est donc pas exceptionnel que la Loi fondamentale hongroise déclare certains droits de ces minorités.

D'autre part, il y a cette question des minorités hongroises vivant à l'étranger. Il faut, je pense, séparer les deux questions. Lorsqu'il s'agit d'accorder des bénéfices, c'est-à-dire des droits, aux minorités qui vivent au-delà des frontières de la Hongrie, et sur cela, il y a une disposition constitutionnelle dans la Loi fondamentale qui déclare la responsabilité de la Hongrie en tant qu'État vis-à-vis de ces minorités qui sont au-delà de ses frontières mais qui sont considérées comme corps constitutif de la Nation, nous pouvons retrouver cet élément de spécificité quoique ce n'est pas uniquement la Hongrie qui a adopté de telles dispositions. Si justement en considérant ces minorités comme parties intégrantes de la Nation, la Hongrie a donné la nationalité aux personnes y appartenant, dans la région de l'Europe centrale et orientale, il y a déjà eu des exemples comparables même si en ce qui concerne la procédure de l'attribution de la nationalité, il y a des différences. Par exemple, la Roumaine a fait pareil avec la minorité roumaine habitant en Moldavie.

Donc il faut faire attention à l'exacte distinction : les normes internationales prévues par les traités ayant vocation à protéger les minorités et qui sont largement soutenues par la Hongrie en raison de son engagement dans cet objectif, exigent que les États qui ont ratifié ces traités prennent des responsabilités vis-à-vis des minorités qui vivent sur leur territoire national. En ce qui concerne la possibilité d'accorder, d'une manière

soutenue par les dispositions constitutionnelles, des droits à des personnes appartenant à des minorités nationales, vivant au-delà des frontières de l'État qui souhaiterait les protéger, ce n'est pas le droit européen qui doit être pris en compte, mais le droit international public : quelle peut être la compétence d'un État d'intervenir sur le territoire d'un autre État, à l'égard des citoyens de ce dernier ? Il ne s'agit pas d'une question d'identité constitutionnelle qui ne s'appliquerait, comme Marc l'a rappelé, que lorsque le même domaine est repris également en droit de l'Union. Or pour la protection des minorités, ce n'est pas le cas : même si le Traité reconnaît également la protection des personnes appartenant à des minorités comme une valeur fondamentale, il ne s'agit pas de rechercher une compétence quelconque pour l'Union européenne dans ce domaine.

Anikó Raisz : Un petit point. Justement le Préambule de la nouvelle Loi fondamentale dit que la Hongrie respecte les minorités vivant sur son territoire. Il y a un problème très actuel quant à cette disposition de la Loi fondamentale qui dit que la Hongrie protège les minorités. Une législation sur la base de cette disposition constitutionnelle prévoit une protection accrue par l'instrument du droit civil pour les communautés minoritaires.

La question est de savoir si cela peut être considéré comme contraire à la liberté de parole. Car la loi en question dit, pour simplifier, que l'on ne peut pas dire de mauvaises choses sur les minorités en Hongrie. C'est une question débattue à l'heure actuelle en Hongrie. Et là, il s'agit, par contre, en rapport avec la protection des minorités vivant, cette fois-ci, sur le territoire de la Hongrie, d'une opposition éventuelle entre une spécificité hongroise et le droit européen, à savoir la liberté de parole.

D'une manière plus générale, il faut savoir qu'en Europe centrale et orientale, la protection des minorités est une question prioritaire. Ce n'est pas facile à comprendre pour les États vivant dans d'autres contextes. La raison est historique et donc, il faut lire ces normes dans leur contexte. Comme vous l'avez dit à juste titre, je partage cette opinion là aussi, on peut rechercher l'identité constitutionnelle nationale. Même s'il s'agit d'une question très complexe.

Juste une dernière remarque : c'est justement dans notre contexte de l'Europe centrale et orientale qu'il est, par contre, très difficile de comprendre pourquoi la France a dérogé à l'application de l'article 27 du Pacte international des droits civils et politiques. Il faut vraiment bien connaître l'histoire de chacun des pays pour comprendre ces questions.

BM : C'est un débat très intéressant qu'on ne peut pas pousser trop loin ici, faute de temps. Mais je crois que c'est finalement un débat qui ne concerne probablement pas essentiellement les rapports entre l'Europe et les États, mais bien plutôt les rapports entre les États, entre eux.

Pour répondre à votre question, et c'est là qu'on a un choc culturel : en France, il n'y a pas de minorités. On ne va pas leur reconnaître des droits puisqu'en droit, elles n'existent pas. C'est un postulat. Il n'existe pas de minorités, donc on ne peut pas leur accorder des droits.

Le problème, c'est que vous êtes dans une situation totalement inverse, où, et on en parlait hier, il y a probablement une certaine artificialité des frontières qui sont le fruit de l'histoire, et où des peuples, des populations d'origines différentes sont restés, un peu par les hasards des traités, d'un côté ou de l'autre des frontières. Ce problème est donc un problème probablement propre à l'Europe centrale. Comme vous le dites, c'est un problème historique.

Mais si on le traduit sur le plan juridique, cela pose quand même un certain nombre de questions qui concernent le problème des rapports entre États, le problème de souveraineté des États. C'est-à-dire qu'en fait, chaque État estime, et c'est vrai, vous le dites pour la Roumanie ou pour la Hongrie, qu'il peut intervenir dans les affaires extérieures d'un autre État pour protéger ses minorités. C'est-à-dire qu'en fait, on considère, d'une certaine manière, que la protection des minorités ne relève pas d'abord de la compétence de l'État dans lequel ces minorités se trouvent, mais elle relève d'abord de la compétence de l'État auquel elles peuvent se rattacher. Et je crois qu'on a, là, un problème tout à fait particulier qu'il serait probablement intéressant de résoudre ; et en fait, on pourrait se demander si finalement, il ne pourrait pas y avoir une coordination européenne de ce point de vue, parce qu'on est dans un problème des relations entre États.

Mais je crois, même si c'est très satisfaisant de l'avoir soulevé ici, qu'on ne peut pas aller beaucoup plus loin à ce niveau-là, sinon à faire l'effort, comme vous l'avez dit, de se comprendre. Parce que c'est un problème qui, je crois et vous l'avez dit, est des deux côtés source d'incompréhensions. Incompréhensions car si on ne raisonne pas de manière historique, mais si on raisonne de manière uniquement juridique, comme vous le dites, vous ne comprenez pas qu'on ne puisse pas reconnaître les minorités, et nous, nous ne comprenons pas que vous alliez vous intéresser à vos minorités établies dans d'autres pays. Disons les choses clairement. On pourrait

peut-être un jour continuer le débat sur cette question-là, je crois qu'il est important de le soulever, mais on ne peut guère aller plus loin ici, me semble-t-il, sauf si vous le souhaitez.

PK : Pour continuer notre débat, je pense aussi que cette question des minorités est une question très intéressante, parce qu'elle est liée, étant donné le fait qu'elle concerne directement la problématique de définition de la communauté, à la question de l'identité constitutionnelle nationale dans la mesure où elle interroge quant à la question qui sommes-nous. Et là, justement, je voudrais continuer avec une idée que je relierais à ce que Marc a dit.

Ce que nous sommes – et je comprends cette fois-ci cette question de manière plus large, voir même philosophique, mais surtout pas uniquement sous un aspect juridique – influencera les cadres normatifs du droit constitutionnel retenus pour répondre à des questions qui sont déjà soulevées dans un contexte défini par ce que nous sommes.

Je veux dire que nous sommes dans une logique où la réponse est dans la question et parfois, la question est soulevée par la réponse. Cela peut compliquer la chose, et rend difficile la tenue de vrais débats.

Et pourtant, je voudrais ici relancer la discussion. Voici donc quelques remarques que j'ai notées durant les interventions.

D'abord, pour simplifier un peu le sens de nos échanges, je pense que lorsqu'on a cherché quelle définition donner à l'identité constitutionnelle nationale, ou plus encore comment la définir, l'histoire constitutionnelle récente de la Hongrie – et là, je fais référence aux vingt-cinq dernières années, depuis le changement de régime – est très instructive. L'élément de supra constitutionnalité que tu as mentionné, Marc, est, je crois, essentiel. Ce que la Hongrie a vécu ces dernières années, et qui est commun finalement à tous les États membres, mais là nous étions dans une période de construction d'un nouveau régime constitutionnel, comme l'a rappelé le Professeur Mathieu, en quête d'identité suite à la chute du bloc de l'Est, c'est que lorsqu'une question ou un problème se révèle par rapport à l'intégration européenne, c'est-à-dire lorsque le droit européen se heurte au droit constitutionnel, automatiquement, les dispositions constitutionnelles ont été modifiées. La réponse a donc toujours été très rapidement apportée par le pouvoir constituant. Et par ce fait, en quelque sorte, on a eu l'impression d'une perte de rigueur dans une période de transition où

la rigueur devait d'autant plus s'imposer. Ces éléments se relient et renforcent encore plus la volonté de rechercher l'identité constitutionnelle.

Je voudrais ajouter un autre élément aussi. En Hongrie, à l'époque du changement de régime, lorsque la Constitution a été modifiée, c'étaient bien entendu les dispositions les plus fondamentales qui ont fait l'objet de la révision, car ce qui était à l'ordre du jour, c'était de créer une véritable constitution capable d'encadrer le pouvoir dans son exercice. Mais la question du « qui sommes-nous ? », la définition de l'identité, n'a pas fait partie des travaux de révision. L'adoption de la Loi fondamentale corrige donc, en quelque sorte, cette erreur. Mais le sens de la révision est inverse : on peut voir que les dispositions qui concernent l'encadrement du pouvoir n'ont pas beaucoup changé, même s'il y a, bien entendu, quelques exceptions. En revanche, l'apport essentiel de la Loi fondamentale, parmi d'autres apports certes, se manifeste au travers de ces déclarations identitaires.

Des constitutions adoptées en Europe centrale et orientale suite aux changements de régime, et le Conseil de l'Europe a joué un rôle très important dans ce processus, ont été marquées, si je peux me permettre de le dire, par une importation constitutionnelle des modèles occidentaux. La Commission de Venise qui a été créée justement pour conseiller ces États lors de l'adoption de leur nouvelle constitution, au cours de cette transition démocratique, a incité les États à résoudre les équations constitutionnelles de la façon la plus simple possible, et j'utilise exprès ce parallèle mathématique, en copiant ce que les autres avaient déjà fait, en imitant des modèles existants tout en économisant le travail de réflexion qui aurait pu non seulement permettre de répondre aux exigences spécifiques locales mais également créer une expérience politique que la définition constitutionnelle des valeurs identitaires peut offrir.

Et je pourrais continuer : la jurisprudence constitutionnelle, très importante surtout au cours de sa première période car justement fondatrice, en quelque sorte, de ce nouveau régime constitutionnel comme de nombreuses études le démontrent, était largement le produit d'une importation des solutions. Outre les multiples références expresses effectuées par les arrêts, les motifs eux-mêmes citent, à maintes reprises, par exemple, les arrêts constitutionnels allemands qui ont servi de guide d'interprétation constitutionnelle pour les juges hongrois.

Il est donc évident que tout élément identitaire en droit constitutionnel hongrois manquait. Par des importations, nous ne pouvons pas créer une

identité. Je pense donc que comme nous l'avons déjà mentionné, il s'agit, et dans le cas de la Hongrie cette volonté est peut-être encore plus forte, d'une intention très prononcée des États de l'Europe centrale de pouvoir se doter enfin d'une identité constitutionnelle.

Et donc c'est cette recherche d'identité soulevant également la question de la supra constitutionalité qui caractérise la situation. Comme la jurisprudence constitutionnelle française l'a également fait remarquer, c'est dans le domaine de la supra constitutionalité que nous pouvons retrouver des éléments de l'identité constitutionnelle. Et je trouve cette idée très intéressante.

En fait, lorsqu'il s'agit de l'encadrement du pouvoir, ces parties institutionnelles ont fait l'objet de nombreuses analyses également dans cet aspect de conformité entre les droits constitutionnels nationaux et le droit européen. Il peut y avoir bien sûr des problèmes, notamment comme vous l'avez dit, concernant l'interprétation de certains droits fondamentaux, mais ces problèmes peuvent être résolus par une attention réciproque et mutuelle de la part des juges nationaux et européens. La réconciliation est donc, à mon avis, possible entre les ordres juridiques.

J'intègre aussi dans cette partie institutionnelle les grands principes de l'État de droit ou de la démocratie qui, toujours à mon avis, peuvent également être renforcés par un contrôle externe sans forcément que ce contrôle nuise aux droits constitutionnels nationaux, à condition que ces grands principes soient définis conformément au patrimoine constitutionnel commun, ce qui n'est pas facile à faire lorsque nous comptons de plus en plus d'États dans les deux Europe.

Mais c'est justement lorsqu'il s'agit de définir qui sommes-nous, et je tiens à souligner que cet élément est essentiel en droit constitutionnel, et pour la formation de l'État et pour la formation de la Nation, que nous nous retrouvons dans un domaine, et je vais terminer par là, qui est inconnu pour le droit européen qui n'a pas vraiment eu de références identitaires réelles si ce n'est ce substratum juridique neutre des droits fondamentaux et des principes constitutionnels communs qui ne crée pas, je crois que nous pouvons l'affirmer, de communauté.

Il est particulièrement, permettez-moi de le dire en toute franchise, curieux que l'intégration européenne, certes, avec un objectif, tout à fait, respectable, reprenne le droit constitutionnel pour se créer une identité

mais en même temps le neutralise en n'utilisant que les normes institutionnelles, et essaie d'y attribuer un sens identitaire.

L'exercice, autant qu'on y tient, est condamné par définition à l'échec : par des principes juridiques neutres, on ne peut pas créer d'identités, même si ces principes sont proclamés sous forme de valeurs. Par contre, les États, dotés des valeurs historiquement forgées qui font leurs spécificités et qui rendent difficiles comme nous l'avons vu la compréhension des autres et de soit, préservent ici un rôle majeur : par leur droit constitutionnel, ils peuvent se définir, affirmer cette identité, répondre à cette question de savoir qui sommes-nous pour pouvoir créer leurs communautés respectives.

Nous sommes donc dans cette problématique de la répartition, je ne dirais pas des compétences mais plutôt des tâches, entre les Europe et les États parties ou membres. Et comme nous l'avons rappelé, nous ne pouvons pas contourner cette question si nous voulons retrouver les éléments constitutifs des identités constitutionnelles nationales française, hongroise ou autre. Juridiquement parlant, le problème se pose lorsque les Europe veulent également se doter des valeurs précises et non uniquement des standards qui sont à caractère constitutionnel car une opposition se manifeste alors entre ces principes européens et les droits constitutionnels nationaux. Encore une fois, je pense qu'ici, le problème peut être résolu par les juges, mais c'est justement là où les Europe sont plutôt tacites que les droits constitutionnels nationaux jouent toujours un rôle important.

BM : Sauf que quand même l'idée du traité constitutionnel européen visait vraiment à donner une identité à l'Europe. Je crois qu'il y a profondément au sein de l'Europe – même si cela n'a pas marché pour les raisons que l'on sait – une telle capacité, et la Charte des droits fondamentaux répond à cela. La Charte de l'Union européenne, en fait, pourrait ne servir à rien, ne sert à rien. Elle ne sert à rien, sinon à répondre à un besoin d'identité de l'Union européenne, puisqu'il y avait déjà la Convention européenne des droits de l'homme. À mon avis, à un moment, la construction européenne éprouve le besoin de se donner une Charte dont encore une fois, elle n'a pas vraiment besoin parce qu'il y a la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle sont parties tous les pays qui appartiennent à l'Union européen, car elle veut se donner une identité. Et il y a ce mimétisme quand même constitutionnel fort au niveau de l'Union européenne.

MOPS : Je voudrais réagir car justement quand tu as dit cela, Peter, je n'étais pas totalement d'accord et je suis plutôt de l'avis du Professeur Mathieu concernant la Charte. D'ailleurs, le communiqué de presse rendu hier par la Cour de justice que nous avons mentionné ce matin avant le début du séminaire, est assez révélateur, pour moi en tout cas, de tous les éléments que l'on pose ici dans le débat. C'est-à-dire que quand on regarde notamment pour la Charte – j'ai amené ce communiqué – la Cour de justice exprime vraiment un souci quand elle dit qu'il faut éviter de compromettre le niveau de protection prévu par la Charte. Et pour cela, elle fait déjà barrière à la Convention. Parce qu'il faut éviter de compromettre ce niveau de protection.

Et tu as dit une autre chose qui m'a également fait penser à cela, mais je change ici un peu le cadre du débat. Quand tu disais que les importations ne permettent pas de former une identité, donc, par exemple, quand la Cour constitutionnelle hongroise a importé des éléments de la Cour fédérale allemande. En fait, je me demande si l'idée qui sous-tend cette transposition effectuée par la Cour constitutionnelle, ne serait pas de « faire plaisir » à l'Union européenne. Parce que – tu vas me dire ce que tu en penses – j'ai vraiment l'impression qu'au début, l'Union européenne, c'est l'idée de dire qu'on est unis dans la diversité. Et en fait, petit à petit, on a l'impression que les États vont essayer de se caler, parce que l'Union européenne les force aussi à le faire, les États vont s'obliger à se caler un petit peu sur les standards de l'Union européenne de façon finalement à être un peu divers mais quand même ressemblant dans une unité globale. Et je me demande si l'Union européenne n'a pas finalement pour but d'avoir un ensemble d'États qui sont carrément unis dans l'unité. Donc on passe de « unis dans la diversité » à « divers dans l'unité » pour finir à « unis dans l'unité ». Voilà, tout cela, en fait, pour demander s'il n'y a pas cette tentative des États de ressembler de plus en plus aux standards de l'Union européenne, et de s'y conformer même si ce n'est pas leur culture.

BM : Une réponse vraiment rapide, juste une minute, parce qu'on est obligés de passer au point suivant. Vous voyez même quand on organise les choses comme cela avec le plus de marges pour le débat, on est aussi pris par le temps.

PK : En une minute. D'abord, je prendrais tout de même les trente premières secondes pour répondre à cette question de la recherche de l'identité par l'Union européenne. Je suis également d'avis que l'Union

européenne cherche à se doter d'une identité. Mais je pense que d'une part, la défaite du traité constitutionnel vient aussi du fait que l'identité, comme on le disait la question « qui sommes-nous ? », nous oblige à trouver de vraies réponses pour définir ce que nous sommes. Autrement dit, pour faire vite, l'identité ne peut pas être artificielle. Je crains que dans ces tentatives de l'Union européenne, il y ait toujours un élément de distance et d'artificialité qui fait que finalement une identité aussi forte qu'au niveau national ne peut pas se construire au niveau européen. D'autre part, je pense que, juridiquement parlant, nous sommes entièrement d'accord : il y a une identité qui se forge au niveau de l'Union européenne avec la Charte des droits fondamentaux, mais c'est loin de créer encore de véritables communautés politiques. Et lorsque les Europe tentent de se construire une identité à travers ces valeurs à caractère constitutionnel, elles doivent veiller à ce que les États de l'Europe centrale aient suffisamment d'espace, pour ainsi dire, pour développer ou plus exactement pour retrouver leurs identités propres, tout en leur faisant respecter bien entendu, mais uniquement dans la mesure de ce qui est vraiment nécessaire, les standards européens.

Pour répondre vraiment rapidement à la dernière question de Marie-Odile, étant donné qu'il ne me reste plus de temps, je peux simplement dire que la situation, selon mon opinion, est beaucoup plus complexe, et elle n'est pas simplement complexe en raison des valeurs mais également en raison d'intérêts présents lors de l'articulation desdites valeurs. Je ne mentionnerai qu'un seul élément : fait partie, par exemple, de l'identité constitutionnelle hongroise, je crois profondément, cette volonté de s'approcher de l'Europe occidentale ; ainsi la volonté d'imiter, ce qui complique encore plus les choses, fait partie de l'identité. Ce n'est pas toujours pour plaire aux autres, mais c'est souvent pour se plaire qu'on transpose. Mais est-ce que cela est efficace, c'est-à-dire est-ce que cela rend les États aptes à réguler un contexte politique et social différent de celui d'où proviennent ces règles importées ?

Je crois que l'intégration a besoin des États qui sont les véritables acteurs et créateurs de cette intégration. Elle a besoin d'États forts, ce qui n'est possible que si les États restent en mesure de définir leurs identités et les Europe se soucient uniquement des standards minimums que ces États doivent respecter. Vu la délicatesse de la question, la solution réside encore une fois dans la sagesse des juges dont il y a fort besoin pour faire fonctionner le système.

BM : Je ne veux surtout pas relancer le débat parce qu'il ne nous reste vraiment pas de temps, mais quand vous parlez de cette volonté de se rattacher à l'Europe occidentale, cela démontre qu'implicitement, il existe, tout de même, une identité européenne, puisque vous la voyez, cette identité, comme étant celle de l'Europe occidentale. D'une certaine manière quand vous dites qu'elle n'existe pas, je n'irais pas aussi loin que vous...

Cela pourrait être d'ailleurs un autre débat : qu'est-ce que c'est cette identité européenne ? Je crois que c'est une véritable et bonne question. Que l'on ne s'est sûrement pas suffisamment posée parce qu'on renvoie à des termes complètement flous : la démocratie, les droits de l'Homme, etc. Cela est donc une vraie question à se poser, mais on ne peut pas la poser ici.

Nous arrivons donc directement aux mécanismes de régulation des conflits. Alors, c'est vous, Marc, qui avez pris en charge l'ensemble de cette question. Nous vous en sommes reconnaissants. Donc, on vous donne un quart d'heure. Vous pourrez le faire en un quart d'heure ?

MG : Oui, je vais essayer.

BM : Parce qu'on a encore un thème à aborder après celui-ci. Sachant qu'à l'écrit, vous pourrez être un peu plus disert.

MG : D'accord. Merci, Monsieur le Professeur.