

László TRÓCSÁNYI,

Ministre de la justice de Hongrie, Professeur des Universités

Emergence et définition du concept d'identité constitutionnelle en droit européen

J'aimerais commencer cette session par une petite note de cinéma. Certains d'entre vous auront déjà entendu parler d'István Szabó, un des plus grands réalisateurs hongrois. Son film, « Colonel Redl », qui a reçu en 1985 le prix du jury à Cannes, retrace l'histoire de l'ascension et de la chute d'un paysan ruthène au sein de l'armée impériale de François-Joseph à l'image de celle de l'Empire austro-hongrois. L'effondrement est inévitable mais, à part les spectateurs, personne ne semble le comprendre à l'écran. Redl est convaincu de l'inamovibilité de l'Empire qui puise sa source dans la personne du 'Kaiser', François-Joseph. Il pense devoir son ascension à l'Empire et, en contrepartie, renonce de son propre chef à sa famille, à ses amis et à son identité. Il n'est plus ruthène. Il est un sujet du 'Kaiser'. Sa fascination est telle qu'il perd toute faculté de jugement. L'un des points le plus fort du film est, lorsque un soldat tchèque, avant un duel qui lui est fatal, lâche écorcé *«je ne supporte pas de mener cette double vie»...*

La chute est inéluctable... Une œuvre complexe, pour une époque complexe, dans une Monarchie qui doit son effondrement en partie à sa relation difficile avec ses minorités qui la composent. Une œuvre beaucoup plus actuelle qu'elle y paraît aux premiers abords. De fait, une

œuvre éminemment actuelle puisqu'elle nous tend un miroir et nous invite à des interrogations d'ordre identitaire.

Oui, vous l'avez bien compris : je vais vous parler de l'identité nationale. Et en tant que Ministre de la Justice, professeur de droit et ancien membre de la Cour constitutionnelle hongroise, ce sujet d'actualité me passionne depuis longtemps.

Il n'y a pas mieux pour situer ce débat que de rappeler les conclusions de l'avocat général Maduro rendues dans l'affaire *Michaniki*¹. Selon Maduro, l'identité nationale et l'identité constitutionnelle se confondent : « *le respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres constitue, pour l'Union européenne, un devoir* » et il s'agit d'un outil en vue de préserver « *l'existence politique des Etats*² ».

L'articulation des spécificités du droit de l'Union et de celles de l'identité constitutionnelle des Etats membres, inscrite dans l'histoire du droit de l'Union, paraît d'une grande simplicité, mais se montre plus complexe lorsqu'elle est examinée en détails. Une complexité que le Traité de Lisbonne, ratifié en premier par la Hongrie seulement quelques jours après sa signature, ne semble pas avoir définitivement résolu.

En effet, les limites du principe de la primauté du droit de l'Union ne semblent pas être clairement définies. Comment et dans quelle mesure l'identité constitutionnelle des Etats membres peut-elle constituer une limite à la primauté du droit de l'Union ?

D'autre part, la nouvelle formulation de l'article 4, alinéa 2, du Traité sur l'Union Européenne (ancien article 6, alinéa 3) ainsi que l'article 53 de la Charte, ne sont pas exempts de points d'interrogation quant à leur mise en application pratique.

Vous l'avez deviné : je m'attèlerai ici à examiner l'interprétation du principe de la primauté du droit de l'Union, et plus spécifiquement les

1 Conclusions de l'avocat général, M. M. Poyares Maduro présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire C-213/07, *Michaniki AE contre Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki (TEVAE)*, anciennement *Pantechniki AE, Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou, Somateio*. En ligne : http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db622e8686bc5d4a17b7dfa10067852d56.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMb390?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=68940&occ=first&dir=&cid=867104

2 §31 des conclusions de l'avocat général, M. M. Poyares Maduro du 8 octobre 2008, Affaire C-213/07

limites à son caractère absolu. Quelle est donc la place et la protection données par le droit européen aux identités constitutionnelles ?

Comme point de départ, il me faut rappeler un fait connu de vous tous : les spécificités du droit de l'Union se manifestent à travers sa primauté et son effet direct.

De fait, face au droit international classique qui prime sur le droit national, le degré d'intégration du droit de l'Union dans les Etats membres est plus élevé dans l'ordre interne depuis l'émergence d'un « *nouvel ordre juridique* » tel qu'énoncé dans l'affaire *Van Gend en Loos*³.

Force est de constater que le principe de réciprocité, principe de base en droit international public, fut écarté par la Cour de justice de l'Union européenne dans la relation entre Etats membres.

Comme vous le savez, c'est dans l'arrêt *Costa contre Enel*⁴ que la Cour a conféré, au début de la construction européenne, la primauté du droit européen sur le droit national. Cette primauté s'applique à l'égard d'un « *texte interne quel qu'il soit*⁵ ».

La portée exacte de la formule large employée dans l'arrêt *Costa contre Enel* fut confirmée et clarifiée, par la Cour, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970, qui précise que la primauté vaut également au regard des constitutions nationales « *en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, [...] 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* ⁶ ». La primauté du droit de l'Union sur les textes nationaux d'ordre constitutionnel a été également confirmée dans l'arrêt *Melloni* de 2013⁷.

En outre, la primauté du droit de l'Union se manifeste aussi à l'aide du principe de coopération loyale.

3 CJUE, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise, 5 février 1963, C-26/62.

4 CJUE, Flaminio Costa contre E.N.E.L., 15 juillet 1964, C-6/64.

5 « *Attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même* »;

6 CJUE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70.

7 CJUE, 26 février 2013, Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal, C-399/11.

En vertu de ce principe, consacré à l'article 4, alinéa 3, du Traité sur l'Union européenne, les Etats membres doivent jusqu'à abroger la norme nationale incompatible avec le droit de l'Union et la laisser inappliquée⁸.

Si l'on se situait dans le cadre d'un rapport classique de droit international public, la Cour se limiterait à affirmer la primauté et laisserait aux Etats membres toute liberté pour en tirer les effets dans leur sphère interne, au risque éventuel de mettre en jeu leur responsabilité internationale, en cas de violation de la norme internationale. Ce n'est pas le cas en droit de l'Union. Cette liberté est restreinte compte tenu de l'obligation de coopération loyale.

Cette obligation s'impose à toutes les autorités nationales, y compris les autorités locales ou régionales, et tout particulièrement au juge national. C'est ce que nous apprend l'arrêt *Simmenthal*⁹. La Cour est ainsi en droit d'imposer au juge national de suspendre l'application d'une législation nationale dont l'incompatibilité avec le droit de l'Union a été alléguée jusqu'à ce qu'un jugement sur le fond ne soit rendu.

Cependant, on constate que les Etats membres n'ont pas souhaité inscrire le principe de la primauté du droit de l'Union dans les Traités européens, nonobstant une construction prétorienne constante. Une telle réticence n'est, à mon avis, nullement à sous-estimer.

Ce n'est qu'en marge des Traités, que la primauté du droit de l'Union apparaît également. La déclaration No 17, annexée au Traité de Lisbonne, rappelle, que « *selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit national, dans les conditions définies par ladite jurisprudence*¹⁰ ».

Nous ne pouvons nier que la construction prétorienne a prévu un champ extrêmement large à la primauté du droit de l'Union. Ceci étant, contrairement aux apparences, cette supériorité, non prévue par les Traités, n'est pas absolue et trouve ses limites précisément dans les

8 « *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.* »

9 CJUE, 9 mars 1978, Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal, C-106/77.

10 Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - DÉCLARATIONS annexées à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 - A. DÉCLARATIONS RELATIVES À DES DISPOSITIONS DES TRAITÉS - 17. Déclaration relative à la primauté

Traités en particulier à l'article 4, alinéa 2, du Traité sur l'Union Européenne¹¹ ou à l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux¹².

La construction prétorienne de la primauté du droit de l'Union s'est en effet heurtée à la résistance, ou si vous voulez, à la réticence de certaines Cours constitutionnelles.

En ce qui concerne la question de la primauté du droit de l'Union sur la Constitution française du 4 octobre 1958, il est évident, à la lumière de la jurisprudence du conseil constitutionnel, que ce dernier donne toute sa place au droit de l'Union mais en fondant sa primauté sur la Constitution, et non sur quelque vertu propre à cet ordre. Les décisions de 2004 et 2007 du conseil constitutionnel¹³ ont par ailleurs clairement affirmé que la primauté ne vaut pas à l'égard de la Constitution française et que la Constitution française reste « *au sommet de l'ordre juridique interne.* »

Les mêmes solutions valent pour l'Allemagne et l'Italie. Les Cours constitutionnelles allemandes et italiennes, tout en acceptant, la primauté du droit de l'Union à l'égard du droit infra-constitutionnel, refusent de reconnaître la primauté en ce qui concerne leur Constitution dans les affaires *Solange I* (1974), *Solange II* (1986) et *Solange III* (2000) et les arrêts *Frantini* et *Fragd*.

A mon sens, la tension entre la construction prétorienne et certaines cours constitutionnelles découle du cadre juridique de l'Union aux contours incertains.

11 Article 4, alinéa 2, du Traité sur l'Union Européenne « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.* »

12 Article 53 Charte des droits fondamentaux- Niveau de protection « *Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres.* »

13 Décisions du Conseil constitutionnel n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 et n°2007-560 DC du 20 décembre 2007

En tant qu'élément inhérent à la souveraineté nationale, la Constitution est toujours liée à un Etat donné. Et personne n'est sans ignorer que l'Union européenne n'est pas dotée d'une Constitution malgré l'effort prétorien de désigner les Traités en tant que tel !

Le Traité fut ainsi désigné «*Charte constitutionnelle*» dans l'arrêt *Les Verts contre Le Parlement européen* de 1986¹⁴. Certes, une tentative de constitutionnalisation a eu lieu, au début des années 2000, mais a connu un échec lors des référendums français et hollandais, en 2005. Deux Etats membres de longue date étaient réticents alors à la constitutionnalisation et au renforcement de l'identité européenne. Et l'effort de constitutionnalisation au niveau de l'Union n'est pas à l'ordre du jour... du moins pour le moment.

Par voie de conséquence, les Traités eux-mêmes ne se désignent pas en tant que source suprême. La légitimité de l'Union découle, au contraire, des Etats et des citoyens (articles 1^{er}, 5, 6, 9, 20 ou 25 du Traité sur l'Union Européenne). Nous pourrions dire en d'autres termes, que l'Union européenne représente une union d'Etats et de citoyens dans laquelle les compétences ne découlent pas des Traités mais ont été déléguées par les Etats membres... délégation codifiée dans les Traités. Et cette délégation de compétences n'est pas gravée dans le marbre ! Les Etats membres restent les maîtres des Traités et détiennent la compétence des compétences, c'est-à-dire la révision des traités à l'unanimité.

Donc, l'absence de codification de l'arrêt *Costa contre Enel* pourrait être considérée à juste titre, comme un signe de la volonté des Etats membres de ne pas élever le principe de primauté du droit de l'Union au rang des Traités (contrairement à l'article I-6 du traité constitutionnel). Il est d'autant plus intéressant de remarquer cette absence que d'autres arrêts de principe de la Cour ont, eux, connu le sort de codification dans les Traités.

A titre d'exemple, il convient de citer les jurisprudences AETR¹⁵ ou «open skies» qui furent intégrées à l'article 3, alinéa 2, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne au sujet des compétences externes de l'Union européenne.

14 CJUE, 23 avril 1986, Parti écologiste «Les Verts» contre Parlement européen, C-294/83.

15 CJUE, 31 mars 1971, Accord européen sur les transports routiers, C-22/70.

De plus, l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux prévoit que la Charte ne peut pas limiter les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnus, entre autres, par les constitutions des Etats membres.

Toutefois, la pierre angulaire de la question de l'identité constitutionnelle reste, bien entendu, constituée par l'article 4, alinéa 2, du Traité sur l'Union Européenne. Cette disposition exige que les Etats membres voient « *leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* » respectée par l'Union européenne.

Cette formulation est issue de la fusion de l'article F, paragraphe 1, du Traité de Maastricht, et de l'article I-5 du traité constitutionnel avorté. Elle n'est pas totalement claire mais est généralement comprise comme garantissant le respect de l'identité constitutionnelle interne.

Le message de l'Union européenne est donc à double tranchant: d'une part, la Constitution nationale figure comme un acte parmi les nombreuses normes nationales; d'autre part, le respect de l'identité nationale des Etats membres, ainsi que des traditions constitutionnelles communes, constitue un élément essentiel de la coopération européenne des Etats.

On est bel et bien en présence d'une certaine tension: d'une part, la Cour attache une importance accrue au principe de la primauté du droit de l'Union, ou à l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union, telle que mise en avant dans l'arrêt *Melloni* ; d'autre part, les Etats membres restent attachés à leur «*identité constitutionnelle*» à géométrie variable. Tandis qu'en Allemagne, la qualité étatique constitue la ligne rouge (y compris les droits fondamentaux, le principe de l'Etat de droit, l'exigence de l'Etat social et le principe du fédéralisme) selon l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale allemande ; en France, outre la fameuse devise de 'liberté, égalité et fraternité', font également partie de l'identité constitutionnelle, les principes de la laïcité, de la solidarité, de l'indivisibilité de l'Etat et de la protection de la langue française.

Permettez-moi de citer un exemple d'une telle contradiction : par une décision du 15 décembre 2015, rendue dans le contexte du mandat d'arrêt européen, la Cour constitutionnelle allemande impose la protection du droit à la dignité à primer sur le principe de confiance mutuelle mis en avant dans l'arrêt *Melloni* en vue d'assurer la primauté et l'application uniforme du droit de l'Union.

Aujourd'hui, la question identitaire occupe une place de plus en plus prépondérante sur la scène publique. Nous le verrons cet après-midi, la crise migratoire appelle de grandes questions qui renvoient directement à des éléments constitutifs de l'identité nationale. Non seulement l'actualité politique nationale dans plusieurs Etats membres mais aussi la crise que vit actuellement l'Europe nous montrent qu'il est urgent de trouver une solution, un équilibre au niveau européen afin de protéger effectivement l'identité nationale.