

Contribution au
VIIe CONGRES de l'AFDC
Atelier 1 : Constitution et Europe

Responsables : *Professeurs Anne Levade, Stéphane Pierré-Caps et Bernard Cubertafond*

**LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS FACE AU DROIT COMMUNAUTAIRE,
L'UNION DANS LA DIVERSITE DE L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE
EUROPEENNE**

Hilème KOMBILA,

*Allocataire de recherche - monitrice à l'Université de Paris XII. Doctorante en droit public
au CERCO.*

« *L'identité constitue une sorte de bouclage indissoluble entre similitude/inclusion et différence/exclusion* »¹. A la lumière de cette citation l'identité est la reconnaissance de ce que l'on est, par soi-même ou par les autres. Interne au sujet, elle est également en interaction avec l'extérieur. C'est un système dynamique à la fois processus et structure qui, bien qu'en construction permanente, demeure une organisation stable. Au demeurant, ce système apparaît comme une unité paradoxale car évolutive qui assure à la fois l'identique et le différent. En d'autres termes, l'identité pourrait être une union du similaire, en perpétuelle construction inclusive ou exclusive de la diversité du différent. Bien que cette définition nous éclaire, il est important de la préciser pour entrer dans le vif de notre sujet : l'union dans la diversité des identités constitutionnelles nationales illustrée par l'étude des principes constitutionnels face au droit communautaire.

Il est convenu d'admettre que l'identité nationale repose sur des éléments objectifs tels que la langue, la religion, la culture, le groupe ethnique et des éléments subjectifs tels que le sentiment d'appartenance. Ainsi, au delà de sa variabilité objective, ce qui détermine l'identité collective c'est cette conscience d'appartenir à un groupe porteur de valeur, de croyances, d'idéaux qui permettent de concrétiser des objectifs. Le groupe, qui façonne et détient cette identité, se structure autour d'une norme qui régule les conduites et qui maintient la cohésion et l'unité. Pour reprendre l'idée d'Aristote dans son ouvrage *Politique*, c'est cette fonction morale de la norme qui permet aux hommes de bien vivre ensemble au-delà de la simple satisfaction des besoins et de la défense contre autrui. C'est donc la force instituante du droit qui permet de caractériser une société politique comme la Cité par rapport aux autres conventions d'utilité commune. Hors, à l'époque de l'Etat-nation, société politique particulière issue des sociétés politiques préexistantes, la norme de cohésion, le vivre ensemble institutionnalisé, se matérialise dans la norme constitutionnelle.

Cette Loi Fondamentale peut se définir comme l'assurance de la garantie des droits et la détermination de la séparation des pouvoirs dans la société². En ce sens, la constitution, qui révèle l'identité nationale, ne constitue pas l'identité collective. Cependant, en la matérialisant et en la garantissant, elle participe au renforcement de sa construction. Comme le relève justement Dominique Rousseau concernant la France, « *ce qui transforme une myriade de peuples en peuple français, c'est la Déclaration de 1789, qui, en nommant le peuple français, le fait exister et créé, d'un même mouvement, le concept juridique par lequel il se perçoit et est perçu donnant progressivement à cette création juridique la sensation étrange d'être le*

¹ E. MORIN, *La Méthode 2. La vie de la vie*, Seuil, Paris 1980, p. 271.

² Article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

reflet d'une chose qu'elle a produite en réalité ». Le peuple est en fait l'horizon, le projet et la résultante du processus constituant. Par ce mouvement, « *des individus, étrangers les uns aux autres, prennent conscience qu'ils forment une société par la multiplication des discussions, des débats et confrontation sur l'ordre politique désirable, sur l'imaginaire collectif que la Constitution met en forme* »³. Pour analyser le lien constitutionnel qui unit l'identité collective et l'identité nationale, on peut se référer à la notion de système. En effet, comme le mouvement décrit par Dominique Rousseau, un système est caractérisé par les éléments qui le compose, la nature des interactions entre ces éléments et par la dynamique non linéaire de son développement. Cet empreint terminologique aux sciences dites « dures » nous permet de dépasser l'imprécision apparente de la notion d'identité constitutionnelle nationale. Pour se détacher du sentiment d'inquiétude et du risque de retour au nationalisme qu'elle véhiculerait⁴, on peut dire que l'identité constitutionnelle nationale est comparable à un système au sein duquel l'identité collective structure la constitution et la constitution structure l'identité nationale.

Dans le cadre de la construction communautaire, l'identité nationale est influencée par la situation d'Etat membre au sein d'un ordre juridique supra national. Ce processus d'intégration de l'Etat nation européen dépasse désormais la sphère économique et le concept de marché. Le droit de l'Union est progressivement devenu celui des personnes. Ce faisant, il s'attache à développer les droits économiques et sociaux et à construire un statut de citoyen européen⁵ tout en respectant les libertés fondamentales de la personne humaine⁶. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Parlement européen, le Conseil et la Commission lors du Conseil européen de Nice en décembre 2000⁷ illustre le fait que les règles communautaires prennent de plus en plus en compte la personne. Ce dépassement des considérations exclusivement mercantiles pour construire une entreprise commune et citoyenne n'est pas seulement symbolique. L'objectif immédiat d'établissement d'un marché commun que réalise le droit communautaire se complète d'une volonté de développer un sentiment d'identité et de destinée commune chez les citoyens européens⁸. Ce droit communautaire, repris par le droit de l'Union, est entendu comme l'ensemble des règles qui interviennent au sein du système juridique communautaire⁹. Au regard du refus, exprimé par référendum, contre le projet de Constitution pour l'Europe, l'identité constitutionnelle européenne semble encore être un système en gestation au sein même du système juridique communautaire. Cependant, au regard de l'avènement d'une identité et d'un système juridique propre à l'Union européenne, on peut s'interroger sur la place de l'identité constitutionnelle nationale dans la dynamique juridique que constitue la construction communautaire.

³ D. ROUSSEAU, Le droit constitutionnel en débat, *Revue du droit public*, n°3-2008, p. 729.

⁴ A titre d'exemple, le commentaire de F. ROLIN relatif à la décision du 27 juillet 2007 rendue par le Conseil constitutionnel, sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : *une inquiétante décision du Conseil constitutionnel*, blog de Frédéric ROLIN.

⁵ Voir les dispositions insérées dans la deuxième partie du traité intitulée « *La citoyenneté de l'Union* ».

⁶ Voir notamment l'article 6 TUE.

⁷ Le Conseil européen de Nice a eu lieu du 7 au 11 décembre 2000 et le texte est publié au *JOCE*, n°C 364 du 18 décembre 2000.

⁸ M. DONY, « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la CJCE », in *Union européenne et nationalités, Le principe de non discrimination et ses limites*, E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), Bruylant, 1999.

⁹ L'ordre juridique correspond à l'ensemble des règles juridiques qui gouvernent une entité juridique. Le système juridique est quand à lui composé de l'ordre juridique et des institutions qui permettent l'application de l'ensemble de ces normes.

Dans le but de préserver en intégrant l'Etat-nation, l'article 6 TUE¹⁰ pose le principe du respect des valeurs constitutionnelles nationales par l'Union. Selon le premier paragraphe, « *l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres* ». Ensuite, cet article indique les moyens de prévention des conflits avec les dites valeurs, notamment en ancrant les fondements constitutionnels de l'Union dans les principes constitutionnels communs aux États membres. Ainsi, l'article 6 § 2 dispose que « *l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* ». Par cette disposition, les Etats-nations se sont protégés contre toute menace et ont transféré le soin de protéger les valeurs constitutionnelles dans le champ du droit communautaire à la Cour de justice. C'est cette « *identité systémique européenne* »¹¹ qui garantit qu'il ne soit pas attenté aux principes constitutionnels, porteurs des valeurs et de l'identité constitutionnelle nationale, dans le cadre du droit communautaire. En revanche, les constitutions nationales ne peuvent plus, en principe, être utilisés comme normes de référence du contrôle de la légalité des actes communautaires. Dans ce cas, l'application d'actes communautaires pourrait être l'objet de dérogations dans un État membre et non dans un autre et s'opposer à l'application uniforme du droit communautaire. Pour reprendre les termes de l'Avocat général M. Poiares Maduro, « *si les constitutions nationales pouvaient être invoquées pour imposer une application sélective et discriminatoire des normes communautaires sur le territoire de l'Union, paradoxalement la conformité de l'ordre juridique communautaire aux traditions constitutionnelles communes des États membres en serait altérée* »¹².

Le droit communautaire ayant ainsi intégré les principes constitutionnels des États membres, les constitutions nationales doivent respecter l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire dans son champ d'application. Cependant, cela ne signifie pas, d'une part, que le principe de primauté du droit communautaire ne puisse trouver exception. En effet, les principes constitutionnels peuvent, de part leur reconnaissance au niveau communautaire, servir de base à « *un intérêt légitime de nature à justifier une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire* »¹³. D'autre part, il serait absurde de croire que les juridictions nationales ne jouent aucun rôle dans l'interprétation à donner des principes constitutionnels intégrés à l'ordre juridique communautaire. Il est au contraire inhérent à la nature même de l'Union et de ses valeurs constitutionnelles, en tant que valeurs constitutionnelles communes aux États membres, qu'elles doivent être précisées et développées par la Cour en dialogue permanent avec les juges nationaux, notamment ceux qui sont chargés de l'interprétation et du contrôle du respect des constitutions nationales.

¹⁰ Ce principe de respect de l'identité nationale est reformulé dans le traité établissant une constitution pour l'Europe avec l'article I-5 : « L'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, 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'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité intérieure ». On peut noter le lien évident entre ce principe et celui de la primauté du droit communautaire. En effet, l'article I-6 précise juste après que « La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres ».

¹¹ Conclusions de l'Avocat général M. Poiares Maduro relatives à l'affaire C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, 21 mai 2008, non encore pub.

¹² Ibid

¹³ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C 36/02, Rec. p. I-9606.

Depuis la jurisprudence dite « de l'été 2004 », le Conseil constitutionnel admet qu'il « ne pourrait faire obstacle à cette exigence » de primauté en vertu de l'article 88-1. Dans sa décision du 30 novembre 2006¹⁴, il précise « que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Parallèlement à ce contrôle de constitutionnalité réduit aux fondamentaux de l'identité constitutionnelle nationale, le Conseil d'Etat affirme qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe à valeur constitutionnelle par un décret visant la transposition d'une directive communautaire, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui garantit le respect du principe constitutionnel invoqué. Si c'est le cas, « il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire »¹⁵. En cas de difficultés sérieuses, le juge administratif peut se tourner vers les juges de Luxembourg pour un éclairage relatif à l'interprétation du droit communautaire.

Les juridictions françaises cherchent à assurer la protection de la Constitution et de ses principes fondamentaux dans l'ordre juridique interne sans attenter à l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire. Cette « revendication concurrente de souveraineté juridique est la manifestation même du pluralisme juridique qui marque l'originalité du processus d'intégration européenne. »¹⁶ Ce constat est la résultante d'un mouvement en deux temps : d'une part l'émergence d'une identité constitutionnelle de l'Union à partir des traditions constitutionnelles des États membres et ensuite l'affirmation de cette identité constitutionnelle au regard de l'identité constitutionnelle des États membres. En d'autres termes, il se dessine une intégration des principes constitutionnels au niveau de l'Union européenne qui laisse plus ou moins place aux exceptions. Ainsi, les principes constitutionnels nationaux sont « communautarisés » mais cette convergence est respectueuse du particularisme de l'identité constitutionnelle nationale comme le souligne le Conseil constitutionnel. L'émergence de « l'identité constitutionnelle de la France » dans sa jurisprudence dit quelque chose de plus : la logique de convergence des principes généraux du droit communautaire, issus des traditions constitutionnelles communes, est confrontée à une logique de divergence, qui renvoie aux principes fondamentaux propres à chaque ordre constitutionnel et constitue une exception à la primauté des principes constitutionnels « communautarisés ». Cette jurisprudence pose le problème non seulement de l'articulation entre les normes constitutionnelles et communautaires, mais met aussi en relief celui de l'articulation entre l'Etat-nation et la construction communautaire en devenir. La référence à l'identité constitutionnelle nationale correspond à une interprétation dérogatoire de la clause d'identité nationale prévue à l'article 6 § 3 TUE. Cette vision dérogatoire de l'identité constitutionnelle est la manifestation d'une tendance protectrice des États face à l'intégration communautaire. Elle reflète également les carences du projet européen et, tout particulièrement, son incapacité à créer une conscience de soi, point de départ au processus d'identification et à la reconnaissance d'une identité constitutionnelle européenne.

¹⁴ Décision du Conseil constitutionnel n°2006-543 du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

¹⁵ CE Ass. 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique, *A.J.D.A.* 2007, pp.577 avec la note de F. LENICA et J. BOUCHER.

¹⁶ Conclusions de l'Avocat général M. P. MADURO relatives à l'affaire C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, 21 mai 2008, non encore pub.

La convergence des concepts juridiques qui fondent le droit constitutionnel des États membres de l'Union européenne permet l'émergence d'une union des principes constitutionnels qui laisse place à la diversité. Mais jusqu'où peut aller cette multiplicité des identités constitutionnelles nationales et dans quelle mesure le droit communautaire encadre les identités constitutionnelles nationales qui divergent de l'identité constitutionnelle européenne en construction ? Le problème est de savoir si le droit communautaire peut obliger un État membre à modifier son identité constitutionnelle. Pour répondre à cette question, nous analyserons les moyens juridiques de défense de l'identité constitutionnelle de l'État (II) qui est confrontée au processus de communautarisation des principes constitutionnels et à l'émergence d'une identité constitutionnelle européenne (I).

I. Les principes constitutionnels comme fondations et piliers de l'identité constitutionnelle européenne

La reprise des principes constitutionnels en droit communautaire permet de construire l'identité constitutionnelle européenne. Dans un premier temps, on peut observer que les valeurs constitutionnelles communes représentent le socle de l'identité constitutionnelle européenne. Dans ce chantier identitaire européen, l'identité de l'Union, première pierre de l'édifice, est le résultat d'une intégration communautaire des principes constitutionnels issus et à destination des États membres. Cette identité apparaît comme une œuvre en construction permanente dont le mouvement est parallèle à celui de la mise en place de l'union politique. C'est une identité interactive du point de vue des rapports entre les ordres juridiques qui est d'abord taillée dans la pierre économique pour ensuite devenir politique (A). Il semble plausible, dans un second temps, que si les principes constitutionnels constituent les fondations de l'identité européenne, jusque dans sa dimension politique, ils se retrouvent également dans l'étude des piliers de la construction de l'identité constitutionnelle européenne. Ainsi c'est la reconnaissance du caractère originellement constitutionnel de ce qu'est l'Union européenne, par elle-même ou par les autres, qui préfigure l'institutionnalisation du vivre ensemble européen. En d'autres termes, c'est le basculement dans le champ politique de la construction européenne qui présuppose la structuration de l'identité constitutionnelle européenne autour des principes constitutionnels nationaux (B).

A. Les principes constitutionnels, base de l'identité collective européenne

Les principes et droits constitutionnels nationaux constituent, en tant que source des principes généraux du droit communautaire, un fondement essentiel de l'identité commune européenne émergente. L'exemple des principes de proportionnalité et de non-discrimination nous permet de constater cette force de pénétration des principes constitutionnels en droit communautaire et d'illustrer le mouvement d'harmonisation des valeurs constitutionnelles au sein de l'ordre juridique communautaire.

1. Intégration des principes constitutionnels nationaux

On ne peut nier le rôle de la notion germanique de proportionnalité dans la reconnaissance communautaire de ce principe mais il faut également relever l'influence des différentes conceptions européennes relative au contrôle du respect de la proportionnalité dans l'application actuelle du principe communautaire.

Le principe de proportionnalité est né en Allemagne puis s'est exporté dans les systèmes juridiques germaniques et européens. La Cour de justice des Communautés européennes et la

Cour européenne des droits de l'homme ont ensuite influencé les juridictions et la doctrine vers une reconnaissance du principe de proportionnalité en droit interne. Michel Fromont remarque que le principe de proportionnalité trouve une application dans la jurisprudence administrative prussienne dès la fin du dix-neuvième siècle. Il encadre alors l'exercice des pouvoirs de police. Selon la doctrine allemande du début du siècle, « *en raison de son fondement dans le droit naturel, l'exigence de proportionnalité de la réaction demeure valable et détermine l'ampleur de la manifestation de la force qui doit être considérée comme admissible* »¹⁷. La loi fondamentale allemande de 1949 étend l'obligation du respect du principe de proportionnalité à l'ensemble de l'administration ainsi qu'au législateur. Le principe a désormais valeur constitutionnelle et « *se réfère au rapport entre le but et les moyens. Une mesure qui est mise en œuvre en vue d'atteindre un but déterminé doit obligatoirement être conforme à une certaine proportionnalité au sens large du terme, c'est à dire qu'elle doit être appropriée, nécessaire et demeurer dans de justes proportions par rapport à son but.* »¹⁸ Dans un premier temps, la Cour européenne du charbon et de l'acier contrôle l'activité des autorités communautaires à la lumière de la conception germanique du principe de proportionnalité. Ainsi, en 1957 il est fait obligation à la Haute Autorité d'agir dans l'intérêt commun.¹⁹ Par la suite, la Cour fait application de l'article 40 paragraphe 3 du traité instituant la Communauté économique européenne²⁰. Selon cette disposition, la politique agricole commune « *peut comporter toutes les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs définis à l'article 39* »²¹. En 1979, la Cour utilise le principe dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* et souligne que les cautionnements nécessaires à l'attribution de certificats d'importation et d'exportation sont « *un moyen à la fois nécessaire et approprié* » pour permettre aux autorités compétentes de guider leur action sur le marché des céréales. Ils ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux. L'Avocat général Duteheillet de Lamothe précisait que si l'individu bénéficie d'un droit fondamental, sa liberté d'agir ne peut être touchée « *que dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ». La Cour recherche si la disposition communautaire contestée est « *appropriée en vue d'assurer le fonctionnement normal de l'organisation du marché des céréales, dans l'intérêt général tel que défini par l'article 39 du traité* »²² Pour en faire un principe général du droit communautaire, la Cour se fonde en 1975 sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour dégage le principe général de proportionnalité d'une interprétation des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention et de l'article 2 du protocole n°4 « *qui disposent en termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins dans une société démocratique* »²³. Inséré en 1992 dans le traité CE par le traité de Maastricht²⁴ ce principe général du droit communautaire correspond à la règle en vertu de laquelle l'action de la Communauté ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'Union « *étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient*

¹⁷ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3e éd. 1925, t. I, p. 222, cité par M. FROMONT, préc., p. 157.

¹⁸ H. MAURER, *droit administratif allemand*, LGDJ, 1995, p. 272, cité par M. FROMONT, préc., p. 157.

¹⁹ CJCE, 15 juillet et 29 novembre 1957, *Fédération charbonnière de Belgique*, aff. 8/55, Rec. p. 199.

²⁰ CEE qui correspond à la Communauté européenne et aujourd'hui à l'Union européenne.

²¹ Il s'agit notamment d'accroître la productivité, assurer le niveau des agriculteurs, stabiliser les marchés, garantir la sécurité des approvisionnements, assurer des prix raisonnables pour les consommateurs.

²² CJCE, 17 décembre 1979, *Internationale Handelsgesellschaft c/ Einfuhr-und-Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

²³ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, Rec., p. 1219.

²⁴ L'article 3B reprend le principe de spécialité et consacre le principe de subsidiarité à l'alinéa 2. Voir notamment CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés. »²⁵ Le rapprochement du principe communautaire de proportionnalité avec le modèle allemand d'examen en trois étapes trouve son illustration en 1989 dans l'arrêt *Schröder*²⁶ mais n'a jamais réussi à s'imposer de manière définitive. Le juge communautaire fait statistiquement plus référence à un contrôle de proportionnalité « réduit » qui se rapprocherait d'un contrôle des avantages et des inconvénients tel qu'il s'opère en droit français²⁷. La Cour borne son contrôle, à partir du moment où ne sont pas en cause des classifications suspectes, à la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation commise dans les choix législatifs opérés. Cette limitation du contrôle juridictionnel s'observe y compris lorsqu'il s'agit de vérifier la compatibilité de la mesure prise avec les principes généraux du droit communautaire et, en particulier, avec le principe de non-discrimination.

Comme pour le principe de proportionnalité, les multiples constructions jurisprudentielles nationales relatives à la notion de non-discrimination ont une influence certaine sur la conception communautaire du principe. En effet, comme le démontre Remy Hernu²⁸, le concept anglo-saxon de non-discrimination est cité expressément par les avocats généraux et l'analyse de la jurisprudence allemande permet d'établir un parallèle avec la jurisprudence communautaire. Le Conseil d'Etat est quant à lui à l'origine du raisonnement de la Cour de justice de façon variable selon les époques.

Tout d'abord, la conception anglo-saxonne du principe de non-discrimination fait de l'interdiction de la discrimination une notion relative qui dépend de l'étendue du contrôle du juge. Cette conception permet de ne pas fournir une définition abstraite de l'égalité. La discrimination n'est qu'une qualification juridique qui dépend de la situation de fait soumise au juge. Les avocats généraux n'ont pas manqué de se référer, dans leurs conclusions, aux décisions des juridictions anglaises et américaines²⁹. Cette conception met en place deux types de contrôles. Un contrôle restreint qui correspond à une appréciation du fondement raisonnable de la législation et évalue l'intention discriminatoire du législateur. Dans ce cas, la charge de la preuve de la discrimination pèse sur le requérant. A l'inverse, le juge opère un contrôle maximum quand la mesure repose sur un critère suspect de catégorisation ou quand il existe un risque d'atteinte aux intérêts fondamentaux des individus. D'autre part, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande inspire la jurisprudence communautaire. En effet, il s'agit de rechercher un équilibre entre une conception abstraite de l'égalité et la possibilité de qualifier concrètement différentes situations de discriminations. Pour la Cour constitutionnelle allemande, la non-discrimination est matérielle. Ainsi, ce qui est égal doit être traité également, ce qui est inégal conformément à sa singularité. Enfin, la jurisprudence du Conseil d'Etat français a influencé les premiers arrêts de la Cour jusque dans les années soixante. Par exemple, en 1958, l'Avocat général Lagrange se réfère expressément à un arrêt du Conseil d'Etat du 22 mai 1950, *Société des ciments français*³⁰. Pourtant, l'apport de la jurisprudence administrative française se réduit peu à peu. En effet, l'émergence

²⁵ CJCE, 5 mai 1998, *Royaume Uni de Grande Bretagne et Irlande du Nord c/ Commission*, aff. C-180/96, Rec. P. I-2265, § 96.

²⁶ CJCE, 11 juillet 1989, *Schröder*, aff. C-265/87, Rec. p. 2237.

²⁷ Voir en ce sens l'analyse de Diana-Urania Galetta, *Droit administratif européen*, p. 357 à 375, non encore publié.

²⁸ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003, p 274 et s.

²⁹ Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général Warner sous CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins c/ kingsgate Ltd*, aff 96/80, Rec. p. 936-937.

³⁰ CJCE, 21 juin 1958, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges / Haute autorité*, aff. 8/57, Rec. p. 223.

de la conception matérielle de la non-discrimination soutenue par la Cour de justice se heurte au modèle d'égalité abstraite utilisé par le Conseil d'Etat.

Les principes constitutionnels nationaux sont repris et utilisés par les institutions communautaires. Dans ce mouvement, l'interprétation de la Cour de justice et l'influence des concepts nationaux, est notable. De temps en temps, les avocats généraux ont joué un rôle spécial pour la formation du droit communautaire. En présentant quelques idées et structures de leur droit national dans leurs conclusions, ils ont influencé le développement des principes généraux. La jurisprudence communautaire s'éloigne parfois de la conception nationale d'origine en s'enrichissant d'autres influences constitutionnelles dans le but de s'adapter au cadre commun. Cette reconstruction juridique des valeurs constitutionnelles communes aux Etats membres en principes généraux du droit communautaire trouve son accomplissement dans l'application effective du droit de l'Union.

2. Application des principes généraux du droit communautaire

Les principes généraux du droit communautaire font partie de la légalité communautaire et occupent un rang supérieur à celui des actes de droit dérivé tels que les règlements, les directives et les décisions. La responsabilité de la Communauté peut être engagée s'ils sont transgressés par une institution. La Cour de justice fait preuve d'une vigilance particulière à l'égard des principes généraux. Elle veille à une application qui tient compte de la préservation des objectifs communautaires pour ceux d'entre eux qui consacrent des droits fondamentaux de la personne.

Cette prise en compte du respect des objectifs communautaire entraîne d'abord le fait qu'il apparaît « *légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas portée atteinte à la substance de ces droits* »³¹. Dans un premier temps, la Cour de justice privilégie la défense de l'intégration économique et des libertés fondamentales face aux droits fondamentaux. Sous la pression des juridictions suprêmes des Etats membres et avec la construction de l'union politique, cette jurisprudence a évolué dans le sens d'une moindre prédominance des considérations économiques. Aujourd'hui, et tel qu'il ressort de l'arrêt *Schmidberger*, le droit communautaire doit être véritablement concilié avec les droits fondamentaux dont le respect est un objectif communautaire au même titre que les libertés fondamentales. Ainsi, des mesures incompatibles avec le respect des droits fondamentaux ne sauraient être admises dans l'ordre juridique communautaire car « *la protection des dits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations fondamentales imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises* »³². La Cour effectue alors une confrontation directe entre droits fondamentaux et libertés fondamentales dans le but de concilier la protection due à chacun à l'aide du principe de proportionnalité. Il s'agit de « *mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard aux circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts* »³³. Cette jurisprudence, qui fait évoluer le contrôle de proportionnalité vers un ajustement plus favorable à la prise en compte des droits fondamentaux, est confirmée en 2004 par l'arrêt *Omega*³⁴. Dans cette affaire, la Cour est confrontée à une mesure prise par la

³¹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1128.

³² CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. 112/00, Rec. p. I-5659.

³³ *Ibid*, point 81.

³⁴ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C 36/02, Rec. p. I-9606.

ville de Bonn qui met en cause le respect des libertés fondamentales prévues par le traité CE en interdisant une activité considérée comme contraire au respect de la dignité humaine, et donc à la Loi fondamentale allemande. La Cour constate, en se référant aux « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », que « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit ». Elle en conclut que le respect de la dignité humaine constitue « un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale telle que la libre prestation de services ». Enfin, la Cour respecte l'identité constitutionnelle de l'Etat membre en admettant qu'il « n'est pas indispensable que la mesure édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause ». En d'autres termes, la conception particulièrement large de la dignité humaine, véhiculée par la Constitution et découlant de l'identité collective et nationale allemande, peut conduire cet Etat membre à interdire une activité de services, au détriment de l'application uniforme du droit communautaire. Cette jurisprudence peut apparaître comme l'affirmation d'un principe de respect de l'identité constitutionnelle nationale dont l'application serait fonction, pour le juge, de celle du principe de proportionnalité apprécié à l'aune de la variabilité des objectifs de l'Union européenne³⁵.

Cette présentation des exceptions à l'application des principes généraux du droit communautaire nous permet de faire le constat de la mutation des objectifs de l'Union et de leur réalisation. Le « vivre ensemble institutionnalisé » au niveau de l'ordre juridique communautaire a évolué dans le sens d'une identification ou d'un rattachement à la personne humaine. L'application du principe de proportionnalité, à travers le contrôle de proportionnalité des restrictions à l'application effective du droit communautaire, est marquée par une évolution qui est fonction de celle des objectifs communautaires. Les principes constitutionnels « communautarisés » en principes généraux du droit sont donc, dans leur application, en mutation permanente en raison du mouvement de construction inhérent au droit communautaire lui-même. En réalité, c'est l'émergence d'une union politique, concrétisée par la citoyenneté de l'Union, qui marque le tournant dans les perspectives d'avenir de l'intégration communautaire.

Concernant l'exemple du principe de non-discrimination, on peut remarquer le même « bouleversement identitaire ». Cependant, la mutation touche cette fois l'étendue des principes généraux et plus leur limitation. Par le passé, grâce à l'application du principe de non-discrimination, les économies nationales ont été intégrées au sein d'une communauté économique. Maintenant, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité est devenu un droit fondamental des citoyens européens dans une communauté de droits et de valeurs sociales propre à la construction communautaire³⁶. Il y a une modification des fonctions du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Initialement lié à la libre circulation et plus généralement aux règles du marché, il y a maintenant une autonomie des deux notions. En effet, le traitement identique, sans distinction de nationalité, s'applique à

³⁵ Il est important de nuancer cette réflexion car bien que la conciliation entre les libertés fondamentales et les droits fondamentaux soit une réalité, la Cour de Luxembourg rejette parfois l'invocation des seconds au profit exclusif des premières. Ainsi, dans un arrêt du 17 avril 2007, elle affirme que « les Etats ne sauraient se prévaloir de la liberté d'expression de leurs fonctionnaires pour justifier une entrave et de ce fait échapper à leur propre responsabilité en droit communautaire ». CJCE, *AGMCosMET SRL/Suomen Valtio et Tarmo Lehtinen*, 17 avril 2007, aff. C 470/03, Rec. p. I-2749, point 72.

³⁶ S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etude à partir des libertés économiques*, préc., p. 31.

« l'individu-citoyen » européen. Les ressortissants communautaires, dans le domaine d'application du traité, bénéficient des mêmes droits que les ressortissants de l'Etat membre d'accueil. Pour finir, la Cour de justice affirme que « *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres* ». Dans cet arrêt, la Cour concrétise la notion de citoyen européen et consacre l'évolution structurelle du droit communautaire et du principe de non discrimination³⁷. Le principe de non-discrimination devient « *un droit constitutif de la citoyenneté* »³⁸.

Au delà de l'interprétation de la Cour de justice, c'est le juge national, juge de droit commun du droit communautaire, qui est en charge de l'application des principes généraux. Le respect des principes ne vaut que dans le champ du droit communautaire et n'intervient pas dans une situation nationale qui se trouve hors du domaine propre au droit communautaire³⁹. Cette limite est la conséquence du partage de compétences entre l'Union européenne et les Etats membres et vaut pour toute norme communautaire. En France, le Conseil d'Etat se montre réticent à accepter la valeur supra-législative des principes généraux du droit issus de l'ordre juridique international⁴⁰. Toutefois, il accepte la primauté du droit communautaire sur la norme législative postérieure et il reconnaît aux principes généraux « *la même valeur juridique* » que le traité CE⁴¹. Comme il accepte de sanctionner la violation d'un règlement⁴² ou d'une directive⁴³, le Conseil d'Etat sanctionne la violation des principes généraux du droit communautaire. Pourtant, il est parfois difficile de discerner si un principe général reconnu dans les deux ordres juridiques est appliqué en tant que principe de droit français ou de droit communautaire.

Le principe de proportionnalité nous permet d'illustrer cette seconde force de pénétration du droit communautaire. Ainsi, il est présent dans les ordres juridiques nationaux en tant que principe général du droit communautaire ou sous l'influence de la notion germanique de proportionnalité. Jacques Ziller opère une distinction entre les pays d'influence germanique qui ont importé le principe allemand de proportionnalité et ceux qui limitent l'application du principe de proportionnalité au champ d'application du droit communautaire et du droit européen des droits de l'homme. L'Italie, l'Espagne et l'Irlande entre dans cette seconde catégorie qui comprend les diverses formes que peut prendre le principe de proportionnalité. Enfin, dans un troisième groupe de pays, le principe de proportionnalité n'est pas reconnu clairement et explicitement par la norme écrite ou la jurisprudence. En France, en Grèce, au Luxembourg, en Belgique et au Royaume-Uni, la reconnaissance du principe est doctrinale. Le principe émerge d'une interprétation de certaines notions juridiques qui correspondent toutes à l'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration.⁴⁴ A titre d'exemple, en Belgique il semble apparaître dans « *l'appréciation du raisonnable* »⁴⁵ et en Grèce on le

³⁷ CJCE, 17 septembre 2002, *Famille Baumbast*, Europe, novembre 2002, p. 18., obs. Y. GAUTIER.

³⁸ M. P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, pt. 13.

³⁹ CJCE, 30 septembre 1996, *Demirel*, aff. 12/86, Rec. p. 3719.

⁴⁰ Dans l'arrêt *Paulin* du 28 juillet 2000, le Conseil d'Etat explique que « *ni l'article 55 de la Constitution ni aucune disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale ou même un principe général de droit international sur la loi en cas de conflit entre, d'une part, la norme internationale et d'autre part, la norme législative* ».

⁴¹ CE, 3 décembre 2001, *SNIP*, RFDA 2002. 166.

⁴² CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. p. 250.

⁴³ CE, 28 février 1992, *SA Rothmans International France*, Rec. p. 80, concl. LAROQUE.

⁴⁴ J. ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, *AJDA* 20 juin 1996, p. 185.

⁴⁵ M. A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruyant, 1989, p. 453, cité par J. ZILLER, préc., p. 186.

retrouve dans « *le principe de la bonne administration* »⁴⁶. Dans les pays de *common law*, la proportionnalité des moyens utilisés par l'administration au regard des finalités poursuivies est contrôlée par le biais de la notion de *reasonableness*. Le sens de ce terme est plus proche de la démesure et de la déraison que de la simple disproportion.⁴⁷ Dans son contrôle de la légalité des actes administratifs, le juge anglais censure seulement « *l'ultra vires* » qui peut correspondre à la notion d'excès de pouvoir en droit administratif français⁴⁸.

Enfin, dans son application du droit communautaire, le juge français refuse encore d'appliquer la conception communautaire de l'égalité. Le principe général communautaire de non-discrimination est mis de côté par les juridictions françaises au profit du principe national d'égalité. Ainsi, en droit interne, « *le principe d'égalité impose de traiter de la même façon les personnes qui se trouvent dans la même situation. Il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* »⁴⁹. Dans deux arrêts rendus le 20 avril 2005, le juge administratif français fait primer une conception formelle de l'égalité. En découle une obligation de ne pas distinguer des situations semblables et une simple possibilité de distinguer des situations différentes. Cette solution est en contradiction avec le droit communautaire qui privilégie une conception matérielle de l'égalité. Selon la Cour de justice « *une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes* »⁵⁰. Le juge français, juge communautaire de droit commun, interprète le principe d'égalité tel qu'il résulte du troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Il se réfère au modèle ancien de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 et examine ensuite les requêtes à la lumière du droit communautaire.

Bien qu'on ait parlé jusqu'ici du rôle des principes constitutionnels comme source du droit communautaire, il va de soi que ce mécanisme permet à l'ensemble des valeurs et traditions constitutionnelles communes d'être prises en considération comme sources constitutionnelles du droit applicable à l'administration communautaire. Mais au-delà du caractère administratif des principes constitutionnels adaptés au niveau communautaire, que peut-on dire sur le caractère constitutionnel de ces principes intégrés dans l'ordre juridique communautaire?

B. Les principes constitutionnels, structure de l'identité constitutionnelle européenne

Le terme «constitutionnel» pourrait sembler inadapté au contexte du droit communautaire qui n'est pas un système juridique propre à une structure étatique classique. Cependant, la terminologie employée par les juristes l'a déjà accueilli en son sein, bien que son contenu exact reste encore discuté. Au-delà de cette réflexion théorique sur l'existence d'une nouvelle branche du droit, il est intéressant de constater que les principes qui encadrent

⁴⁶ E. SPILIOPOULOS, *Droit administratif hellénique*, 1991, pp. 361-362, cité par J. ZILLER, préc., p. 186.

⁴⁷ X. PHILIPPE, op. cit., p. 33 et s. et les références citées.

⁴⁸ Pour certains, la doctrine anglaise reconnaît le principe de proportionnalité, voir en ce sens X. LEWIS, L'influence du droit communautaire sur le droit administratif anglais, *AJDA* 20 juin 1996, p. 124.

⁴⁹ CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe* ; CE 20 avril 2005, *Syndicat national des entreprises artistiques et autres*, *AJDA*, 28 novembre 2005, p. 2233 et s.

⁵⁰ Voir entre autre CJCE 14 février 1995, *Finanzamt Köhl-Altstad c/ R. Schumacker*, aff. C-279/93, Rec. p. I-225, pt. 30; CJCE 13 février 1996, *Gillespie e. a.*, aff. C-342/93, Rec. p. I-475, pt. 16; CJCE, 30 juin 1998, *Brown c/ Rentokil Ltd*, aff. C-394/96, Rec. I-4185, pt. 30.

l'administration communautaire peuvent être qualifiés de constitutionnels, en raison de leur origine, dans le cadre de l'émergence d'une identité juridique européenne.

1. Source constitutionnelle des principes généraux du droit communautaire

Le droit constitutionnel est une source des principes généraux et du droit administratif national qui est lui-même une source des principes généraux et du droit administratif communautaire. Ces principes et ce droit communautaire qui trouveraient théoriquement leur source dans un droit constitutionnel communautaire ont donc indéniablement une origine constitutionnelle nationale.

Le point de départ conceptuel est de considérer le droit administratif et les principes généraux du droit comme une concrétion du droit constitutionnel⁵¹, qui est conçu comme la branche du droit public établissant les bases juridiques de l'activité des pouvoirs publics. C'est dans ce contexte que les mots du doyen Vedel prennent sens : «*L'administration et le droit administratif ne peuvent, ni d'un point de vue pédagogique, ni d'un point de vue théorique, se définir de façon autonome. C'est en partant de la Constitution que leur définition peut être donnée*»⁵². Pour sortir du simple constat systémique relatif à l'identité de l'Union européenne et réfléchir à l'identité constitutionnelle européenne, il semble important d'étudier les bases constitutionnelles du droit administratif de l'Union. Ce droit comporte les principes et les règles juridiques gouvernant l'action administrative des institutions de l'Union européenne. Les sources de ce droit sont le droit écrit, le droit coutumier, les principes généraux du droit ainsi que le droit prétorien. Au début du développement le droit écrit ne manquait pas de dispositions administratives. Mais celles-ci étaient loin de couvrir tout le domaine de l'action administrative et la Cour de justice était appelée à combler ces lacunes. Pour cela, elle a utilisé les «*principes généraux communs aux droits des États membres*» pour trouver des solutions⁵³. Comme nous l'avons vu au sujet de l'influence des principes constitutionnels sur le droit communautaire, la Cour utilise l'étude comparative en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des États membres⁵⁴.

⁵¹ En France, la théorie a été d'abord développée par Georges Vedel. La critique à cette théorie, comme c'est connu, a été formulée par Charles Eisenmann dans son travail «*La théorie des 'bases constitutionnelles du droit administratif'*», *Revue de Droit Public*, 1972, pp. 1345 et s.. Plus récemment, au Royaume Uni, en relation avec le développement de son «*contentieux administratif*» ou *judicial review*. Dans ces deux pays on peut trouver une forte discussion dans la doctrine, montrant qu'il s'agit, en effet, d'un sujet fort contesté. Par contre, dans des pays comme l'Allemagne, l'Italie ou l'Espagne, la polémique n'a presque pas eu lieu. En Espagne, cette affirmation constitue le point de départ du droit administratif moderne, selon la conception du professeur Eduardo García de Enterría, d'après qui le droit administratif est la conversion de la métaphysique en technique. Voir *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 3e éd., 1983, p. 12. En Italie voir récemment S. Cassese, «*L'influenza delle riforme costituzionali sulla pubblica amministrazione*», *Giornale di Diritto Amministrativo* 3/2005, pp. 333-335.

⁵² Voir G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, I, PUF, Paris, 12e éd., 1992, p. 25. Voir également B. Nablé, «*Européanisation et constitutionnalisation du droit en France : un essai de synthèse à la lumière de la doctrine*», in J. Ziller (dir.), *L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, 2003, pp. 69-84.

⁵³ Ces principes n'étaient mentionnés comme source de droit que dans le domaine de la responsabilité non contractuelle. Article 215, paragraphe 2 de l'ancien traité CEE.

⁵⁴ Du fait de la reprise de ses concepts par le droit communautaire, c'était le droit français qui influençait principalement la période initiale. L'influence du droit britannique se montre surtout dans le développement des règles concernant le respect des dispositions légales réglementant la procédure administrative ou «*fair procedure*». Le droit allemand a contribué à la reconnaissance générale du principe de proportionnalité en droit communautaire ainsi qu'au développement de standards communautaires des droits fondamentaux. Après

En utilisant l'instrument du droit comparé de cette manière, la juridiction communautaire a joué un rôle essentiel dans un processus de dialogue avec les ordres juridiques de tous les États membres de l'Union européenne.

Ainsi, le droit constitutionnel national, source du droit administratif et des principes généraux du droit national, est repris au niveau de l'ordre juridique communautaire. Le droit administratif de l'Union européenne a donc une source constitutionnelle nationale mais dans quelle mesure peut-on parler de source constitutionnelle dans l'ordre juridique communautaire ? Si on suit la doctrine selon laquelle le droit administratif concrétise le droit constitutionnel, il faut se demander s'il existe, dans une structure non étatique et supra nationale, des sources constitutionnelles du droit administratif distinctes de ces sources constitutionnelles nationales.

Les sources constitutionnelles du droit administratif européen, ou bien les sources des principes de valeur constitutionnelle du droit administratif européen, seraient l'ensemble des normes qui établissent les bases de l'activité de l'administration européenne⁵⁵. Elles légitiment cette activité et permettent aux citoyens, dans certaines conditions, de s'adresser aux institutions pour demander son application et son respect. C'est le contenu constitutionnel qui détermine l'existence et l'application du droit administratif. Les sources des principes généraux du droit communautaire se trouvent dans une pluralité de textes normatifs. Le fait que le droit constitutionnel européen se soit développé d'une manière atypique en comparaison avec les droits constitutionnels nationaux, ainsi que l'inexistence d'une Constitution en Europe du même type que les Constitutions nationales continentales, sont deux des raisons qui expliquent la naissance et l'évolution de cette mosaïque juridique. En l'absence de constitution écrite, le droit communautaire jurisprudentiel permet l'émergence des principes généraux. Mais, s'il y a codification des principes généraux du droit communautaire on ne peut affirmer, sauf à qualifier de constitutionnel le droit communautaire lui-même, qu'il y a une constitutionnalisation des principes généraux du droit communautaire au niveau de l'ordre juridique supra national. Devons nous en conclure que la théorie des sources constitutionnelles du droit administratif se réduit à un lien indirect entre la source et le droit ? Se faisant toute norme communautaire trouverait indirectement sa source dans la norme constitutionnelle d'un ou de plusieurs États-nations et il n'y aurait pas de source constitutionnelle en dehors du cadre étatique.

2. Nature constitutionnelle des principes généraux du droit communautaire

On peut dégager plusieurs définitions de la notion de droit constitutionnel dans le cadre communautaire. Il peut être la somme des droits constitutionnels des États membres, le droit constitutionnel applicable à l'Union européenne ou une « *nouvelle discipline ne se rattachant ni aux un ni aux autres, mais apparaissant comme la conjonction des uns et des autres* »⁵⁶. Il serait en ce sens la synthèse de la communautarisation des droits constitutionnels nationaux et de la constitutionnalisation du droit communautaire. L'exemple des principes de proportionnalité et de non-discrimination illustre ce mouvement de constitutionnalisation du droit de la Communauté et de l'Union européenne à partir de l'intégration communautaire des sources constitutionnelles nationales. Suivant ce processus, il existerait un droit

l'adhésion des États scandinaves, la transparence de la procédure administrative et l'accès au dossier gagnaient plus d'importance.

⁵⁵ Pour une réflexion sur l'existence d'un droit administratif européen voir G. DELLA CANANEA, le droit administratif en débat, *Revue de droit public*, n°3-2008, p. 731.

⁵⁶ H. GAUDIN, le droit constitutionnel européen en débat, *Revue du droit public*, n°3-2008, p724.

communautaire dont les composantes ont une qualité constitutionnelle de part leur origine. Mais si l'origine constitutionnelle de certains principes du droit communautaire est indéniable, on ne peut pas encore affirmer qu'il y a une mise en forme institutionnelle en droit positif du vivre ensemble, ou en d'autres termes, un droit constitutionnel s'attachant à la construction européenne. Ainsi, l'idée ou la réflexion relative au droit constitutionnel au niveau communautaire existe mais sa réalisation effective en droit positif semble freinée. Selon Dominique Rousseau, le droit constitutionnel européen pourrait se définir comme « *le droit qui a pour objet de penser ce nouveau vivre ensemble. Donc à penser les principes, les valeurs, les droits fondamentaux sur lesquels ce vivre ensemble européen pourrait, précisément, se constituer. Donc aussi à penser les institutions capables de porter les principes, valeurs et droits de ce nouveau vivre ensemble européen* »⁵⁷. A travers cette réflexion et au regard du « non au Traité constitutionnel » exprimé par référendum, il est clair que le droit positif tarde à reprendre la pensée doctrinale relative au vivre ensemble européen. Cette carence de matérialisation positive du droit constitutionnel au niveau communautaire peut être comprise si on s'attache à ce fameux « vivre ensemble institutionnalisé ». Ce serait parce que le vivre ensemble n'est pas clairement défini, exprimé et institutionnalisé que le droit communautaire ne pourrait pas être qualifié de constitutionnel. L'identité communautaire, si elle existait, serait une base préalable à la reconnaissance et à l'institutionnalisation de ce vivre ensemble.

A propos de l'identification de l'Europe, les institutions communautaires ont engagé une promotion de l'identité européenne. Mais cette identité demeure désincarnée, abstraite et repose sur la notion de valeurs partagées⁵⁸ qui néglige la diversité de l'héritage culturel en Europe et des peuples européens. L'identité européenne a besoin d'éléments constitutifs de manière à réaliser une « intégration des esprits » car la source des tensions vient du problème de l'adhésion au projet européen⁵⁹. De plus, on peut noter la difficulté de l'Europe à se déterminer en opposition au reste du monde, ce qui est nécessaire et logique dans un processus d'identification. Par exemple, la crise irakienne a révélé une certaine divergence entre les Etats membres dans le domaine des affaires étrangères. Certains ont soutenu les Etats-Unis alors que les autres y étaient opposés. Enfin, le débat relatif à la reconnaissance du droit constitutionnel européen en tant que nouvelle discipline peut participer à ce processus de construction de l'identité constitutionnelle européenne. Malgré les doutes ou les critiques en la matière, on peut s'entendre sur le rôle de la doctrine dans la création ou la reconnaissance d'un objet juridique nouveau. L'existence d'un débat sur la question du droit constitutionnel européen manifeste celle de l'identité constitutionnelle du système juridique et donc sa différence par rapport aux autres. Il est clair qu'une culture juridique propre à l'Europe existe déjà et que sa principale caractéristique est d'être une culture plurielle, hybride ou métissée. Elle est exposée de manière permanente aux influences des autres systèmes juridiques et ses traits ne sont évolutifs. Il semble pourtant difficile de parler de culture ou d'une identité constitutionnelle européenne sans une appropriation par les peuples européens de la question constitutionnelle en d'autres termes que le rejet exprimé récemment. En effet, le vivre ensemble institutionnalisé ne peuvent être introduits par voie administrative. Il faut aussi réfléchir à la faisabilité d'une démocratie légitime hors du cadre de l'Etat-nation. Or, le processus de constitutionnalisation de l'Europe a été accéléré par le choix de l'élaboration d'une Constitution européenne en espérant ainsi en tirer profit dans la constitution d'une identité collective. Ce choix d'un constitutionnalisme à la française s'est révélé infructueux et

⁵⁷ D. ROUSSEAU, le droit constitutionnel européen en débat, *Revue du droit public*, n°3-2008, p725.

⁵⁸ Voir article 6 paragraphe 2 TUE.

⁵⁹ M-C PONTTHOREAU, *Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales*, 7e Congrès mondial de l'AIDC, Athènes, 11-15 juillet 2007, non encore pub.

il peut être intéressant de se pencher sur la question d'une constitution européenne non écrite⁶⁰.

L'identité constitutionnelle européenne est une pré-condition à l'émergence d'une Constitution européenne. Cette identité nouvelle est la somme des identités constitutionnelles nationales alliée à une identité constitutionnelle inspirée des identités constitutionnelles nationales. Ce faisant, pour exister, l'identité constitutionnelle européenne doit, comme nous venons de le voir, reprendre les valeurs et les principes constitutionnels nationaux pour constituer un corpus juridique spécifique qui s'impose aux Etats membres. D'autre part, et c'est ce qui nous retiendra désormais, l'identité constitutionnelle européenne doit respecter les identités constitutionnelles nationales.

II. Les principes constitutionnels comme outils et ciment de l'identité constitutionnelle européenne

Le respect des principes constitutionnels en droit communautaire constitue une protection de l'identité constitutionnelle nationale qui contribue à la construction de l'identité constitutionnelle européenne. Au delà de leur influence comme source du droit communautaire, les principes constitutionnels ont une fonction préventive en matière de protection de l'identité constitutionnelle nationale. Ils peuvent servir de fondement à la justification d'une restriction à l'application du droit issu de l'ordre juridique communautaire. Ce faisant, il se dégage une dynamique interne à l'identité constitutionnelle européenne, entendue en tant que système, qui protège les identités constitutionnelles nationales en les utilisant comme fondement dérogatoire (A). Dans le même temps, cette interprétation extensive de la clause d'identité nationale des juridictions constitutionnelles participe à la mise en place d'un lien entre le droit constitutionnel national et le droit communautaire. Surtout, la défense de l'identité constitutionnelle nationale, mouvement interne à la construction de l'identité constitutionnelle européenne, produit une interaction institutionnelle particulière car constitutive du « vivre ensemble » européen (B).

A. Les principes constitutionnels, force dérogatoire de l'identité constitutionnelle nationale

Dans l'esprit des Pères fondateurs de l'Europe, l'intégration des Etats sur le plan économique est un moyen utile à l'avènement d'une union plus politique. Face à la concrétisation de cette vision politique à tendance fédéraliste, les Etats membres cherchent à protéger leur identité nationale. La défense s'organise et se réalise par la mise en place préventive de possibilités d'exceptions. Ce droit dérogatoire intervient ensuite pour pallier au risque d'atteintes à l'essence des constitutions nationales par le droit de l'Union. C'est le tournant identitaire que prend la construction communautaire qui coordonne le recours à la clause d'identité nationale dans la jurisprudence des cours constitutionnelles européennes.

1. Protection de l'identité nationale

Le respect de l'identité nationale a une « *double fonction défensive* »⁶¹ aussi bien à l'égard de l'Union dans l'exercice des compétences et le développement des actions qui

⁶⁰ M-C PONTTHOREAU, *Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales*, préc.

peuvent l'amener à porter atteinte à cette identité qu'à l'égard de l'Union lorsqu'elle contrôle la façon dont les Etats membres eux-mêmes respectent les valeurs démocratiques. L'identité nationale doit s'entendre comme les structures fondamentales telles qu'elles sont définies par les constitutions nationales. Les structures politiques et constitutionnelles ne sont pas identifiées de manière précise par le droit communautaire. Cependant, il est clair qu'elles concernent l'organisation du pouvoir et notamment l'organisation territoriale de l'Etat à laquelle il est fait référence. Il s'agit donc d'un principe général d'autonomie constitutionnelle. Mais ce principe vise-t-il uniquement l'organisation de l'Etat ? Dans les Etats membres, on constate une tendance à la constitutionnalisation des facteurs objectifs d'identification dans le but de renforcer le statut juridique de la nation menacée dans la conscience de soi. Ainsi, en France, la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 complétant l'article 2 de la Constitution a introduit : « *La langue de la République est le français* ».

Les principes constitutionnels nationaux sont donc utilisés par les Etats membres en vue d'atténuer l'impact de la primauté communautaire sur les particularismes qui constituent l'identité nationale. A ce titre, l'insertion d'un article consacrant le droit à la vie de l'enfant à naître dans la Constitution irlandaise est un bon exemple. Cette disposition constitutionnelle semble rendre problématique toute solution consensuelle dans le cadre européen. En effet, l'article 40.3.2 de la Constitution irlandaise assurait le respect des droits fondamentaux de la personne humaine jusqu'à l'adoption du 8^e amendement par référendum le 7 octobre 1983. Le droit à la vie de l'enfant à naître est désormais un droit constitutionnel et l'avortement reste un crime relevant du droit pénal hormis le cas où la vie de la mère est réellement et sérieusement en danger ou menacé. De plus, l'article 29.4.7 de la constitution règle la primauté du droit communautaire sur le droit national, fut-il constitutionnel. Ce faisant, le droit communautaire suppose le respect du principe de coopération par les Etats membres qui doivent rendre le droit national compatible avec le droit communautaire. Mais ce principe permet-il à l'Irlande de conserver son droit et sa jurisprudence constitutionnelle relative à l'avortement ?

En 1992, la Cour suprême se prononce en faveur du droit à la vie de la mère ; une menace de suicide est depuis considérée comme un risque réel et sérieux pour la vie de la mère. La même année, une proposition d'amendement est refusée par le peuple lors du référendum du 25 novembre. Cette proposition prévoyait une autorisation d'avortement en cas de danger pour la vie de la mère mais excluait le suicide comme motif. Depuis, le législateur n'a jamais clarifié la politique d'avortement irlandaise et les solutions sont donc envisagées, au cas par cas, par le pouvoir judiciaire⁶². La Cour suprême semble faire prévaloir le droit à la vie de l'enfant à naître sur tout autre droit constitutionnel, même sur celui qui intègre les obligations communautaires. A l'inverse, selon la Cour de justice, l'avortement ne rentre pas dans le champ d'application du traité mais y est indirectement relié par le biais de la libre circulation des services, domaine de compétence communautaire⁶³. L'extension des compétences de la

⁶¹ J-D. MOUTON, Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pédone, 2004 pp.466.

⁶² L'Irlande est un Etat dualiste où le contrôle de constitutionnalité est concentré, a priori et par voie d'action sur la seule saisine du président de la République. D'autre part, il peut être diffus, par voie d'exception par toute personne ayant un intérêt à agir. Cette particularité explique peut être la timidité du juge constitutionnel irlandais qui est directement confronté à la perception culturelle des parties dans le cas d'espèce qui lui est soumis.

⁶³ Dans l'arrêt *Crogan*, la Cour de justice inclue l'avortement dans le régime de la libre circulation des services et l'interdiction de diffuser des informations relatives à un service légalement fourni dans un autre Etat membre constitue une restriction au regard du traité. Toutefois, la Cour de justice estime que le lien économique existant entre le diffuseur de l'information (association d'étudiants) et le prestataire de services (les cliniques) est

Communauté dans le domaine des droits de l'homme par le biais des principes généraux n'est pas sans conséquence sur les constitutions nationales qui garantissent le respect des droits fondamentaux. L'opposition des Etats membres à la suprématie du droit communautaire dans le domaine des droits fondamentaux vient du fait que la Communauté puisse étendre excessivement son contrôle juridictionnel. Afin d'éviter que l'application de l'article 40.3.3 ne soit suspendue, en vertu du principe de primauté du droit communautaire qui est contraire à toute restriction du droit de diffuser des informations relative au service que constitue la pratique d'un avortement, le gouvernement irlandais a négocié un protocole additionnel au Traité de Maastricht. Le protocole 17 institue un « renvoi » au droit constitutionnel irlandais et subordonne la Cour de justice aux décisions des cours nationales, sur l'interdiction de l'article 40.3.3. Cette obligation ne s'étend qu'aux décisions concernant l'application de cet article en Irlande. Pour éviter de priver les irlandais de leur droit de circuler et de recevoir des informations, droits garantis par le droit communautaire, un addendum fut ajouté au protocole: « *this Protocol shall not limit the freedom to travel between member state, or to obtain, or to make available, in Ireland, information relating services lawfully available in a member state* ».

Pour comprendre cette utilisation que certains qualifieront de protectionniste des principes constitutionnels face au droit communautaire, il est indispensable de s'attacher aux avancées de la construction communautaire. Comme l'explique Marie-Claire Ponthoreau, la ratification des premiers traités, CECA puis CEE et CEEA, n'a pas posé de problèmes particuliers au regard de l'identité nationale. En effet, ces traités apportait une amélioration au statut international de l'Allemagne et les dispositions constitutionnelles alors applicables étaient moins exigeantes qu'aujourd'hui. Concernant la France et le Benelux, aucun contrôle de constitutionnalité des traités n'existait et la Cour constitutionnelle italienne n'a pas été saisie. Les Etats membres qui rejoignirent les Communautés avant Maastricht, ont modifié leur constitution dans la perspective d'appartenir aux Communautés⁶⁴. Le problème du respect de la souveraineté ou du caractère étatique des membres des Communautés européennes ne se posa qu'à l'occasion de modifications apportées au traité, et surtout de la reconnaissance de l'applicabilité directe et de la primauté⁶⁵ du droit communautaire par la Cour européenne des Communautés européennes. Ensuite, avec le traité de Maastricht, la construction européenne touche du doigt la question de l'institutionnalisation du vivre ensemble, c'est-à-dire la représentation nationale de l'Etat. En effet, ce traité fait un saut symbolique avec, à la suite de l'ouverture de la fonction publique nationale, celle des droits de vote et d'éligibilité aux ressortissants non nationaux des Etats membres pour les élections locales. Autrement dit, des droits parmi les plus symboliques de l'appartenance à la communauté nationale ne sont plus le monopole des nationaux de l'Etat⁶⁶. Simultanément à cette appropriation communautaire de normes anciennement attachées à l'identité nationale, le contexte historique participe au mouvement de protection cette identité par les Etats membres. La fondation de l'Union européenne a eu lieu au moment même de la renaissance de l'Etat-

trop mince pour que la restriction soit effective. Ce raisonnement permet au juge constitutionnel de contrôler la compatibilité de l'application de la clause constitutionnelle relative à l'avortement en Irlande avec les libertés économiques mais pas avec les droits fondamentaux reconnus au niveau communautaire par le biais de principes généraux du droit. Ainsi, la Cour de justice aurait pu dire que l'interdiction était justifiée par l'intérêt public et la protection de l'enfant à naître et proportionnée en fonction de l'objectif à atteindre. CJCE, 4 octobre 1991, *SPUC c. Crogan*, Rec. p. I-4685.

⁶⁴ Danemark, Irlande, Grèce, Espagne et Portugal.

⁶⁵ CJCE, 17 juillet 1964, *Costa c/ENEL*, Rec. 1141.

⁶⁶ Il faut noter que les juridictions nationales envisagent le système juridique communautaire d'un point de vue strictement normatif, c'est-à-dire d'un rapport de systèmes entre ordres juridiques gouverné par le principe hiérarchique de compatibilité des normes.

nation en Europe. En 1989, le Mur de Berlin tombe et entraîne avec lui les régimes communistes. La réunification de l'Allemagne et les nouvelles constitutions illustrent « *la permanence de la conscience nationale, l'historicité de l'identification nationale et sa force normative guidant les comportements individuels* »⁶⁷. Ainsi, la clause d'identité nationale participe à la volonté de préserver l'Etat-nation devenu Etat membre face aux avancées du processus d'intégration européenne. Dans les traités successifs la référence à l'identité nationale est conservée : aussi bien dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que dans le « traité constitutionnel ».

Il faut au demeurant souligner qu'on peut établir un lien entre la clause communautaire d'identité nationale et la clause d'intégration européenne introduite dans les constitutions nationales de certains Etats membres. En particulier, l'article 23 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale allemande correspond à une clause de garantie structurelle qui reprend en partie la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la protection des droits fondamentaux et qui agrandit cette garantie à plusieurs principes. Plusieurs constitutions contiennent des clauses d'intégration européenne, mais elles se limitent à autoriser le transfert de compétences en faveur de l'Union⁶⁸. Ces clauses d'intégration européenne vont permettre à la protection communautaire de l'identité nationale de se matérialiser dans le champ du droit constitutionnel.

2. Protection de l'identité constitutionnelle

La pratique jurisprudentielle européenne illustre le lien entre la clause d'intégration européenne dans les constitutions nationales, la clause d'identité nationale et le rôle des juges constitutionnels. Ces derniers participent à la construction de l'identité constitutionnelle européenne et à la défense de l'identité constitutionnelle nationale en utilisant leur compétence de contrôle du respect la norme suprême.

En Allemagne, selon la jurisprudence Solange, il n'y a pas lieu pour la Cour constitutionnelle allemande de rechercher si un acte de droit dérivé méconnaît les droits garantis par la Constitution aussi longtemps que la jurisprudence de la Cour de justice permettra l'exercice d'un contrôle du respect des droits fondamentaux à l'échelon communautaire. Pour en arriver là, la Cour constitutionnelle se déclare dès 1974 compétente pour juger inapplicables en Allemagne, des actes communautaires incompatibles avec les garanties de droits fondamentaux prévues dans la loi fondamentale. Le principe de primauté du droit communautaire peut être mis de côté aussi longtemps qu'un standard de protection de ces droits équivalent à celui de la Constitution allemande ne sera pas assuré au niveau de l'ordre juridique communautaire. Ensuite, en 1986, le Cour renverse son raisonnement et juge que compte tenu de la jurisprudence de la CJCE, qui a développé une protection systématique des droits fondamentaux sur la base des principes généraux du droit, elle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé servant de base à un acte allemand, aussi longtemps que la Cour de justice assure généralement la protection effective des droits fondamentaux d'une manière équivalente au niveau indispensable exigé par la Loi fondamentale. Dits en d'autres termes, il ressort des décisions Solange I et II qu'il s'agit d'une compétence résiduelle qui ne s'ouvre que dans l'hypothèse d'une insuffisance de principe de la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire. La Cour constitutionnelle allemande affirme sa compétence sur le droit communautaire, mais limite les possibles

⁶⁷ M-C PONTHEAU, *Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales*, préc.

⁶⁸ France, Portugal, Irlande, Autriche, Suède et Grèce.

conflits en restreignant sa compétence à une question de principe concernant les droits fondamentaux au-delà des cas individuels. Enfin, dans sa décision du 7 juin 2000, la Cour précise qu'il n'est pas exigé du droit communautaire européen et de la jurisprudence de la Cour de justice qu'ils offrent une protection de même portée dans les différents secteurs des droits fondamentaux de la loi fondamentale. Il est satisfait aux exigences constitutionnelles si la jurisprudence garantit en général, face à la puissance publique communautaire, une protection effective des droits fondamentaux. La renonciation au contrôle reste donc conditionnelle.

Pour la Cour constitutionnelle italienne, l'ordre juridique communautaire ne la prive pas de sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité. Elle ajoute que « *on ne saurait affirmer avec certitude que tous les principes de notre ordre constitutionnel se trouvent parmi les principes communs aux ordres juridiques des Etats membres et sont donc compris dans l'ordre juridique communautaire (...) Et devant une éventuelle violation d'un principe fondamental, on ne saurait invoquer (...) les exigences majeures de l'application uniforme du droit communautaire et de la sécurité du droit* ». La Cour constitutionnelle italienne a ainsi décidé dans sa décision 232/1989 qu'elle n'exercera un contrôle que s'il y a violation de l'un des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel national ou d'un droit fondamental. Ce contrôle éventuel pour vérifier la compatibilité du droit communautaire aux normes constitutionnelles est envisageable au cas par cas. Cette démarche permet au juge constitutionnel d'entrer en dissidence ou, par le biais de l'article 234, d'inciter la Cour de justice à intégrer dans les principes généraux du droit communautaire tel ou tel droit déduit de la tradition constitutionnelle commune aux Etats membres.

La jurisprudence constitutionnelle la plus récente nous éclaire sur la pratique de défense de l'identité constitutionnelle. Ainsi, les juges constitutionnels français et espagnols comprennent la clause d'identité nationale comme un tempérament de la primauté du droit communautaire et de la perte de souveraineté normative qui l'accompagne. La formule de l'identité nationale est interprétée en terme d'opposition à la subordination inconditionnelle du droit constitutionnel au droit communautaire. Autrement dit, ces décisions présentent l'avantage que le tempérament de la primauté du droit communautaire ne trouve pas son fondement uniquement dans la constitution nationale, mais aussi dans le droit communautaire primaire.

Dans sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel français se réfère à « *une règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » comme limite à l'immunité constitutionnelle des lois de transposition de directives communautaires. Cette décision est le résultat d'un long cheminement initié au cours de l'été 2004. Depuis sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil ne contrôle pas la constitutionnalité des lois de transposition de directives sauf « *disposition expresse contraire de la Constitution* ». Le principe est celui de l'absence de contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé, assortie d'une nuance quand la norme communautaire est contraire à une disposition expresse de la constitution, entendue comme une règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil ne se reconnaît pas une compétence générale de contrôle sur les lois de transposition, considérant que dans l'hypothèse où il y a un doute sur la validité d'une directive, il appartient aux juges ordinaires de saisir la Cour européenne de justice. La transposition d'une directive en droit interne résulte d'une « *exigence constitutionnelle* » prévue par la clause d'intégration européenne de l'article 88-1 et non plus de l'article 55 comme par le passé. Ce n'est donc pas le droit communautaire, mais la Constitution française qui donne une base juridique au devoir de

transposition des directives. La doctrine a interprété cette référence à l'article 88-1 comme l'expression simultanée de deux propositions contradictoires : d'une part, la transposition des directives est incluse parmi les obligations communautaires et d'autre part, cette obligation spécifique est fondée sur une exigence constitutionnelle. En d'autres termes, la primauté du droit communautaire résulte de la constitution qui n'est donc subordonnée qu'en apparence au droit communautaire : d'un côté, la suprématie de la constitution française est affirmée et, de l'autre, le droit communautaire ne bénéficie que d'une primauté sous réserve. Le Conseil ne se réfère pas expressément à la clause d'identité nationale, mais c'est clairement sa source d'inspiration, comme le commentaire officiel de la décision sur le site Internet du Conseil le laisse entendre en faisant le lien entre cette décision et celle sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

En Espagne, le Tribunal constitutionnel dans sa déclaration du 13 décembre 2004, statuant sur la conformité à la Constitution du traité établissant une constitution pour l'Europe, a une position similaire à celle du juge constitutionnel français. Il rappelle la primauté du droit communautaire qui résulte de l'article 93 de la Constitution espagnole. Il précise que « *le transfert constitutionnel de l'article 93 permet (...) des limites matérielles qui s'imposent au transfert lui-même. Ces limites matérielles qui ne sont pas expressément exposées dans la disposition constitutionnelle mais qui découlent implicitement de la Constitution comme de la signification essentielle de la disposition elle-même se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'Etat, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre* ». Selon le Tribunal constitutionnel espagnol le principe de primauté est limité à la question de répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Selon les juges espagnols, il faut distinguer entre la suprématie, propre à la constitution nationale, et la primauté parce que la première dépend d'une rationalité hiérarchique alors que la seconde dépend de la logique des compétences attribuées. Au demeurant, on peut reconnaître au juge constitutionnel espagnol une volonté de complémentarité et une approche positive avec la Cour de justice⁶⁹. A l'égard des actes de transposition du droit communautaire dérivé, la position du Tribunal constitutionnel est équilibrée. Ainsi, il effectue un contrôle de constitutionnalité *in concreto* pour écarter la loi espagnole relative au mandat d'arrêt européen sur le fondement du non respect du droit au procès équitable. Il se protège ainsi d'une déclaration en inconstitutionnalité, d'une remise en question de la loi espagnole, de la décision-cadre européenne ou encore de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la validation de cette décision-cadre.

Jusqu'à présent aucune juridiction n'a identifié précisément les principes constitutionnels qui limitent la primauté du droit communautaire. Les différentes appellations

⁶⁹ Comme le souligne le Professeur Luis JIMENA QUESADA, le Tribunal constitutionnel (TC) est plus timide dans ses rapports avec la Cour européenne des droits de l'homme. Le TC déclare formellement que les Traités ne font pas partie du bloc de constitutionnalité mais censure, de facto, certaines dispositions législatives sur le fondement de la constitutionnalité des clauses de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) et Pacte relatif aux Droits Civils et Politiques (article 10 §2 de la Constitution). Les juges ordinaires, à la suite du TC montre de la timidité face à l'exercice du contrôle de conventionalité. Le TC affirme donc la suprématie constitutionnelle face à la valeur infra-constitutionnelle des traités internationaux et étend ses compétences en matière de contrôle a posteriori des traités internationaux. Cette interprétation constitutionnelle « suprême » du TC reflète, une approche antagoniste et négative relative à l'article 8 CEDH. Non reconnu par le TC il est appliqué par les juges ordinaires sur le fondement de la Constitution espagnole (principe d'obligation d'interprétation internationalisée 10§2 et principe favor libertatis). L. JIMENA QUESADA, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité: Le cas espagnol*, colloque des 5 et 6 juin 2008, Conseil constitutionnel, non encore pub.

renvoient, de par leur nature même, à des principes constitutionnels différents. Dans tous les cas, ces principes fondamentaux sont le noyau dur de la constitution, l'institutionnalisation de la spécificité culturelle nationale du vivre ensemble. La clause d'identité nationale pourrait ainsi devenir le fondement de la protection des principes constitutionnels propres à chaque ordre juridique national. Ces principes sont étrangers aux traditions communes car ils sont spécifiques à un Etat membre, comme le principe de laïcité pour l'ordre juridique français ou bien ils sont en contradiction avec un ordre juridique national, comme les droits collectifs reconnus à un groupe ethnique pour rester dans l'exemple français. Le risque de contradiction entre les ordres juridiques qui découle de cette protection entraîne nécessairement un renforcement du dialogue entre les juges. Ce « dialogue des juges » peut passer par l'ouverture de l'utilisation de l'article 234 TCE aux questions constitutionnelles.

B. Les principes constitutionnels, force instituante du vivre ensemble européen

L'article 6 TUE traduit le fait que l'examen de la compatibilité des actes communautaires avec les valeurs et principes constitutionnels des États membres ne peut être effectué qu'au travers du droit communautaire lui-même. Cette fusion du contrôle du respect des normes constitutionnelles au sein du creuset communautaire résulte d'une exigence existentielle de la construction communautaire. Fondée sur le principe de coopération loyale, cette communautarisation du contrôle de constitutionnalité préfigure l'institutionnalisation du vivre ensemble européen.

1. Coopération juridictionnelle européenne

La complexité qui existe aujourd'hui dans le monde juridique, avec une pluralité d'acteurs et de normes en expansion, a pour conséquence que la coopération est un instrument indispensable pour que les droits des citoyens soient effectivement garantis et qu'ils soient éclairés dans le brouillard du monde normatif. Le principe de coopération est un principe reconnu dès les premiers traités des Communautés Européennes. Ce principe, qui s'adresse aux États Membres de la Communauté et dérive d'une maxime de loyauté communautaire, prévoit une obligation de coopération dans la mise en œuvre du droit communautaire. La Cour de Justice a appliqué le principe de coopération aux rapports entre les juges nationaux et les Cours de Luxembourg, ce qui a provoqué la naissance d'un « dialogue des juges ». La coopération en droit communautaire est comprise premièrement comme une obligation adressée aux États Membres, afin que ceux-ci emploient tous les moyens à leur disposition pour remplir les mandats provenant du droit communautaire et mettre en œuvre les normes. Les États membres ont, en outre, l'obligation d'éliminer les obstacles qui en empêcheraient l'application. La Cour de Justice a répété ce principe général en plusieurs occasions, dans des domaines divers, tels que la politique agricole commune, les douanes ou l'environnement. Pour répondre à cette obligation, qui caractérise la coopération de type vertical, les États membres doivent, premièrement, mettre à la disposition du droit communautaire leur organisation administrative et leurs instruments de mise en œuvre du droit en général. Deuxièmement, la coopération peut être mise en œuvre dans les rapports entre les États Membres, ce qui constitue la coopération dite de type horizontal. Le principe de coopération s'adresse aussi à l'Union, et l'invite à faciliter l'activité coopératrice des États membres.

Même si la clause d'identité nationale devait être précisée dans le futur, il est difficile d'imaginer que les juges puissent être totalement exclus puisque la relation entre les principes fondamentaux des constitutions nationales et l'ordre juridique communautaire reste avant tout un problème d'interprétation. Pour cette raison, les juges sont et resteront en première ligne.

La solution procédurale traditionnellement avancée afin d'encourager un échange des interprétations et une influence réciproque repose sur l'article 234 TCE : elle constitue certainement une piste valable mais présente toutefois un certain nombre de difficultés⁷⁰. A titre d'exemple de « dialogue des juges » fructueux, on peut se focaliser sur la question préjudicielle du Conseil d'Etat à la Cour de justice dans l'affaire « *Arcelor* ». Comme le souligne l'Avocat général Poires Maduro, loin de déboucher sur une atteinte portée à l'application uniforme du droit communautaire, elle conduit le juge à solliciter, par voie préjudicielle, le concours de la Cour de justice pour garantir le respect par les actes communautaires des valeurs et principes également reconnus par sa constitution nationale. En réalité ce que le Conseil d'État demande à La Cour, c'est de contrôler la légalité de l'acte administratif à la lumière de valeurs constitutionnelles européennes analogues. C'est par cette voie que « *ce qui semblait, à première vue irréconciliable, a été en fait réconcilié* ». L'Union européenne et les ordres juridiques nationaux sont fondés sur les mêmes valeurs juridiques fondamentales. « *Tandis qu'il est du devoir des juges nationaux de garantir le respect de ces valeurs dans le champ d'application de leurs constitutions, il est de la responsabilité de la Cour d'en faire de même dans le cadre de l'ordre juridique communautaire* »⁷¹.

Dans l'arrêt « *Arcelor* », le Conseil d'État commence par rappeler la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne⁷². Il relève ainsi qu'il découle de l'acceptation du constituant à la participation de la République française à la construction européenne formulée à l'article 88-1 de la Constitution française du 4 octobre 1958 « *une obligation constitutionnelle de transposition des directives* », à laquelle il ne saurait donc en principe être fait obstacle. Il en découle que le contrôle du respect par une directive de principes et règles de valeur constitutionnelle ne peut être exercé par le Conseil d'État qu'en l'absence d'équivalence des protections, c'est-à-dire s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence communautaire, garantisse par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué. Si, à l'inverse, équivalence des protections il y a le moyen tiré de la méconnaissance de règles ou principes de valeur constitutionnelle est requalifié, si bien que la critique de la constitutionnalité de la directive devient une contestation de sa validité au regard du droit communautaire; et l'appréciation du bien-fondé de ladite contestation est, en cas de difficulté sérieuse, renvoyée à la Cour de justice.

Appliquant la grille de contrôle ainsi dégagée, le Conseil d'État constate d'abord que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre sont également garantis dans l'ordre juridique communautaire avec une portée équivalente et juge que la directive litigieuse ne saurait être regardée comme y portant atteinte. Quant au grief de violation du principe constitutionnel d'égalité qui résulterait d'un traitement uniforme de situations différentes, le juge administratif français le rejette comme inopérant car le principe constitutionnel d'égalité, à la

⁷⁰ Plusieurs cours constitutionnelles ont exprimé leur refus, notamment la Cour constitutionnelle italienne: ord. 536/1995 confirmée par ord. 316/1996 et ord. 109/1998. Ce refus s'explique principalement par la crainte d'être perçue comme inférieure à la Cour de justice qui imposerait son interprétation et donc minerait l'autorité de la Cour italienne dans ses rapports avec les juges ordinaires. En même temps, en refusant un dialogue direct avec la Cour, elle n'a aucun moyen d'influencer la jurisprudence communautaire. Ce refus met en relief le caractère faussé de ce dialogue entre juges. Son caractère unilatéral, en effet, ne facilite pas véritablement les échanges avec les juges constitutionnels.

⁷¹ Conclusions de l'Avocat général M. POIRES MADURO relatives à l'affaire C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, 21 mai 2008, non encore pub.

⁷² CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique in A.J.D.A.* 2007, pp.577 avec la note de F. LENICA et J. BOUCHER.

différence du principe communautaire d'égalité, n'oblige pas à traiter de manière différente des situations différentes. La difficulté naît de ce que la norme sur le fondement de laquelle les requérantes avaient, dans le cadre de la procédure au principal, soulevé le grief tiré du traitement uniforme de situations différentes n'était pas le principe communautaire d'égalité. Elles avaient invoqué le principe de droit constitutionnel français d'égalité, développant ainsi une critique de la constitutionnalité interne de la directive. Or, le principe français ne s'opposant pas au traitement identique de situations différentes, le Conseil d'État a rejeté le moyen comme inopérant sans en examiner le bien-fondé. Autrement dit, en raison de la portée plus restreinte du droit interne en matière d'égalité, terrain sur lequel les requérantes se sont placées, l'argumentation de ces dernières ne contraignait pas le juge de renvoi à devoir arbitrer un conflit entre la directive et le droit constitutionnel national. Ledit juge n'avait donc pas, afin d'éviter la mise en œuvre d'un contrôle de conformité de la directive à la Constitution française qui aurait pu faire obstacle à l'application du droit communautaire, à transférer le conflit dans la sphère communautaire par une requalification du moyen de constitutionnalité en moyen tiré de la méconnaissance du principe communautaire d'égalité et par le renvoi de son examen à la Cour de justice. Restait le moyen de méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité qui serait occasionnée par le traitement différent de situations comparables. À cet égard, le Conseil d'État note qu'il y a un principe général du droit communautaire qui, par la portée que lui confère la jurisprudence de la Cour, «*garantit l'effectivité du principe constitutionnel*». Et la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard de ce principe communautaire d'égalité soulève une difficulté sérieuse.

La virtualité du principe de coopération prend sa force absolue si on tient compte du fait que la Communauté européenne est une Communauté de Droit. Ce concept peut être comparé, avec précaution aux équivalents nationaux, tels que le principe de légalité en France, l'État de Droit en Allemagne ou la «*rule of law*» au Royaume Uni. On sait néanmoins, que toutes ces constructions sont liées à la notion d'Etat et qu'elles présentent des particularités nationales, culturellement déterminées, qui empêchent de transposer directement leur contenu au droit communautaire. C'est par le truchement de l'autonomie institutionnelle des Etats membres que le droit communautaire trouve son effectivité et que les particuliers peuvent s'en prévaloir. Dans ce mouvement, les juges nationaux apparaissent comme les gardiens de l'identité constitutionnelle européenne et de l'identité constitutionnelle nationale qui y dérogerait.

2. Contrôle communautaire de constitutionnalité

En France, le Conseil d'Etat, le 8 février 2007, examine la question de la constitutionnalité du décret et partant de la directive relative aux quotas de gaz à effet de serre. Il reconnaît ainsi la spécificité des actes de transposition des directives communautaires et prolonge le raisonnement du Conseil constitutionnel en donnant une interprétation de la compétence qui est la sienne au regard du cadre constitutionnel nouvellement posé. Il vérifie si le principe constitutionnel est effectivement protégé en droit communautaire puis s'interroge sur l'équivalence des protections. Comme le souligne Anne Levaade, on peut relever l'influence du droit communautaire dans la construction d'un contrôle de constitutionnalité spécifique⁷³. Sur le fondement de l'article 88-1, le Conseil constitutionnel examine d'office, le 30 novembre 2006, l'incompatibilité manifeste de la loi déferée avec les directives et, spécifiquement, les objectifs des directives qu'elle a pour but de transposer. Cette utilisation de l'article 88-1 correspond à un contrôle constitutionnel spécial qui s'oppose

⁷³ Voir pour de plus amples développements, A. LEVADE, le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, *RFDA*, 2007, p. 564.

à l'idée d'une mutation du contrôle de constitutionnalité dans son ensemble. Ainsi seules les lois de transposition sont contrôlées sur la base de 88-1. Par ce biais, le Conseil opère un contrôle de compatibilité et de conformité qui le conduit à une lecture restrictive de l'obligation de transposition et à une identification progressive de l'exigence constitutionnelle de participation. Au demeurant, le Conseil constitutionnel à une analyse doublement restrictive de l'exigence de l'article 88-1 et des conditions de son contrôle. En conséquence, on peut constater une spécificité relative aux lois de transposition qui découle de la spécificité de la compétence en matière de contrôle de ces lois. De plus, l'article 88-1. est d'opposabilité relative et le contrôle du non-respect formel de la transposition ou du fond de l'exigence communautaire en dehors de l'article 88-1 ne trouve pas application.

La mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité spécifique se fait de façon différente par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Le premier opère un contrôle classique qui trouve une forme de spécificité dans son champ d'application car il est inopérant pour les actes qui ne sont pas des actes de transposition. Concrètement, il s'agit d'une conciliation entre une disposition constitutionnelle ordinaire et l'acte de transposition. Ce contrôle sous forme de conciliation suppose la possibilité d'obstacle à l'exigence constitutionnelle spécifique (communautaire) ou ordinaire. Cette limite donnée par le Conseil est une « *disposition express* » « *inhérente à l'identité constitutionnelle de la France* », en d'autres termes, on ne doit pas remettre en cause l'essence de la république sauf si le constituant y a consenti. Le second juge du Palais royal ne dispose pas de cette faculté de conciliation entre les normes constitutionnelles. L'exigence constitutionnelle spécifique et communautaire devient pour lui une obligation non susceptible de conciliation. Il n'est pas juge de l'identité constitutionnelle française. La différence de contrôle se manifeste également *in concreto*. Le Conseil constitutionnel contrôle la conformité de la loi de transposition par rapport à l'exigence constitutionnelle. En matière de droit commun, il contrôle la nécessité et l'absence d'excès des limitations du législateur par rapport à une exigence ou un principe constitutionnel. De ce contrôle découle une certaine rareté des censures sur ce motif en vertu de la liberté d'appréciation reconnue au législateur. L'exigence constitutionnelle de transposition de l'article 88-1 sort de ce cadre commun. Elle découle d'une obligation communautaire qui laisse peu de place au pouvoir d'appréciation et d'opportunité du législateur. Il s'agit d'une obligation de faire, sans contradiction avec la directive et avec la constitution. Ce contrôle de conformité est à nuancer car le Conseil constitutionnel s'emploie à comparer la loi de transposition avec un acte émanant d'un autre ordre juridique sans que l'autorité en charge de dire le droit de cet ordre distinct de l'ordre national puisse s'exprimer à la demande du juge constitutionnel national. En effet, le Conseil se refuse à utiliser la procédure de renvoi préjudiciel de l'article 234 TUE en raison des délais qu'il doit respecter pour le rendu de ses décisions.

La spécificité française du contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé est le reflet de la spécificité même de l'identité constitutionnelle nationale. Cette dernière, comme le contrôle de constitutionnalité, doit tendre à la construction d'une identité et d'un contrôle constitutionnel européen. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité peut devenir la base de l'émergence d'une « conscience de soi » des peuples européens. En participant à l'identification constitutionnelle européenne, le contrôle de constitutionnalité assure également la protection et le renforcement de l'identité constitutionnelle nationale avec l'aide du peuple. A ce propos, et comme le fait Marie-claire Ponthoreau, il faut remarquer que l'identité nationale est attribuée aux Etats membres et non pas aux peuples européens. Bien que ce soient les personnes qui bénéficient au sein de l'Union de la liberté et de la démocratie il y a toutefois une source de tension palpable. En effet, dans le cadre national, les Etats ne

peuvent plus résister aux politiques décidées à l'extérieur. C'est pourquoi « *ils doivent développer de nouvelles formes de contrôle sur les processus décisionnels qui se tiennent en dehors de leurs frontières* ». En même temps, la démocratie est liée à la nation et s'est développé dans ce cadre national. Pour la majorité des citoyens, l'Etat-nation contrôle toujours les processus décisionnels et législatif. Pour cette raison, la question de l'identité constitutionnelle est importante et utile : « *elle est une clé pour voir non seulement la partie visible du système juridique européen, mais aussi en-dessous de la surface de ce système* »⁷⁴. Dans l'hypothèse d'une transformation de l'Europe en fédération, cela supposerait par conséquent le consentement des peuples européens.

La faculté d'expression de ce peuple pourrait se voir renforcée avec une uniformisation européenne du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception et la création d'une autorité constitutionnelle européenne indépendante. Concernant la première option, la réforme française du contrôle de constitutionnalité, ne met pas en place de recours direct un recours par voie d'exception qui peut prendre la forme de questions préjudicielle ou préalable de constitutionnalité. C'est une amélioration mais pas une révolution car les individus ne peuvent pas saisir par voie d'action le Conseil constitutionnel⁷⁵. C'est indéniablement un droit nouveau pour le justiciable qui perfectionne le système de protection des droits fondamentaux et intervient à la suite d'un mouvement juridique déjà engagé⁷⁶. Pourtant, au regard de notre sujet d'étude, le problème de la remise en question de la loi que pose la réforme du contrôle de constitutionnalité est important. La France est un Etat légicentriste et le parlement pouvait refuser ce type de réforme constitutionnelle positive en ce qu'elle redonne la Constitution aux mains des citoyens ce qui va à l'encontre de la tradition française et peu sembler proche d'une conception constitutionnelle américaine. Les défenseurs de la « souveraineté législative » risquaient de ruer dans les brancards face à ce renforcement du contrôle de constitutionnalité et du travail législatif. Pourtant, face à la perte de souveraineté législative consentie au profit

⁷⁴ Cette expression « partie visible du système juridique » renvoie au droit tel qu'il apparaît à la surface dans les sources formelles comme ici les traités. En tant que tels, les traités disent quelque chose de la manière dont le droit peut être perçu, interprété, et appliqué. Mais ce n'est pas suffisant. Il y a plus : la plupart des concepts juridiques, et en particulier ceux qui relèvent du droit constitutionnel, sont culturellement enracinés. C'est pourquoi nous devons regarder en dessous de la surface du système et ne pas nous contenter de ce nous voyons (traités, constitutions, jurisprudence et doctrine). M-C PONTHEAU, *Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales*, préc.

⁷⁵ Ce dernier conserve son monopole du contrôle à priori et on peut noter le risque de lourdeur du système alors que le contrôle de conventionnalité reste plus direct et plus efficace. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat auront un rôle de filtrage des demandes ; ceci permet l'adaptation des institutions mais limite la liberté de choix des juges du fond. Ce filtrage peut entraîner une complexification du système qui deviendrait sans grand intérêt pour le justiciable. L'effet de ce contrôle ne sera pas celui d'une annulation rétroactive des dispositions mais une annulation de la disposition législative et une modulation de l'effet dans le temps. Le maintien ou non des droits acquis sera donc variable en fonction du respect de la sécurité juridique. L'exemple américain plaide pour un effet limité au cas d'espèce.

⁷⁶ En effet, à l'origine, le Conseil constitutionnel est mis en place pour veiller à la séparation des pouvoirs. Dans les années 70, il prend en charge, à l'aide d'une jurisprudence extensive, la question des droits fondamentaux. Le système manque alors d'aboutissement pour parfaire l'état du droit mais il n'y a pas de réel problème pour le justiciable. Cette réforme est positive en ce qu'elle va permettre l'utilisation d'un corpus juridique parfois plus protecteur que celui dont disposent les textes internationaux et notamment le droit communautaire. Les pouvoirs des juges et du juge constitutionnel vont être modifiés. Ainsi l'équilibre va être bouleversé car des pouvoirs supplémentaires sont donnés à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat. De plus se pose la question du contrôle juridictionnel de la Cour suprême en matière constitutionnelle. Celles-ci, si elles sont soumises à une question préjudicielle, devront respecter les règles du procès équitables selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (tribunal indépendant et impartial, respect du contradictoire ou encore publicité des débats). Le problème se pose surtout pour le Conseil constitutionnel en terme de procédure mais aussi de composition.

des institutions communautaire, le renforcement de la capacité d'action directe du peuple dans le champs constitutionnel peut sembler utile. C'est aussi parce que la démocratie représentative européenne manque de légitimité et apparaît comme une menace pour l'identité constitutionnelle nationale que le peuple a besoin de veiller directement au respect de ses droits fondamentaux.

Toutefois, s'il est bon de réaffirmer le rôle des peuples européen dans le contrôle du respect communautaire de l'identité constitutionnelle des Etats membres, il est également primordial de donner une place à ce peuple dans le processus de construction de l'identité constitutionnelle européenne. Cette participation populaire est enfin importante pour la bonne santé de la démocratie en dehors du cadre de l'Etat-nation. Même si certains refusent encore de reconnaître cette réalité démocratique supranationale, le Doyen George Vedel avait perçu depuis longtemps cette évolution. « *Dans aucun ordre, infranational, national ou supranational, l'homme ne peut vivre comme homme que démocratiquement. C'est le contenu perpétuel et transcendant de la souveraineté démocratique. Mais ce qui est proprement contingent, parce que lié aux données historiques, c'est l'exclusivité reconnu aux cadre national comme lieu du consensus dans lequel la majorité est autorisée à gouvernée. Rien n'interdit donc d'envisager et de favoriser une démocratie supranationale* »⁷⁷. Dans le cadre d'une participation du citoyen européen à la construction d'une identité constitutionnelle européenne respectueuse de l'identité constitutionnelle nationale, on peut plaider en faveur de la création d'un Conseil constitutionnel européen composé de juges constitutionnels nationaux et de juges communautaires⁷⁸. D'autres préfèrerons une solution plus politique qui donnera aux gouvernements, représentant des citoyens nationaux, le pouvoir normalement dévolu aux juges. En effet, il semblerait problématique, au regard du principe de séparation des pouvoirs, que le pouvoir exécutif interprète seul les principes constitutifs de l'identité constitutionnelle nationale.

En guise de conclusion et pour dépasser les objections que soulève l'approche gouvernementale ou l'approche prétorienne que nous venons d'exposer, il est intéressant de se tourner vers l'approche pragmatique chère au droit communautaire. Depuis quelques années, le réseau est présenté comme un mode de travail en commun adéquat à l'Union européenne. En effet, la notion de réseau permet de mettre les rapports entre le droit national et le droit communautaire sur un plan horizontal et non plus vertical. La vision hiérarchisée des rapports entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national se tourne alors vers une recherche de coordination. Ainsi, les membres de ces réseaux, universitaires ou juges, échanges leurs expériences et peuvent parfois effectuer des travaux en commun. Le nombre des réseaux est en augmentation constante et la matière juridique n'échappe pas à ce phénomène qui tend vers une institutionnalisation de ces initiatives privées informelles. A titre d'exemple, on peut signaler la création du *Réseau judiciaire européen en matière pénale* en 1998 et celle du *Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale* en 2001⁷⁹. A la suite de ces expériences, on peut imaginer la création d'un « Réseau judiciaire européen en matière constitutionnelle ou en matière de droits fondamentaux ». Ce réseau pourrait se greffer sur les autorités administratives indépendantes, pour reprendre une terminologie

⁷⁷ G. VEDEL, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Revue pouvoirs*, 2/1977, p.34.

⁷⁸ Voir en ce sens, J.H.H. Weiler, IGC 2000: The Constitutional Agenda, in *Rethinking the European Union – IGC 2000 and Beyond*, (eds.) E. Best, M. Gray, A. Stubb, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2000, p.219.

⁷⁹ Action Commune du Conseil 98/428/JAI du 29 juin 1998, *JOCE*, n°L. 191, 7 juillet 1998 et Décision du Conseil 2001/470/CE du 28 mai 2001, *JOCE*, n°L. 174, 7 juin 2001.

propre au droit français, en charge de la défense des droits fondamentaux dans les Etats membres. Là encore, le projet de réforme constitutionnelle français est un premier pas dans cette voie. A la manière de l'Espagne et de son « défenseur du peuple » le projet proposait une restructuration des institutions et autres autorités administratives indépendantes chargées de missions de régulation dans le domaine de la protection des droits fondamentaux⁸⁰. Toutefois, l'institutionnalisation d'un défenseur des droits fondamentaux pose plusieurs problèmes. Si les membres sont nommés par le parlement on peut se demander si le recours sera administratif ou judiciaire. Il est donc nécessaire de définir précisément la compétence des juridictions en la matière. De la même façon comment qualifier et contrôler juridiquement une institution non parlementaire mais désignée par le parlement ? Enfin se pose la question du financement et des moyens matériels et humains alloués à cette autorité nouvelle. La solution peut se trouver dans une sorte de constitutionalisation des autorités administratives préexistantes sous la forme de la nouvelle autorité qui seraient en charge en amont de la prévention et en aval de la répression. Dans ce cadre et au delà des difficultés évidentes, la création d'un réseau européen relatif à la protection des droit fondamentaux pourrait être un pas supplémentaire dans le dialogues des juges indispensable au respect des droits du citoyen et de l'homme européen. Surtout, cette solution présente l'avantage d'institutionnaliser le vivre ensemble européen et de constituer sans l'écrire la Cité européenne sur la base d'une identité constitutionnelle unie dans la diversité.

80

On vise ici les missions d'enquête, de médiation, de sanction et prévention ce qui va plus loin que la simple répression contentieuse.