

## Contribution au VII<sup>ème</sup> Congrès de l'A.F.D.C.

### Atelier 1 : Constitution et Europe

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

## L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE : UN CIRCEPT

Nicolas ZINAMSGVAROV

Allocataire – Moniteur de recherches à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV  
Membre du C.E.R.C.C.L.E. (G.R.E.C.C.A.P.)

*« Les anniversaires ne valent que s'ils constituent des ponts jetés vers l'avenir ».*

Jacques CHIRAC

*Extrait du discours pour le 50<sup>ème</sup> anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.*

Prenant à l'origine la forme d'une Europe de la coopération <sup>1</sup>, la construction européenne s'est organiquement développée dans la voie de l'intégration régionale à compter de la fin des années quarante selon deux axes majeurs que furent la formation du Conseil de l'Europe <sup>2</sup> et celle des Communautés européennes <sup>3</sup>. Partant, l'édification européenne était largement amorcée lorsque le projet de Constitution, adopté en Conseil des ministres le 03 septembre 1958 et soumis à référendum le 28 septembre suivant, fut en fin de compte promulgué comme Constitution de la République française le 04 octobre 1958.

Exercice d'une virtuosité certaine, la Constitution devait dans ces conditions permettre un réaménagement d'ampleur du cadre national, tout en accommodant proprement ce dernier dans la prise en compte de deux impératifs majeurs : ne pas remettre en cause les avancées européennes les plus notables sans pour autant laisser une quelconque place aux velléités fédéralistes de la construction communautaire <sup>4</sup>. Aujourd'hui, à l'heure où le temps est venu

---

<sup>1</sup> Cf., notamment : le Traité de Bruxelles du 17 mars 1948 créant l'Union européenne occidentale, le Traité de Washington du 04 avril 1949 créant l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, la Convention du 16 avril 1948 constituant l'Organisation Européenne de Coopération Économique (à laquelle succèdera en 1960 l'Organisation de Coopération et de Développement Économique).

<sup>2</sup> Traité de Londres du 05 mai 1949.

<sup>3</sup> Cf., notamment : le Traité de Paris du 18 avril 1951 instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et les Traités de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté Économique Européenne et la Communauté Européenne de l'Énergie Atomique.

<sup>4</sup> Dans les années qui précédèrent l'adoption de l'actuelle Constitution, les gaullistes furent de farouches adversaires de la construction européenne par trop imprégnée selon eux de

de souffler ses cinquante bougies, il semble que « la V<sup>ème</sup> République a, plus ou moins brillamment, triomphé de toutes les épreuves auxquelles l'ont soumise les Français et l'histoire »<sup>5</sup>.

Pour ce qui a trait à son aggiornamento à la construction européenne, la tâche n'était pourtant pas aisée, car celle-ci, « notamment dans ses rapports avec les ordres juridiques constitutionnels nationaux, obéit à des logiques qui ignorent souvent la ligne droite pour préférer les méandres d'une imagination sollicitée par les stratégies politiques de contournement et d'affirmation »<sup>6</sup>. Fort heureusement, l'attitude conciliatoire du juge constitutionnel français a jusqu'à présent permis de ménager les contraintes impérieuses de part et d'autre, faisant parfois montre d'une grande ingéniosité à d'évidentes fins de tactique jurisprudentielle et de quiétude politique.

Telle est notamment ce qui ressort de sa jurisprudence relative au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition de directives communautaires dont il convient néanmoins de préciser qu'elle n'emporte pour l'heure pas la conviction en tous points à défaut d'une clarification plus étayée de la réserve de constitutionnalité à laquelle elle recourt désormais<sup>7</sup> et qu'il convient maintenant de considérer.

Généralement entendue comme une « connaissance intuitive plutôt vague », la notion n'est qu'une idée flottante, une tentative de regroupement non stabilisée et non régulée par une définition précise, qui correspond assurément à ce que le Conseil constitutionnel entend traduire sous couvert du syntagme d'« identité constitutionnelle de la France ». Apparaissant à première vue comme peu éclairante, cette évidence n'en constitue pas moins un lemme indispensable à l'intelligibilité du référent de constitutionnalité nouvellement consacré.

Latente depuis quelques années, cette réserve de constitutionnalité entend particulièrement traduire l'idée qu'une absence de protection équivalente au niveau communautaire de dispositions spécifiques de l'ordre constitutionnel justifie la suspension d'une part, de l'exigence de transposition des directives communautaires découlant de l'article 88-1 de la Constitution et, d'autre part, de l'incompétence corrélative du juge constitutionnel à contrôler la constitutionnalité d'une loi qui aurait pour fonction de procéder à une telle transposition. Pourtant, ce référent d'appréciation, s'il justifie l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité par le juge constitutionnel, ne saurait être spécifique aux seules directives communautaires et vaut, selon nous, à l'égard du droit externe quel qu'il soit de telle sorte que le principe véhiculé, prioritairement à l'attention des juridictions ordinaires, soit la prohibition de toute remise en cause de l'essence de la République française.

---

fédéralisme. Cf., par exemple : J. RIDEAU, « La construction européenne et la Constitution de 1958 », *Les dossiers thématiques du Conseil constitutionnel : 40<sup>ème</sup> anniversaire de la Constitution* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q01.htm>), 1988. Dans cette contribution, le professeur Joël Rideau souligne notamment que « Michel Debré tenta en 1957 de faire déclarer contraire à la Constitution la ratification des traités de Rome par le Comité constitutionnel ».

<sup>5</sup> *La Constitution introduite et commentée par Guy CARCASSONNE* (Préface de G. Vedel), 8<sup>ème</sup> éd., Éd. du Seuil, coll. « Essais », Paris, 2007, p. 32.

<sup>6</sup> B. MATHIEU, « Le contrôle des lois de transposition des directives communautaires par le Conseil constitutionnel ou les difficultés du cartésianisme », *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1307.

<sup>7</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Rec. p. 88, Cons. 19*.

Moraliste et essayiste français, Joseph Joubert (1754 – 1824) fut peu connu de son vivant pour ses écrits, mais ceux-ci connurent la consécration lorsque son ami François-René de Chateaubriand (1768 – 1848), écrivain et homme politique de notoriété, eut décidé d'en publier une partie en 1838 sous le titre de *Recueil des pensées de M. Joubert*. Parmi les apophtegmes du défunt périgourdin, il en est un aux termes duquel « *Une notion exacte et claire et des paroles transparentes sont deux conditions nécessaires et indispensables pour faire exister une idée. Toute expression qui n'est que juste ne peut bien exprimer qu'un jugement* ». Celui-ci paraît on ne peut plus indiqué pour appréhender au mieux « l'identité constitutionnelle de la France », en tant que *circept*, à l'occasion de cet anniversaire et tenter ainsi de jeter un pont sur l'avenir dans la délicate problématique des rapports de systèmes <sup>8</sup>.

En effet, pour ne pas demeurer « *que juste* », la réserve de constitutionnalité formulée devait l'être au moyen de « *termes transparents* » pour que la notion induite soit parée « *d'exactitude et de clarté* » dans son appréhension et permettre de la sorte la transcendance de l'idée sous-tendue. Pour ce qui est du premier point, l'évolution jurisprudentielle démontre que le Conseil constitutionnel a assurément entendu répondre favorablement à cet impératif en *ajustant* au mieux le *sémantisme de la réserve de constitutionnalité* (I). Première pierre de l'édifice, celle-ci n'en a pas moins fait apparaître l'indispensable besoin subséquent de *déterminer* désormais la *catégorisation de la réserve de constitutionnalité* (II), pour présenter intelligiblement le syntagme prétorien.

### ***I – L'ajustement sémantique de la réserve de constitutionnalité***

***Les origines de la réserve de constitutionnalité*** : Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution, « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Insérée par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 <sup>9</sup>, cette disposition avait originellement, « ... selon les formules imagées d'Alain Lamassoure, ... pour objet d'éviter que l'Europe fasse son entrée dans la Constitution « par un trou de souris » ou « par la petite porte » ... » <sup>10</sup>. Pourtant, l'objectif ne fut que partiellement atteint car, s'il entérinait indiscutablement la construction européenne, il fallut tout de même attendre le 46<sup>ème</sup> anniversaire de la Constitution pour que le Conseil constitutionnel fasse de cet article le siège spécifique de l'intégration du droit de l'Union européenne dans l'ordre juridique interne. En effet, ce n'est qu'à compter de sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, « *Économie numérique* » <sup>11</sup>, que la Haute

---

<sup>8</sup> Cf., certaines études classiques : H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 14, 1926, pp. 227-331 ; M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Problèmes de droit des gens – Mélanges offerts à Henri Rolin*, Pédone, Paris, 1964, pp. 488-505 et d'autres plus modernes et ciblées : J.-P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations-Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *R.F.D.C.*, n° 69, 2007, pp. 3-37 ; B. MATHIEU, « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français », *R.F.D.C.*, n° 72, 2007, pp. 675-693.

<sup>9</sup> *J.O.R.F.* du 26 juin 1992, p. 8406.

<sup>10</sup> Souligné par : B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit dérivé », *R.F.D.A.*, n° 4, 2004, p. 652.

<sup>11</sup> Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, « *Économie numérique* », *Rec.* p. 101.

juridiction s'est exclusivement fondée sur celui-ci pour considérer que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »<sup>12</sup>, lui conférant par-là même une pleine charge normative.

*Les balbutiements de la formulation de la réserve de constitutionnalité* : Cependant, l'apport de cette décision fut d'autant plus notable que dans son considérant de principe, la Haute juridiction prit immédiatement le soin d'ajouter qu' « il ne pourrait être fait obstacle [à cette exigence constitutionnelle de transposition] qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution », posant, de l'aveu même de son Président du moment, Pierre Mazeaud<sup>13</sup>, une « réserve de constitutionnalité ». Abondamment et contradictoirement commentée, cette décision amorçait dans ces conditions, de manière retentissante, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition de directives communautaires qu'il allait, malgré tout, devoir peaufiner quelque peu, notamment pour ce qui avait trait à la formulation de ce nouveau référent de constitutionnalité qui ne se prêtait guère à la logique. Manifestement, comme le professeur Bertrand Mathieu en fit le constat, « ... ce n'[était] pas l'analyse retenue par le Conseil qui pos[ait] problème, mais la terminologie employée » ajoutant également que « la formulation constitutionnelle du principe gagnerait probablement à se rapprocher de celle inscrite dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe »<sup>14</sup>, visant dans son article I-5, s'agissant des États membres, le respect de « l'identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

*Les difficultés sous-tendues par la formulation première de la réserve de constitutionnalité* : Au regard du raisonnement tenu dans la décision n° 2004-496 DC, il apparaît que le Conseil constitutionnel adoptait une attitude somme toute bien étrange puisque s'il faisait preuve d'innovation dans le cadre général des rapports entre la Constitution française et le droit externe, et tout particulièrement avec le droit communautaire dérivé, la réserve de constitutionnalité s'avérait pour le moins, dans le cadre spécifique des paramètres d'appréciation de la constitutionnalité, relativement rétrograde. En effet, la mention faite de « disposition expresse contraire » ramenait tout bien considéré le juge constitutionnel plus de trente-cinq ans en arrière, c'est-à-dire dans la période couverte de sa création aux décisions n° 70-39 DC<sup>15</sup> et 71-44 DC<sup>16</sup> consacrant l'existence d'un « bloc de constitutionnalité », où il était demeuré très « soucieux ... de [précisément] fonder ses décisions sur des dispositions expresses », de telle sorte qu'il se privait en l'espèce de « l'aspect le plus audacieux de [sa] jurisprudence ... [par lequel il unifia] l'ensemble des droits et libertés qui découlent des textes auxquels le Préambule se réfère directement ... »<sup>17</sup>. Sur ce point, il faut assurément bien comprendre que la suppléance prétorienne des insuffisances textuelles de la Constitution, par le recours à de nouvelles normes de références applicables, a profondément modifié la nature de celui-ci revêtant alors plus certainement la configuration d'un contrôle de compatibilité que d'un contrôle de conformité. Pour s'en convaincre, on peut tout particulièrement citer le

---

<sup>12</sup> Cons. 07.

<sup>13</sup> Cf. : Question à ... Pierre Mazeaud (Propos recueillis par Séverine Brondel – Pierre Mazeaud dresse un bilan de son action au sein de cette institution), *A.J.D.A.*, 2007, p. 501.

<sup>14</sup> B. MATHIEU, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *C.C.C.*, n° 18, 2005, p. 141.

<sup>15</sup> Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, « *Traité des Communautés européennes* », *R.J.C.* I-21, *Visa 01*.

<sup>16</sup> Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, « *Liberté d'association* », *R.J.C.* I-24, *Visa 01*.

<sup>17</sup> J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, 1991, p. 14.

professeur Charles Eisenmann précisant qu' « en pays de droit écrit ... on doit entendre par constitutionnalité et on ne peut entendre par là que la conformité à une disposition expresse de la Constitution : contrôler la constitutionnalité, c'est, et c'est uniquement, vérifier qu'une règle quelconque ne déroge pas irrégulièrement à la Constitution »<sup>18</sup>. Par conséquent, le juge constitutionnel se devait de recourir à un vocable plus en phase avec la logique induite des rapports de systèmes, notamment ceux relatifs au droit de l'intégration, pour ne pas exclure formellement du contenu de la réserve les droits fondamentaux constitutionnels alors que celle-ci se devait d'être essentiellement polarisée à partir de ceux-là.

*L'élaboration tâtonnante de la formulation de la réserve d'« identité constitutionnelle »* : Reprenant explicitement sa réserve de constitutionnalité à l'identique dans ses décisions n° 2004-497 DC du 01 juillet 2004<sup>19</sup>, n° 2004-498 DC<sup>20</sup> et 2004-499 DC<sup>21</sup> du 29 juillet 2004, le Conseil constitutionnel prit alors tout de même le soin de la raffiner discrètement puisque, de manière implicite, il ajouta que la disposition constitutionnelle, en plus d'être expresse, se devait également d'être spécifique au regard des principes reconnus par le droit de l'Union européenne<sup>22</sup>. En cours de perfectionnement, la réserve de constitutionnalité se voyait affinée par la Haute juridiction désireuse de définir au mieux le cadre constitutionnel des rapports entre droit interne et droit communautaire dérivé. D'ailleurs, comme l'a constaté le professeur Anne Levade, la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, « *Loi pour l'égalité des chances* »<sup>23</sup>, illustre assurément cette volonté puisque « la loi déferée n'était certes pas une loi de transposition, mais l'existence même du considérant [n° 28] et le laconisme de l'affirmation permettaient de penser que le juge constitutionnel saisirait dès que possible l'occasion de clarifier définitivement sa jurisprudence »<sup>24</sup>.

*La consolidation de la formulation de la réserve d'« identité constitutionnelle »* : Cette opportunité se présenta finalement très rapidement puisqu'à l'occasion de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, « *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information dite « loi DADVSI »* »<sup>25</sup>, le Conseil constitutionnel consolida sa

---

<sup>18</sup> C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Économica P.U.A.M., (Réédition de l'édition de 1928 – L.G.D.J.), coll. « Droit public positif », Paris, Aix-en-Provence, 1986, pp. 19-20.

<sup>19</sup> Décision n° 2004-497 DC du 01 juillet 2004, « *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle* », Rec. p. 107, Cons. 18.

<sup>20</sup> Décision n° 2004-498 DC, « *Loi relative à la bioéthique* », Rec. p. 122, Cons. 04.

<sup>21</sup> Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, « *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* », Rec. p. 126, Cons. 07.

<sup>22</sup> Raisonement issu du considérant n° 06 de la décision n° 2004-498 DC au terme duquel la liberté de communication inscrite à l'article 10 de la Déclaration de 1789 n'est pas considérée comme spécifique à l'ordre juridique national puisqu'elle « est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

<sup>23</sup> Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, « *Loi pour l'égalité des chances* », Rec. p. 50.

<sup>24</sup> A. LEVADE, « La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité. Esquisse d'un bilan de la jurisprudence « européenne » récente du Conseil constitutionnel », *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1294.

<sup>25</sup> Décision n° 2006-540 DC, préc.

réserve en considérant 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 »<sup>26</sup>. Marquant assurément un basculement d'une jurisprudence désormais stabilisée, cette décision fut ensuite reprise comme canon dans les décisions n° 2006-543 DC, « *Loi relative au secteur de l'énergie* »<sup>27</sup>, et n° 2008-564 DC, « *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* »<sup>28</sup>, cette dernière constituant pour l'heure le point de parachèvement provisoire d'une jurisprudence pérenne dans son principe depuis 2004 et dans sa formulation depuis 2006.

*Bilan transitionnel sur la formulation de la réserve d' « identité constitutionnelle »* : Il ressort donc de l'analyse, qu'amorcée lors de l'été 2004, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition de directives était en cours d'abonnissement. Postulant que la mise en œuvre du droit communautaire est une exigence constitutionnelle sous réserve, cette jurisprudence, qui couvait depuis quelques temps<sup>29</sup>, fut après quelques atermoiements éclaircie dans la formulation de la réserve de constitutionnalité consacrée entendant que le droit européen « ne peut remettre en cause des principes ... qui nous sont spécifiques [et] ne trouvent pas de protection du côté du droit européen »<sup>30</sup>. Il n'en demeure pas moins que par la démarche adoptée, le Conseil constitutionnel a tout bonnement déstabilisé l'idée qu'il portait du fait de difficultés persistantes relatives tant à sa nature catégorielle qu'à son contenu. Or, ces deux achoppements sont en réalité liés, car la clarification de la nature catégorielle de l'identité constitutionnelle française paraît emporter l'éclaircissement corrélatif de sa teneur, puisque loin d'être un noumène kantien, cette réserve de constitutionnalité représente un espace sémantique ouvert à un empirisme constructif et expressif.

## *II – La détermination catégorielle de la réserve de constitutionnalité*

*Qu'est-ce qu'un concept ?* : Lorsque l'on se réfère au *Dictionnaire de l'Académie française*, voilà comment est défini le terme « concept »<sup>31</sup> : « n. m. XV<sup>ème</sup> siècle, au sens de « dessein, projet ». Emprunté du latin *conceptus*, « action de contenir, de recevoir », ..., puis, en latin chrétien, « conception de l'esprit, pensée ». Idée abstraite et générale. 1. LOGIQUE. Construction de l'esprit explicitant un ensemble stable de caractères communs désigné par un

<sup>26</sup> Cons. 19. Il est intéressant de noter qu'à coté de cette limite, le juge constitutionnel prit également le soin de préciser dans son considérant n° 20 que dans le cadre du strict partage de la compétence juridictionnelle, il accepte le contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition s'il y a une erreur manifeste d'appréciation du législateur dans la transposition.

<sup>27</sup> Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, « *Loi relative au secteur de l'énergie* », *Rec.* p. 120, *Cons.* 06.

<sup>28</sup> Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, « *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* », *J.O.R.F.* du 26 juin 2008 p. 10228, *Cons.* 44.

<sup>29</sup> Cf., P. MAZEAUD, *Droit communautaire et Constitutions nationales*, Assemblée Nationale, Document d'information, Rapport n° 2630, 1996. Au regard du singulier intérêt porté à la question du contrôle de constitutionnalité du droit dérivé par le parlementaire Pierre Mazeaud, on ne pouvait être qu'enclin à penser que cette thématique évoluerait de manière saillante dès lors que la Haute juridiction serait présidée, à compter de mars 2004, par ce dernier.

<sup>30</sup> Cf. : Question à ... Pierre Mazeaud (Propos recueillis par Séverine Brondel – Pierre Mazeaud dresse un bilan de son action au sein de cette institution), *A.J.D.A.*, 2007, p. 501.

<sup>31</sup> *Dictionnaire de l'Académie française*, Imprimerie nationale, Éd. Julliard, Paris, 1994, p. 992.

signe verbal. *Le concept regroupe les objets qu'il définit en une même catégorie appelée « classe ». Le concept d'homme, d'arbre, de maison. On définit un concept en compréhension et en extension. La formation des concepts. Concept a priori ou concept pur, non tiré de l'expérience. Concept a posteriori, empirique.* 2. ÉPISTÉMOLOGIE. En mathématiques, notion rigoureusement définie qui sert de fondement ou de principe. *Le concept de cercle, de triangle, de nombre, d'ensemble, de sous-ensemble.* Dans les sciences expérimentales, idée explicative découlant d'une théorie générale et que l'on vérifie par l'expérimentation. *Les relations entre les concepts de pesanteur, d'énergie, de masse.* 3. Par affaibl. Notion abstraite que l'on a ou que l'on se fait personnellement d'une chose, d'une qualité, d'un projet. *Son concept de l'honneur diffère du mien ».*

Ainsi, véritable construction de l'esprit, le concept est un mode de connaissance de la réalité par détermination abstraite apparaissant comme une création minutieusement établie et rigoureusement définie, en vue généralement d'un projet, censée permettre sous un seul et même libellé le regroupement de caractères communs et convergents vers celui-là. Dès lors, il convient désormais de s'interroger sur la question de savoir si l'identité constitutionnelle de la France peut être considérée comme un concept.

*L'identité constitutionnelle ne saurait être un concept :* Tout d'abord, l'identité constitutionnelle française ne saurait être considérée purement et simplement comme un concept puisqu'elle ne constitue pas « un ensemble *stable* de caractères communs » pouvant faire d'elle une « classe » et ce notamment du fait que sa modulation soit en partie soumise à la volonté du législateur constituant<sup>32</sup>. Ensuite, l'identité constitutionnelle de la France n'est pas une « notion *rigoureusement* définie », bien qu'elle serve de référent de constitutionnalité, puisque sa définition s'attache, en les conjuguant, des prétentions de concept *a priori* et *a posteriori*. En effet, telle qu'elle a été consacrée par le Conseil constitutionnel, cette réserve de constitutionnalité engendre une certaine complexité tenant au fait que l'interprétation constitutionnelle censée l'affermir oscille en permanence entre d'une part, des décisions apodictiques et, d'autre part, des décisions assertoriques brouillant considérablement l'appréhension de la notion. Ainsi, il semble effectivement que « rien n'est plus indéterminé et indéterminable que les éléments propres à qualifier « l'identité constitutionnelle » [et que cette] notion est si floue qu'elle peut produire tout et son contraire »<sup>33</sup>. Enfin, l'identité constitutionnelle française se prête difficilement au consensus quant à son contenu puisque tout un chacun est à même de se représenter personnellement ce qu'il faut y entendre à défaut d'une définition claire et précise des éléments constitutifs, même si certains d'entre eux semblent malgré tout relever de l'évidence. En conséquence, la notion d'identité constitutionnelle française, même si elle s'en approche grandement, ne saurait être

---

<sup>32</sup> Cf., par exemple : Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, « *Loi relative au secteur de l'énergie* », *Rec.* p. 120, *Cons.* 06. Le Conseil constitutionnel précise bien « 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* », faisant de la contre-limite resituée, qui est initialement une exception au principe de l'absence de contrôle de constitutionnalité en la matière, un principe, et du consentement du constituant une dérogation. Partant, pour le dire autrement, le consentement du législateur constituant constitue une dérogation à l'exception de telle sorte qu'il restitue la donnée en principe.

<sup>33</sup> L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14<sup>ème</sup> éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », Paris, 2007, p. 925. « Grande décision n° 53 relative au Secteur de l'énergie ».

appréhendée comme un véritable concept du fait d'une perfectibilité tenant tout à la fois à sa stabilité, à sa formation et à un certain manque corrélatif de détermination de son contenu.

*Les impératifs dans la détermination d'une catégorisation de l'identité constitutionnelle* : Posant à l'évidence des problèmes de conceptibilité <sup>34</sup>, l'appréhension de cette notion nécessite vraisemblablement d'orienter la réflexion vers une autre tentative de catégorisation sans pour autant trop s'éloigner de celle du concept présentant certains avantages non négligeables. Dans cette démarche, il importe de prendre en compte certains impératifs et d'essayer de franchir au mieux certaines difficultés telles que le fait que sa définition se fasse autant en compréhension que par extension, c'est-à-dire en conjuguant la définition en propriétés et celle par objets appliqués, éviter de recourir à d'inlassables périphrases définitionnelles, et intégrer que sous couvert d'une même formule, des éléments, d'époques différentes, convergents et d'autres contradictoires se côtoient. Dans ce cas, il convient à présent de se pencher sur l'identification matérielle des principes et règles constitutionnels visés à partir desquelles l'identité constitutionnelle se déploie.

*L'impératif manifeste dans le référencement des grands axes de la réserve de constitutionnalité* : Comme le remarquent certains auteurs, quelques « valeurs inhérentes à l'idéologie républicaine font ... assurément partie de [l'] identité constitutionnelle », « l'indivisibilité et la laïcité de la République, l'égalité admissibilité aux emplois publics ou encore l'obligation pour l'État d'organiser un enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés » <sup>35</sup>. En effet, le discours républicain est de longue date « fondé sur des principes fondamentaux en qui, désormais, tous se reconnaissent : la souveraineté de la Nation, l'autorité majeure de la loi, la laïcité, l'unité et l'indivisibilité de la République, le principe représentatif, le suffrage universel, la liberté, l'égalité des droits, la fraternité ... » <sup>36</sup>. De la sorte, un rapide tour d'horizon permet de se rendre compte que l'identité constitutionnelle française se structure à partir de « principes majeurs, « principes matriciels » en ce qu'ils engendrent d'autres droits [et principes] de portée et de valeur différentes » <sup>37</sup> n'étant alors que des applications pratiques des premiers. Dans l'ensemble, il s'agit des principes structurants de la République qui sont essentiellement prévus à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution et constituent les ferments de l'unité identitaire de la Nation. Généralement posés comme éléments d'une notion *a priori* ceux-ci sont également identifiables *a posteriori* au regard d'une application pratique dont il convient pour se faire d'identifier la souche élémentaire. En ce sens, on ne peut que rejoindre le professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, dans sa tentative de délabyrinther la notion en tentant d'en dresser les grandes lignes, écrivant que l'« on peut soutenir qu'il résulte [de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution] inscrit au fronton de la Constitution de la Cinquième République une véritable « carte d'identité constitutionnelle » de la France tenant en six caractéristiques fondamentales : 1) la France est une République ; 2) la France est un État à la fois indivisible et décentralisé ; 3) la France fait prévaloir sa propre conception de la laïcité ; 4) le pouvoir politique de la France est exercé de manière

---

<sup>34</sup> Cf., notamment : *Dictionnaire de la langue française. Le Littré*, Tome I, Encyclopaedia Britannica Inc., Chicago, 1982, p. 1065.

<sup>35</sup> O. DORD, « Le Conseil constitutionnel et son environnement juridictionnel », *Le Conseil constitutionnel* (Sous la direction de M. Verpeaux, P. Mazeaud et M. Bonnard), Dalloz, coll. « Les Études de la documentation Française », Paris, 2007, p. 144.

<sup>36</sup> B. ASSO, « L'idée républicaine et le droit constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Paul Isoart*, Pédone, Paris, 1996, p. 35.

<sup>37</sup> B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chron., p. 211.

démocratique ; 5) la France est une République sociale ; et enfin, 6) la France assure le respect des principes d'égalité et non-discrimination »<sup>38</sup>. De cette manière, la démarche d'identification catégorielle implique que soit trouvé un moyen de référencement de grandes lignes modulaires de l'identité constitutionnelle à partir desquelles se déploieront à leur tour des faisceaux de règles ou principes d'application modulant plus ou moins la portée du principe tutélaire. Ce premier impératif doit cependant se conjuguer avec celui de la possible coexistence d'éléments potentiellement discordants forgés à des âges différents et pourtant regroupés sous un même libellé.

*L'impératif sous-jacent dans le référencement des grands axes de la réserve de constitutionnalité* : Pour illustrer cet impératif, il semble que la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, « *Accords de Schengen* »<sup>39</sup>, soit un exemple particulièrement éclairant. Dans cette affaire, les auteurs de la saisine considéraient que « l'exclusion du champ d'application de la convention des départements d'outre-mer et des territoires d'outre-mer méconn[aissait] le principe de l'indivisibilité de la République affirmé par l'article 2 de la Constitution »<sup>40</sup>. Le Conseil constitutionnel rejeta ce moyen en considérant d'une part que « le champ d'application territoriale d'une convention internationale est déterminé par ses stipulations ou par les règles statutaires de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle elle a été conclue »<sup>41</sup> et d'autre part, « que la convention a pour objet la suppression des contrôles opérés aux « frontières communes » des États signataires ; qu'en raison du but ainsi poursuivi la limitation du champ d'application territoriale de cette convention, que stipule son article 138, n'est en rien contraire au principe d'indivisibilité de la République »<sup>42</sup>. On le voit, étaient donc en question deux principes républicains, ceux d'indivisibilité et de participation à l'Union européenne, qui font assurément tous deux parties de l'identité constitutionnelle de la France et ne souffrent théoriquement d'aucune dérogation pris isolément dans le cadre strictement national. Contrairement au principe d'indivisibilité de la République forgé sous la I<sup>ère</sup> République, le principe de la participation à l'Union européenne a été internalisé de manière spécifique sous la V<sup>ème</sup> République par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 insérant, notamment, l'article 88-1 de type déclaratif visant à assigner à l'action de l'État cet objectif participatif ciblé. Pourtant, dans la décision mentionnée le principe de la participation à l'Union européenne a permis de déroger ponctuellement au respect du principe d'indivisibilité démontrant que la construction prétorienne s'avère somme toute favorable au développement de la construction européenne, mais qu'il n'en demeure pas moins qu'en tant que gardien de la Constitution, le Conseil constitutionnel entend tout de même jalonner cette évolution de principes constituants le moment venu des contre-limites constitutionnelles efficientes. Il ressort de cet impératif sous-jacent qu'il est certainement l'un des deux éléments qui s'oppose le plus à concevoir la réserve de constitutionnalité comme un concept et que c'est essentiellement cet aspect des choses qu'il convient d'essayer de gommer pour malgré tout rester au plus près de cette catégorisation avantageuse. C'est alors que la notion de circept, outil de formalisation hérité des techniques de créativité, pourrait s'avérer être une solution qu'il convient désormais de creuser puisqu'elle permet apparemment de contourner

<sup>38</sup> F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La Constitution, le juge et le « droit venu d'ailleurs » », *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation – Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 184.

<sup>39</sup> Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, « *Accords de Schengen* », *R.J.C.* I-455.

<sup>40</sup> *Cons.* 53.

<sup>41</sup> *Cons.* 54.

<sup>42</sup> *Cons.* 55.

la difficulté de l'impossible représentation linéaire de l'identité constitutionnelle et de penser de l'ordre du possible les aménagements aux principes constitutionnels fondamentaux du fait des antagonismes potentiellement envisageables entre ces derniers et de leur mise en relation.

*La notion de circept* : Hérité des techniques de créativité relatives au *brainstorming*, le circept est un outil de formalisation permettant de représenter circulairement une association d'éléments. Résultat de la contraction des termes « circulaire » et « concept », le circept est une méthode intelligible de résolution de problèmes que l'on doit au sociologue Michel Fustier. Alors qu'il recensait une cinquantaine d'associations d'images et d'analogies autour du terme « chef d'entreprise », celui-ci raconte dans *L'Inventique*<sup>43</sup> comment lui est venue cette idée : « Les images ont été données en vrac, s'opposant ou s'appelant les unes les autres. Mais, sous cet apparent désordre, se cachait une structure. En effet, d'une part chaque image, ou chaque groupe d'images, était proche d'une image ou d'un autre groupe d'images, et, d'autre part, on pouvait trouver dans la liste fournie des images absolument contraires les unes aux autres. En vertu de ces deux caractéristiques, il était donc possible de ranger ces images autour d'une forme circulaire, chaque point de la figure ayant ainsi des voisinages et des oppositions ». Relativement simple dans son principe, le circept génère une représentation schématique, sous forme de graphique, permettant conséquemment de rendre compte d'une variété d'éléments structurés le long d'axes multiples faisant apparaître à la fois des tensions, des oppositions nuancées, des complémentarités ou encore, des proximités du fait de la décomposition d'un thème central. Offrant une grille de lecture fluide et plurielle d'un espace sémantique ouvert, le circept s'impose alors comme une « boussole conceptuelle » permettant la compréhension d'une complexité grâce à la prise en compte d'une variété de perceptions d'un thème abordé.

*La construction d'un circept* : La construction d'un circept se décompose en plusieurs étapes : tout d'abord, il convient de faire un inventaire des évocations contenues dans un thème central en gardant à l'esprit que le but est d'obtenir une certaine quantité d'idées ; ensuite, il faut regrouper les termes par familles et par liaisons connexes pour obtenir un classement composé de grandes « masses » ; enfin, il faut clarifier les familles d'éléments en donnant des noms aux grands axes obtenus. Au terme de cet exercice, il ne reste plus qu'à composer son circept, cette étape permettant de donner une définition du thème central en tournant et en reprenant les éléments qui s'avèrent essentiels à la compréhension totale d'un sujet. Au final, cette représentation est tout à la fois originale, synthétique, dynamique, comme l'est justement l'identité constitutionnelle française, et constitue en cela un outil des plus appropriés permettant de représenter formellement le système axiologique qu'elle sous-tend.

*Compte rendu de notre circept d'identité constitutionnelle de la France* : La place manquant assurément dans le cadre de cette courte étude, il paraît dès à présent nécessaire de résumer d'emblée notre synthèse, résultant de la prise en compte combinatoire d'analyses des Constitutions françaises, de la jurisprudence constitutionnelle, d'écrits doctrinaux et d'une logique temporelle structurante à même de permettre la substruction de l'identité constitutionnelle française par concaténation. En ressort le constat que le circept d'identité constitutionnelle de la France peut assurément être présenté sur la base de 8 grands axes dont l'un est prééminent, celui de la souveraineté de la Nation française, en ce qu'il constitue le véritable enclenchement prédicatif de la construction. Pour ce qui est des autres axes, représentant chacun un principe fondamental constitutif exprimant un choix de société, ceux-

---

<sup>43</sup> A. KAUFMANN, M. FUSTIER et A. DREVET, *L'Inventique – Nouvelles Méthodes de créativité*, Entreprise Moderne d'Édition, Paris, 1970.

ci se présentent à l'identique selon une logique duale de « conformité / garantie »<sup>44</sup> et peuvent être modulés par le législateur constituant sans que les aménagements d'un principe n'aillent toutefois jusqu'à l'altération directe de celui-ci dans son essence<sup>45</sup>, ni à une remise en cause indirecte du prédicat fondamental de souveraineté de la Nation. Grandement modulable par l'agencement de ses composantes principales, l'identité constitutionnelle l'est également par la possible combinaison interactive de celles-ci de telle sorte que la modulation constitutionnelle se fasse toujours de manière immanente au système, l'atteinte à l'« identité constitutionnelle française » résultant de cette double pesée entremêlée d'une appréciation de proportionnalité.

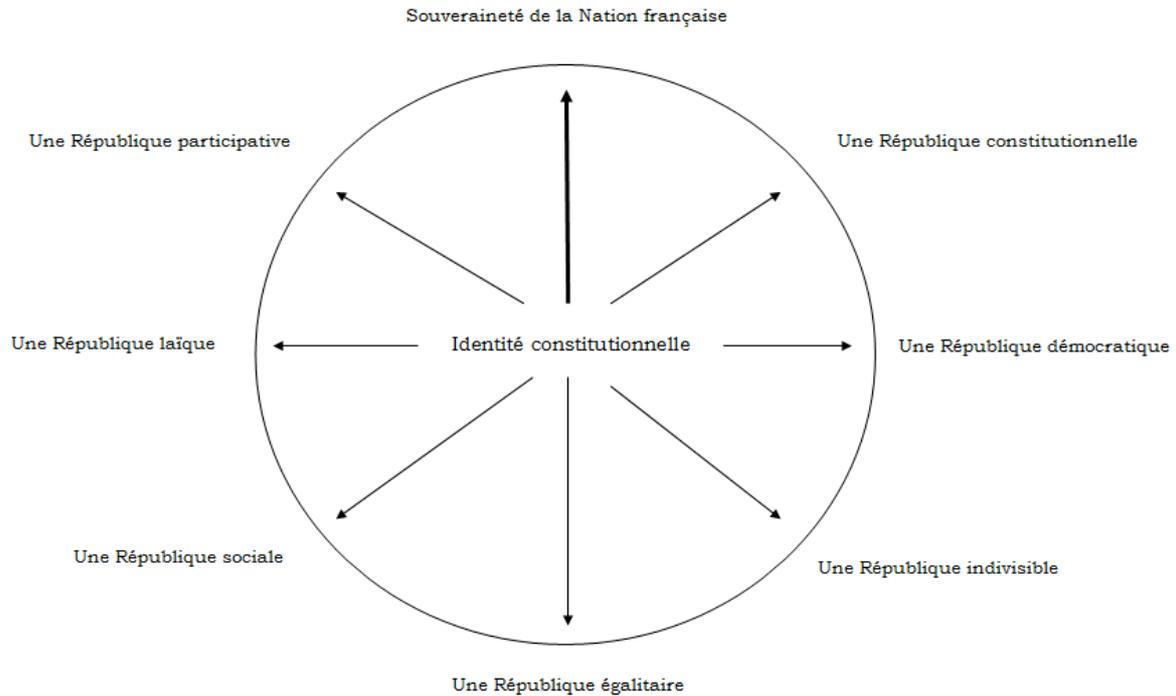
Ainsi, partant du postulat de la souveraineté de la Nation, la République s'avère :

QUALIFICATIFS INCIDENCES	ELLE SE CONFORME ...	ELLE GARANTIT ...
CONSTITUTIONNELLE	... aux dispositions constitutionnelles	... le respect des dispositions constitutionnelles
DÉMOCRATIQUE	... aux exigences impérieuses de la démocratie	... les exigences impérieuses de la démocratie
INDIVISIBLE	... aux impératifs d'unité de l'État	... les impératifs d'unité du peuple et du pouvoir
ÉGALITAIRE	... aux contraintes de l'égalité <i>lato sensu</i>	... les principes d'égalité et de non-discrimination
SOCIALE	... aux valeurs de solidarité	... le développement des valeurs de solidarité
LAÏQUE	... aux impératifs de neutralité de l'État	... à tous la liberté de conscience
PARTICIPATIVE	... aux obligations conventionnelles souscrites par l'État	... les obligations conventionnelles souscrites par l'État

*La schématisation de notre circept d'identité constitutionnelle de la France :*

<sup>44</sup> Ces principes constituent des normes constitutionnelles que les pouvoirs publics doivent tout à la fois respecter et mettre en œuvre.

<sup>45</sup> Ceci est d'ailleurs logique, car la création (comme la suppression) de l'un des principes fondamentaux ne pourrait se faire qu'avec l'assentiment du titulaire originaire de l'exercice de la souveraineté de la Nation, le Peuple, puisque selon l'article 3, alinéa premier, de la Constitution, « la souveraineté nationale [lui] appartient [et qu'il] l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».



En conclusion rapide, il apparaît qu'explicitée sémantiquement par le Conseil constitutionnel, la réserve de constitutionnalité consacrée lors de la décision « *Économie numérique* » devait l'être quant à sa catégorisation pour que l'idée constituée soit prégnante. Sur ce point, le syntagme d' « identité constitutionnelle de la France » semble pouvoir être référencé comme un circept puisque cela correspond trait pour trait à la construction jurisprudentielle consacrée et constitue un moyen d'ordonnement des principes qu'elle inclut. Présentant une indéniable opérabilité, cet outil s'avère également commode en offrant à chacun la possibilité d'aborder la « réserve de constitutionnalité » consacrée selon de nombreuses représentations : approche textuelle et/ou jurisprudentielle, approche rétrospective et/ou prospective, approche intuitive et/ou déductive, etc. De la sorte, si d'aucuns peuvent disconvenir du bienfondé ou d'insuffisances quant aux linéaments du circept auxquels nous parvenons, le principal est que la catégorisation, elle, emporte conviction puisqu'elle permet le franchissement de l'obstacle de l'équivoque originelle de cette « réserve de constitutionnalité » tout en réunissant ceux désireux de l'aborder dorénavant. Tout bien considéré, comme le souhait en fut formulé en introduction, il s'agit certainement ici d'un pont jeté sur l'avenir dans la délicate problématique des rapports de systèmes et, à l'occasion du présent anniversaire, c'est bien là l'essentiel ... !