

## **La force normative de l'histoire en droit constitutionnel : à propos des relations entre histoire et identité constitutionnelle**

David BAILLY, allocataire de recherche et chargé de travaux dirigés  
CERCOP – Université Montpellier I

- 1 - « Obsédés par la question de la valeur normative [les juristes spécialistes du droit constitutionnel] oublient complètement sa dimension temporelle, et donc le phénomène fondamental de *la durée de la Constitution* »<sup>1</sup>. Le présent propos, qui vise à démontrer la force normative de l'histoire en droit constitutionnel, procède-t-il de cette obsession ou s'en affranchit-il ? Toujours est-il que, contre la Loi de Hume « et aussi et surtout la loi de Kant »<sup>2</sup>, qui prônent la séparation étanche de l'être et du devoir-être<sup>3</sup>, et dont il résulte que « jamais le fait ne peut se transformer en droit »<sup>4</sup>, le renouveau du droit constitutionnel normatif, auquel la construction européenne contribue significativement, semble se traduire par un retour de l'histoire parmi les sources du droit constitutionnel normatif.

- 2 - Sous l'Ancien Régime, l'histoire était une source privilégiée des normes qui tenaient lieu de droit constitutionnel<sup>5</sup>. En l'absence de Constitution au sens formel avant la période révolutionnaire de la fin du XVIIIe siècle, le droit constitutionnel de l'Ancien Régime se compose en effet pour l'essentiel de règles et de principes non-écrits<sup>6</sup> qui, nés de la pratique, présentent une dimension historique primordiale. Pour apporter la preuve du caractère normatif de ces pratiques, rarement consignées dans les textes « avant la Révolution française, les arguments convaincants sinon décisifs en matière constitutionnelle sont de nature historique »<sup>7</sup>. Ainsi, souligne le professeur SAINT-BONNET, « pour administrer la preuve de l'existence de telle règle, que ce soit pour défendre la réunion régulière des Etats généraux, le consentement à l'impôt, le rôle actif des

---

1 Olivier BEAUD, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, p. 3.

2 Alexandre VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, Cours magistral, 2010, p. 158.

3 Cf. not. Simon de CHARENTENAY, *Origines et développement de la loi de Hume dans la pensée juridique*, Thèse dact., Montpellier I, 2008.

4 Emmanuel KANT, « Le Conflit des facultés », in *Œuvres complètes*, Gallimard, La Pléiade, tome III, 1986, p. 902 (section II, §8).

5 Sur la question de l'existence d'un droit constitutionnel avant la Révolution, cf. François Saint Bonnet, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », in *Droits*, n° 32, 2000, pp. 7 à 20.

6 Parmi les trois lois fondamentales apparues pendant l'époque moderne, seule celle concernant l'inaliénabilité du domaine de la Couronne est écrite, l'indisponibilité du royaume et la continuité de l'État ne disposant pas alors de fondement écrit. Cf. Jacques BOUINEAU, *Traité d'histoire européenne des institutions*, Tome 2, Litec, Traités, 2009, pp. 95 à 96.

7 François Saint-Bonnet, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, n° 2, 2009.

Parlements et des Cours souveraines dans le processus législatif ou encore le respect dû à tels privilèges provinciaux, le meilleur moyen reste d'avoir recours à l'histoire »<sup>8</sup>. Au cours du XVIIIe siècle, la rationalisation du droit a d'ailleurs conduit les juristes à élaborer de véritables démonstrations d'histoire constitutionnelle.

- 3 - « Mais après 1789, le temps des arguments historiques est révolu : la constitution n'est plus dans l'histoire ou dans l'épaisseur des siècles, elle est dans un texte résultant du génie créateur et de la raison du Souverain c'est-à-dire du Constituant »<sup>9</sup>. Ainsi, durant le XIXe et le XXe siècles, l'argument historique demeure un instrument doctrinal<sup>10</sup>, mais il n'est plus utilisé pour lui-même comme une source de normativité, sous une réserve cependant. En effet, la coutume en général, constitutionnelle en particulier, parce qu'elle est issue d'un « usage répété » fait appel à l'« histoire », encore que tout usage ne revête pas pour autant une valeur historique. Mais, d'une part, l'histoire ne suffit jamais à produire la norme coutumière, non seulement parce qu'elle doit être accompagnée de l'*opinio juris*, mais encore parce que « le fait caractérisé de la sorte [doit être] institué dans la Constitution comme fait créateur de normes juridiques »<sup>11</sup>. D'autre part, le droit constitutionnel est, de l'avis du professeur TROPER, « l'exemple le plus éclatant » des « branches du droit où les juridictions et les autres organes d'application n'ont par pour habitude de justifier leurs décisions en affirmant qu'ils sont liés par un règle coutumière »<sup>12</sup>.

- 4 - Aujourd'hui, le droit constitutionnel connaît une mutation qui conduit à s'interroger sur l'hypothèse d'une résurgence de la force normative de l'histoire, autrefois disparue des sources du droit. En effet, l'une des manifestations les plus importantes de cette mutation consiste dans la consécration d'une notion nouvelle : l'identité constitutionnelle de l'État, spécialement de l'État membre de l'Union européenne. Or, cet avènement coïncide avec la résurgence des références à l'histoire, particulièrement de la part des juridictions constitutionnelles, afin de déterminer les principes constitutionnels relevant de cette identité. Car, si l'identité constitutionnelle de l'État membre se caractérise d'une part à partir d'une altérité (l'Union européenne ou les autres États membres), selon un mode de formation « catégorielle »<sup>13</sup>, elle se définit d'autre part aussi, dans un

---

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 Encore aujourd'hui : Cf. not. Jean-Louis MESTRE, « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la IIe République », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, pp. 291 à 310.

11 Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 304.

12 Michel TROPER, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, p. 128.

13 Ce mode de formation de l'identité, par différentiation, est dit « catégoriel », parce qu'il mobilise la « pensée catégorielle », permettant de déterminer *ce qui est* à partir de *ce qui n'est pas*. Cf. not. Henri WALLON, « Les étapes de la personnalité chez l'enfant », in *Le problème des stades en psychologie de l'enfant*, Paul OSTERRIETH et al. (dir.), PUF, 1956, spé. p. 77.

rapport à soi-même, suivant un mode de formation « analytique »<sup>14</sup>, au regard de l'histoire nationale de l'État membre.

- 5 - Le rôle de l'histoire dans la définition de l'identité n'est d'ailleurs pas réservé qu'au droit, mais apparaît aussi dans les sciences humaines, auxquelles le droit constitutionnel a précisément emprunté la notion d'identité. Dans le champ de la philosophie d'abord, l'identité, conçue comme la « relation qu'entretient un particulier avec lui-même tout au long de sa carrière »<sup>15</sup>, est présentée à travers le principe de « permanence dans le temps »<sup>16</sup>. Cette conception de l'identité ne se réduit d'ailleurs pas à la personne, et, conçue de manière générale, elle a vocation à s'appliquer même à l'État. L'identité de l'entité considérée, quelle qu'elle soit, va ainsi se laisser appréhender à partir des éléments qui « font histoire pour elle »<sup>17</sup>. Dans le champ des sciences cognitives ensuite, le psychanalyste ERIKSON, qui a réintroduit la notion d'identité dans le champ des sciences sociales, désigne l'identité comme « continuité historique »<sup>18</sup>. Dans le champ de la discipline historique enfin, la notion d'« identité » occupe une place importante, puisque l'histoire elle-même se rapporte à des « évènements individualisés »<sup>19</sup>.

- 6 - En empruntant la notion d'identité à ces disciplines, le droit constitutionnel a manifestement repris la démarche historique à partir de laquelle elles définissent cette notion. Ainsi, l'histoire est à la fois une source de production de principes identitaires (I.) et une source de justification du statut de l'identité constitutionnelle (II.).

## **I. L'histoire comme source de production de principes identitaires**

- 7 - La notion d'identité constitutionnelle est commune au droit constitutionnel américain et au droit constitutionnel européen. Mais, d'un côté ou de l'autre de l'Atlantique, les conceptions de l'identité constitutionnelle ne sont pas du tout les mêmes, de sorte que dans les deux cas, le rapport de l'identité à l'histoire ne présente pas le même aspect. Aux États-Unis, où l'identité

---

14 Ce mode de formation de l'identité, par réflexion, peut en effet être dit « analytique » parce qu'il a d'abord été mis au jour par la psychologie analytique. Cf. spé. Carl Gustav JUNG, *Métamorphoses de l'âme et ses symboles*, Genève, Georg ed., 1989

15 Stéphane FERRET, *Le bateau de Thésée. Le problème de l'identité à travers le temps*, Les éditions de minuit, 1993, p. 15.

16 cf. Paul RICOEUR in *Soi-même comme un autre*, Seuil, points essais, spé. p. 142 s.

17 « “Je” suis mon histoire événementialement comprise à partir des événements qui font histoire pour moi, c'est-à-dire qui ouvrent pour moi une histoire et la dimension de son sens », Claude ROMANO, *L'événement et le temps*, Paris, PUF, Épiméthée, 1999, p. 125.

18 Éric Homburger ERIKSON, *Adolescence et crise, la quête d'identité*, Paris, Flammarion, Champs, 2006.

19 C'est à dire des évènements qui « arrivent à un moment donné », et qui ne s'assimilent jamais entre eux, même s'ils peuvent se répéter. Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Le Seuil, points histoire, 1996, pp. 19 à 20.

constitutionnelle forme l'esprit de la Constitution toute entière<sup>20</sup> et où aucune conception a-historique de la Constitution n'a cours, il ne peut y avoir ni identité sans histoire, ni histoire sans identité. Ainsi, selon le professeur JACOBSOHN, pour qui « une Constitution acquiert une identité à travers l'expérience »<sup>21</sup>, l'identité constitutionnelle « représente un mélange des aspirations et des engagements politiques qui est expressif du passé d'une nation »<sup>22</sup>. En Europe, où l'identité constitutionnelle constitue, non pas toute la Constitution, mais le cœur de la Constitution, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle des États membres de l'Union fait apparaître que si l'histoire constitue une source obligée de tout principe identitaire (A), certains principes non qualifiés d'identitaires sont eux aussi tirés de l'histoire (B.), de sorte que, s'il n'y a pas d'identité sans histoire, il peut y avoir de l'histoire sans identité.

### **A. L'histoire, source obligée de tout principe identitaire**

- 8 - La jurisprudence constitutionnelle récente des cours constitutionnelles européennes fait généralement apparaître de manière explicite le caractère historique de la source qui préside à la qualification identitaire de principes constitutionnels (1.). Et quand tel n'est pas le cas, l'utilisation de la notion d'identité constitutionnelle suggère implicitement la source historique de ces principes identitaires (2.).

#### **1. Une source généralement explicite**

- 9 - En consacrant, à travers l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale, l'intangibilité de principes que la Cour constitutionnelle allemande définit comme identitaires, « la Loi fondamentale réagit à des expériences historiques »<sup>23</sup>. En effet, juge la Cour, en adoptant cette clause d'éternité le constituant allemand a tiré les conséquences « des expériences historiques d'érosion larvée ou brutale de la substance libérale d'un ordre fondamental démocratique »<sup>24</sup>. Plus précisément, c'est sur le fondement de ce rapport à l'histoire nationale que la Cour constitutionnelle allemande a fondé, dans sa décision du 4 novembre 2009<sup>25</sup>, l'inhérence du principe de démocratie à l'identité

---

20 Cf. not. George P. FLETCHER, "Constitutional identity", in *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy. Theoretical perspectives*, Michel ROSENFELD (éd.), Duke University Press, 1994, p. 223 s.

21 « I argue, following Edmund Burke, that a constitution acquires an identity through experience, that its identity neither exists as a discrete object of invention nor as a heavily encrusted essence embedded in a society's culture, requiring only to be discovered. Identity emerges dialogically and represents a mix of political aspirations and commitments that is expressive of a nation's past, as well as the determination of those within the society who seek, in some ways, to transcend that past », Gary Jeffrey JACOBSOHN, "Constitutional identity", *The Revue of Politics*, 68, 2006, p. 363.

22 *Ibid.*

23 Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, [218].

24 *Id.*

25 Cour constitutionnelle allemande, 1BvR 2150/08, 4 novembre 2009. Pour un commentaire, Cf. not. Michel FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2009 », *RDP*, 2010, n° 4, p. 1147 s.

constitutionnelle de l'Allemagne. Amenée à se prononcer sur un cas d'application du paragraphe 130 IV du Code pénal qui punit en particulier toute glorification du « régime national-socialiste de domination par la violence et l'arbitraire » troublant « la paix publique d'une façon qui blesse la dignité des victimes », la Cour<sup>26</sup> est revenue sur sa jurisprudence antérieure<sup>27</sup>. En effet, elle avait d'abord considéré que cette disposition entrerait dans le cadre de l'article 5, alinéa 2, de la Loi fondamentale, qui prévoit que « le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion » trouve en particulier ses « limites dans les prescriptions des lois générales »<sup>28</sup>. Revenant sur les motifs de cette décision, la Cour considère en 2009 que, « certes il ne s'agit pas d'une loi générale au sens de l'article 5, al. 2 alternatif à l'al. 1, de la Loi fondamentale »<sup>29</sup>, mais bien d'une « loi spéciale »<sup>30</sup>. Toutefois « en ce qui concerne le régime national-socialiste des années 1933 à 1945, l'article 5, al. 1 et 2, permet aussi des limitations, par le biais de dispositions qui ne correspondent pas aux exigences d'une loi générale »<sup>31</sup>. En effet, précise la Cour, « le régime de ce temps » a « pour l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne une importance identitaire » qui justifie de limiter le droit de manifester des opinions néo-nazis<sup>32</sup>. Il en résulte que « l'identité de la République fédérale d'Allemagne marquée par l'histoire »<sup>33</sup> inclut une composante historique indéniable.

- 10 - Le Tribunal constitutionnel polonais fait, lui aussi, très clairement apparaître l'histoire comme une source de l'identité. Dans sa décision relative au traité de Lisbonne en effet, le Tribunal déduit de l'objectif « d'approfondir la solidarité entre les peuples dans le respect de leur histoire, leur culture et leurs traditions »<sup>34</sup>, la confirmation d'« une identité nationale en solidarité avec les autres nations »<sup>35</sup>. En d'autres termes, c'est « le contexte historique, traditionnel et culturel qui détermine l'identité nationale »<sup>36</sup>. Or, le Tribunal constitutionnel polonais assimile explicitement identité nationale et identité constitutionnelle de l'État membre, en affirmant que « l'identité constitutionnelle reste en étroite relation avec le concept d'identité nationale, qui inclut également la

---

26 La Cour était saisie d'un recours individuel fondé sur la violation prétendue du droit constitutionnel de manifester ses opinions du fait d'une décision administrative destinée à empêcher la tenue d'une manifestation néo-nazie, fondée sur le paragraphe 130 IV du Code pénal

27 Cour constitutionnelle allemande, 1BvQ 19/04, 23<sup>e</sup> juin 2004 ; *Cf. not.* Michel FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2004 », *RDJ*, 2005, n° 6, p. 1686 s.

28 Cour constitutionnelle allemande, 1BvQ 19/04, 23<sup>e</sup> juin 2004, [20].

29 Cour constitutionnelle allemande, 1BvR 2150/08, 4 novembre 2009, [52].

30 Cour constitutionnelle allemande, 1BvR 2150/08, 4 novembre 2009, [53 à 61].

31 Cour constitutionnelle allemande, 1BvR 2150/08, 4 novembre 2009, [52 et 64].

32 Cour constitutionnelle allemande, 1BvR 2150/08, 4 novembre 2009, [65].

33 Cour constitutionnelle allemande, 1BvR 2150/08, 4 novembre 2009, [66].

34 Préambule, alinéa 7, du Traité sur l'Union européenne modifié par le Traité de Lisbonne.

35 Tribunal constitutionnel Polonais, K 32/09, *Traité de Lisbonne*, III. 2. 2. (p. 23).

36 Tribunal constitutionnel Polonais, K 32/09, *Traité de Lisbonne*, III. 2. 2. (p. 27).

De manière générale d'ailleurs le Tribunal constitutionnel polonais semble employer indifféremment les expressions « identité nationale » et « traditions nationales » (spé. p. 29).

tradition et la culture »<sup>37</sup>.

## 2. Une source parfois implicite

- 11 - Ce cas de figure peut être illustré par la jurisprudence constitutionnelle française qui a émis en deux temps une réserve constitutionnelle au principe de primauté du droit de l'Union sur le droit national, en vue de la préservation de ce que le Conseil a fini par appeler l'identité constitutionnelle de la France. Dans un premier temps, cette réserve était supposée constituée de principes constitutionnels revêtant un double caractère « exprès »<sup>38</sup> et « spécifique »<sup>39</sup>. Il en résulte que la détermination de ces principes identitaires, même s'ils n'étaient pas encore qualifiés comme tels, ne procédait en rien, ni explicitement ni implicitement, de leur enracinement historique.

- 12 - Mais en 2006 le Conseil constitutionnel a reformulé sa réserve, la définissant comme constituée des « règle[s] ou [...] principe[s] inhérent[s] à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>40</sup>. Avec la consécration formelle de la notion d'identité constitutionnelle, il n'est plus possible de douter de la pertinence du critère historique pour la détermination des principes identitaires. D'une part en effet, l'emprunt de la notion d'« identité » aux sciences sociales emporte le caractère historique du contenu de l'identité constitutionnelle. Tout comme l'identité personnelle d'un individu se définit par rapport à son histoire, l'identité constitutionnelle de la France se définit par rapport à l'histoire de la France. D'autre part, cette reformulation est supposée présenter une valeur ajoutée par rapport à la formulation antérieure de la réserve, sans quoi le changement de formule n'eut pas été justifié. Or, force est d'admettre que cette valeur ajoutée ne consiste pas en une clarification de la jurisprudence, puisque la notion d'« identité constitutionnelle de la France » est au moins aussi ambiguë que la formulation antérieure de la réserve à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives<sup>41</sup>. Dès lors, l'apport de l'emploi de la notion d'identité constitutionnelle réside peut-être dans l'intention du Conseil constitutionnel de marquer la prise en compte de l'histoire pour définir le contenu de cette réserve. Quoiqu'il en soit, si tout principe identitaire découle de source historique, tout principe à dimension historique n'est pas nécessairement identitaire.

---

37 Tribunal constitutionnel Polonais, K 32/09, *Traité de Lisbonne*, III. 2. 1. (p. 23).

38 Conseil constitutionnel français, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, [Cs. 7].

39 Certes ce critère n'est pas explicitement présent dans les décisions du Conseil constitutionnel, mais il ressort clairement de la décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2005, *Loi relative à la bioéthique*, [Cs. 6].

40 Conseil constitutionnel français, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, [Cs. 19].

41 Le professeur Denys SIMON parle ainsi du « remplacement d'une formule ambiguë par une formule obscure » (*in* « L'obscurité clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, n° 10, Octobre 2006, Alerte 42).

## **B. Une source possible de principes non-identitaires**

- 13 - Tous les principes constitutionnels tirés de l'histoire ne sont pas nécessairement qualifiés d'identitaires dans la jurisprudence constitutionnelle des États membres. Certes, dans la plupart des cas, cette absence de qualification n'exclut pas nécessairement leur appartenance à l'identité constitutionnelle. L'histoire demeure ainsi en général la source de principes potentiellement identitaires (1.). Néanmoins, un cas jurisprudentiel précis, qu'on ne peut feindre d'ignorer, suffit à démontrer que l'histoire peut être aussi la source de principes constitutionnels exclus de l'identité constitutionnelle (2.).

### **1. La source de principes potentiellement identitaires**

- 14 - La référence à l'histoire comme instrument de détermination de principes ayant vocation à composer l'identité constitutionnelle, peut être illustrée tout d'abord par la jurisprudence constitutionnelle française. Certes, a priori, il semble hautement improbable de trouver des références à l'histoire dans la motivation des décisions du Conseil constitutionnel, compte tenu de la culture normativiste dans laquelle baigne la jurisprudence française. En effet, seul le texte constitutionnel, tel qu'il est interprété par le juge, est réputé être le fondement même du droit constitutionnel normatif. Dans ce cadre, l'histoire ne peut avoir droit de cité que relayée par une prescription constitutionnelle. Ainsi, le Conseil constitutionnel français juge depuis 1988 que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République »<sup>42</sup> « au sens de l'alinéa premier du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 »<sup>43</sup>, précise-t-il à partir de 2008.

- 15 - Pourtant, le Conseil constitutionnel s'est une fois, mais une fois de trop d'un point de vue purement normativiste, référé à l'histoire, au cas particulier constitutionnelle, de la France pour motiver une de ses décisions. En effet, dans celle du 9 mai 1991 relative à la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, le Conseil lui-même relève, après une série de références constitutionnelles de droit positif, que la référence faite au concept de « peuple français » figure « d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels », avant de conclure à la valeur constitutionnelle du concept<sup>44</sup>. Or, si la référence à ce concept figure « d'ailleurs » à travers

---

42 Conseil constitutionnel français, n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, [Cs. 11].

43 Conseil constitutionnel français, n° 2008-563 DC, 21 février 2008, *Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général*, [Cs. 3] ; n° 2008-573 DC, 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, [Cs. 16] ; n° 2009-579 DC, 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, [Cs. 11] ; n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, [Cs. 6].

44 Conseil constitutionnel, n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, [Cs.

deux cents ans de textes constitutionnels, elle ne tire pas de cette constance sa validité. Car le relativisme positiviste dans lequel s'inscrit la jurisprudence refuse que le fondement de la validité d'une norme puisse se trouver ailleurs que dans le droit positif. Mais même subsidiaire, cette évocation ne peut être ignorée, le Conseil constitutionnel lui assignant nécessairement un sens, sans quoi il en aurait fait l'économie. Puisqu'elle ne remplit manifestement aucune fonction de définition matérielle du concept de peuple français, sans doute vise-t-elle à le valoriser. C'est très certainement ce que M. GENEVOIS, alors Secrétaire général du Conseil constitutionnel, voulait dire en expliquant qu'il s'agissait pour le Conseil constitutionnel « d'éclairer le sens d'un concept juridique »<sup>45</sup> par l'histoire. Contrairement au « contexte historique [qui] n'a pas pour le droit de fonction légitimante »<sup>46</sup>, la profondeur historique d'un concept juridique sert ici à le mettre en lumière<sup>47</sup>, jusqu'à en faire, peut-être, un concept identitaire. En effet, puisque le Conseil n'avait pas encore mis au jour la notion d'identité constitutionnelle, il est normal qu'il n'ait pas qualifié d'identitaire le « concept de peuple français » produit par l'histoire. Mais il paraît difficile de contester l'inhérence de ce concept à l'identité constitutionnelle de la France.

- 16 - L'idée que l'histoire peut servir à qualifier des principes constitutionnels potentiellement identitaires peut être confirmée par l'étude de certaines décisions des Cours constitutionnelles hongroise et espagnole. Car, même si ces cours n'utilisaient pas, à l'heure de ces décisions, la notion d'identité constitutionnelle<sup>48</sup>, le recours à l'argument historique dans leur motivation peut raisonnablement laisser penser que l'histoire y a contribué à définir des normes potentiellement identitaires. S'agissant de l'Espagne, le Tribunal constitutionnel a ainsi jugé, dans une décision du 14 décembre 1992, que « le droit d'accéder aux fonctions et aux charges publiques, prétendument lésé, fortement enraciné dans notre tradition constitutionnelle dès 1812, est configuré comme fondamental avec une protection juridictionnelle plus intense »<sup>49</sup>. Quelques années plus tard, au détour du rappel de faits, il précise à propos de la notion de *checks and balances* qu'elle est

---

12].

45 Bruno GENEVOIS, « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n°91-290 du 9 mai 1991) », *RFDA*, 1991, p. 407. Il est vrai que M. GENEVOIS parle du « sens » du concept juridique, comme si l'histoire permettait d'en découvrir le sens. Or, rien ne montre dans la décision du 9 mai 1991 en quoi l'histoire éclairerait le sens du concept de peuple français.

46 Simone GOYARD-FABRE, *Re-penser la pensée du droit. Les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique*, Paris, Vrin, 2007, p. 89

47 Au risque peut-être de sombrer dans une « dérive historiciste du droit » (Emmanuel CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*, 2006, n° 67, p. 522 s.)

48 Alors que la Cour constitutionnelle hongroise n'emploie pour l'heure toujours pas la notion d'identité constitutionnelle, le Tribunal constitutionnel espagnol ne l'a utilisée qu'une fois, en 2004 dans sa décision relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe (Cf. ci-dessous, paragraphe 28). Et si l'on trouve depuis lors une utilisation de l'argument historique au détour de sa décision 155/2005 du 9 juin 2005, sans pour autant être avancé en faveur de l'identité constitutionnelle, c'est dans une opinion dissidente, et non pas dans les motifs de la décision.

49 Tribunal constitutionnel espagnol, arrêt, STC 225/1992, 14 décembre 1992 ;

inhérente à l'idée de division des pouvoirs et « conforme à notre tradition constitutionnelle »<sup>50</sup>. S'agissant de la Hongrie, et en dehors même de la question de la réparation des préjudices de l'histoire, la Cour constitutionnelle a recours à l'histoire pour développer de véritables démonstrations juridiques<sup>51</sup>. Ainsi par exemple, la Cour tire argument de l'origine soviétique des droits généraux et illimités du ministère public pour déclarer le droit général et illimité du procureur général d'engager une procédure civile contraire à la Constitution<sup>52</sup>. Certes, au cas particulier, la référence à l'histoire sert d'argument de délégitimation de la loi contestée, vestige d'une histoire honnie, pour mieux asseoir le jugement d'inconstitutionnalité qui la frappe. Mais du même coup elle fonde également en droit le rehaussement du niveau de protection des droits constitutionnels de la défense<sup>53</sup>.

- 17 - Une illustration différente de ce potentiel identitaire des normes déduites de l'histoire est contenue dans la jurisprudence constitutionnelle allemande. En effet, la Cour constitutionnelle allemande a elle-même déduit en 1994 d'une « tradition constitutionnelle, qui remonte à la Constitution de Weimar de 1918 », que « l'utilisation des forces armées allemandes dans une opération internationale de maintien de la paix requiert une autorisation préalable du Parlement »<sup>54</sup>. Certes, la notion d'identité constitutionnelle était alors déjà présente dans la jurisprudence de la Cour. Mais, hors du contexte de la construction européenne, la qualification identitaire de cette norme ne s'imposait pas. Dès lors, rien dans cette décision ne permet d'exclure ce principe de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne.

## **2. La source de principes exclus de l'identité constitutionnelle**

- 18 - Si la Cour constitutionnelle allemande fait référence à l'histoire pour caractériser l'inhérence d'un principe à l'identité constitutionnelle, elle se sert également de cette référence à propos de normes qui ne relèvent pas de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne, mais d'une autre catégorie normative dans sa jurisprudence. Dans le paragraphe 249 de sa décision relative au traité de Lisbonne en effet, la Cour considère que les décisions politiques qui permettent de « modeler les conditions de vie économiques, culturelles et sociales » et doivent relever de la compétence de l'État, sont « particulièrement tributaire[s] de préconceptions culturelles, *historiques* et linguistiques »<sup>55</sup>. Or, la « capacité d'organisation politique », qui procède de compétences dont le

---

50 Tribunal constitutionnel espagnol, arrêt, STC 234/2000, 3 octobre 2000 ;

51 Sur ce point, Cf. not. Alexandra HORVATH, « Un système original de références du juge constitutionnel hongrois », *Revue de Justice Constitutionnelle Est-européenne*, 2001, n° 2, spé. pp. 184 à 188.

52 Cour constitutionnelle hongroise, n° 1/1994, 1er juillet 1994 ;

53 Dans le même sens, à propos du principe de la compétence légale du juge : Cour constitutionnelle de la République Tchèque, IV. ÚS 956/09, 22 novembre 2009, *Right to Lawful Judge*, (spé. pt. 21).

54 Cour constitutionnelle allemande, 12 juillet 1994.

55 Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, [216].

maintien dans le giron de l'État s'explique par des considérations historiques, ne repose pas sur des principes identitaires. Il est vrai que, commentant ce § 249 de la décision de son homologue allemande, le Tribunal constitutionnel polonais a cru pouvoir assimiler la « capacité d'organisation politique de l'Allemagne » à son identité constitutionnelle. Et cette erreur s'explique peut-être par le fait que la jurisprudence allemande constitue sur ce point une exception dans le concert convergent des jurisprudences constitutionnelles européennes relatives aux rapports entre histoire, constitution et identité. Mais, aussi extravagante, au sens littéral, que soit la démarche du juge constitutionnel allemand par rapport à celle de ses pairs, et même par rapport à la sienne dans le reste de sa jurisprudence, l'analyse qu'en fait le Tribunal constitutionnel polonais n'en est pas moins erronée.

## **II. L'histoire comme instrument de justification du statut de l'identité constitutionnelle**

- 19 - Dès lors qu'elle constitue un critère nécessaire à la définition de l'identité constitutionnelle, l'histoire n'est pas sans incidence sur le statut de cette identité. Au contraire même, l'histoire s'impose, non seulement comme une norme de détermination du contenu de l'identité, mais encore comme un instrument de justification de son statut juridique, d'une part vis-à-vis du législateur constitutionnel de l'État (A.), et d'autre part vis-à-vis du droit de l'Union européenne (B.).

### **A. Un instrument de justification du statut de l'identité constitutionnelle vis-à-vis du législateur constitutionnel**

- 20 - D'un point de vue théorique, l'identité constitutionnelle s'impose, par ses origines historiques, comme une limite absolue au pouvoir du législateur constitutionnel (1.). Mais une prise de vue empirique oblige à nuancer cette affirmation, car l'existence de cette limite apparaît en pratique aléatoire (2.).

#### **1. Une limite en théorie absolue au pouvoir du législateur constitutionnel**

- 21 - « À l'origine était le pouvoir constituant »<sup>56</sup>. Le constituant se présente ainsi toujours comme un acteur historique en rupture avec le passé immédiat. L'histoire constitutionnelle mouvementée de la France en offre des illustrations. Ainsi par exemple, issue d'un acte constituant, « la constitution de l'an III se construit essentiellement par la destruction de celle de l'an I »<sup>57</sup>, que la Convention du 1<sup>er</sup> prairial an III avait refusé de mettre en application, même révisée. De même, la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 opère « un changement de cap institutionnel »<sup>58</sup> en « rompant

---

56 Étienne KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, p. 194.

57 Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Montchrestien, Domat droit public, 7e éd., 2002, p. 116.

58 Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, Domat Droit public, 20e éd., 2006, p. 425.

radicalement avec la souveraineté nationale »<sup>59</sup>. En Allemagne, c'est, selon la Cour de Karlsruhe, « à des expériences historiques d'érosion larvée ou brutale de la substance libérale d'un ordre fondamental démocratique »<sup>60</sup> qu'a réagi le constituant allemand en adoptant l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale, qui consacre l'identité constitutionnelle<sup>61</sup>.

- 22 - Non seulement le constituant ne peut pas faire autre chose que de rompre avec l'histoire, mais de surcroît il est le seul à pouvoir le faire. En rompant avec l'histoire, le constituant donne naissance à une nouvelle identité constitutionnelle, sise sur une histoire recommencée qui contraindra avec le temps le législateur constitutionnel. Il est en effet raisonnable de penser que, du fait de son attachement à son œuvre, le constituant a voulu mettre à l'abri du législateur constitutionnel le cœur de la Constitution. En lieu et place, ou plus exactement comme instrument de définition des contours de l'idée schmittienne de « décision politique fondamentale »<sup>62</sup>, l'histoire constitue alors un critère pertinent de définition des limites matérielles au pouvoir du législateur constitutionnel. En effet, la continuité historique d'un principe constitutionnel peut être interprétée comme la preuve de son intangibilité<sup>63</sup>. Il s'agirait alors de ce que le professeur RIALS appelle « une supra-constitutionnalité “autogénérée” »<sup>64</sup>. À tout le moins, la continuité historique s'avère être une preuve possible de la nécessité d'un principe constitutionnel. Or, la nécessité d'un principe peut impliquer pour le législateur constitutionnel de ne pas en changer, d'où il résulte que l'identité constitutionnelle est en théorie intangible.

## **2. Une limite au pouvoir du législateur constitutionnel en pratique aléatoire**

- 23 - Force est cependant de constater que les enseignements tirés du droit constitutionnel comparé ne permettent pas de confirmer systématiquement le caractère intangible de l'identité constitutionnelle, qui résulte théoriquement de son origine historique. En effet, si dans certains cas le principe est, ou finit par être, celui de l'intangibilité de l'identité constitutionnelle, dans d'autres le caractère intangible de l'identité constitutionnelle est au contraire démenti<sup>65</sup>.

---

59 Marcel MORABITO, *o. c.*, p. 170.

60 *Id.*

61 Par contre, il est difficilement concevable que le constituant puisse être amené à intervenir en continuité avec l'histoire, puisque par nature le constituant, pouvoir de fait, agit en rupture avec le passé. Ainsi, si l'intention est de pérenniser la continuité historique, nulle intervention de sa part n'est nécessaire à cette fin. Tout au plus, s'il apparaît opportun de consacrer solennellement l'attachement au passé, l'intervention du législateur constitutionnel suffit.

62 Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, Léviathan, 1993, not. p. 154.

63 En ce sens, cf. Jérôme ROUX, « Finitude de la souveraineté de l'État et intangibilité de la souveraineté du peuple (remarques sur la valeur supraconstitutionnelle du principe de la souveraineté démocratique) », *Civitas Europa*, n° 3, 1999, spé. p. 29.

64 Stéphane RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *APD*, T. 31, 1986, pp. 70 à 71.

65 Certes l'affirmation de l'intangibilité de l'identité constitutionnelle va de paire avec celle de son caractère historique (Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*), alors qu'à l'inverse l'absence de caractère intangible des principes identitaires coïncide avec le silence gardé par le juge sur l'origine historique de l'identité constitutionnelle (Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, *Solange I* ; Conseil constitutionnel français,

- 24 - La Cour constitutionnelle allemande est certainement celle qui affirme avec le plus de netteté le caractère intangible de l'identité constitutionnelle, dont elle a introduit la notion en Europe. Certes, il n'en a pas toujours été ainsi dans sa jurisprudence. La Cour semblait admettre, dans un premier temps de sa décision *Solange* de 1974, que l'identité constitutionnelle de l'Allemagne pouvait être modifiée par la voie d'une simple révision de la Constitution. En effet, en jugeant que l'article 24 de la Loi fondamentale « ne permet pas que la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité soit modifiée sans révision constitutionnelle »<sup>66</sup>, la Cour paraissait clairement écarter l'idée que l'identité constitutionnelle fut une limite au pouvoir de révision de la Constitution. Mais en fait, elle était déjà sensible au caractère intangible de l'identité constitutionnelle. En effet, l'affirmation du caractère révisable de l'identité était immédiatement contredite par la suite de cette décision qui associe les droits fondamentaux à la notion d'identité constitutionnelle. Or, dès lors qu'elle se compose des droits fondamentaux, intangibles selon l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale, l'identité constitutionnelle de l'Allemagne est elle-même une limite au pouvoir de révision de la Constitution. Pour accepter, avec la Cour, que l'identité soit de manière générale révisable, alors que de manière spécifique les droits fondamentaux, qui en font partie, sont intangibles, il faudrait se résoudre à admettre que seule une part de l'identité serait exclue de la compétence du législateur constitutionnel. Mais cette hypothèse doit être écartée, la Cour ayant clairement fait apparaître à travers sa décision du 30 juin 2009 que toute « l'identité de l'ordre constitutionnel libéral est soustraite aux mains du législateur constitutionnel lui-même »<sup>67</sup>, sans distinction parmi les éléments inhérents à cette identité constitutionnelle.

- 25 - À l'inverse, le Conseil constitutionnel français considère manifestement l'identité constitutionnelle de la France comme étant révisable. En effet, en précisant depuis 2006 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>68</sup>, le Conseil admet explicitement la compétence du législateur constitutionnel, qu'il nomme classiquement « constituant »<sup>69</sup>, pour modifier l'identité constitutionnelle de la France. Par ailleurs, la théorie des limites au pouvoir de révision de la Constitution n'a de toutes façons pas cours, de l'avis général,

---

n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*). Mais cela démontre seulement que le juge se sent tenu de justifier l'énoncé d'une limite au pouvoir du législateur constitutionnel par l'argument historique, non pas que les principes révisables sont dépourvus de profondeur historique.

66 Cour constitutionnelle allemande, 2 BVR 37/271, 29 mai 1974, dit *Solange I*, [B, I, 4, b].

67 Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, [216].

68 Conseil constitutionnel français, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, [Cs. 19].

69 Voir par exemple : Conseil constitutionnel français, n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, [Cs. 6].

dans la jurisprudence constitutionnelle française<sup>70</sup>. Certes, malgré les deux arguments d'évidence qui précèdent, l'idée que l'identité constitutionnelle de la France serait intangible doit être envisagée. Mais elle ne peut l'être que sur la base de deux arguments, dont aucun n'est déterminant. D'abord, il n'est certes pas totalement exclu que le Conseil constitutionnel admette l'existence de limites à la révision de la Constitution, parmi lesquelles pourraient alors figurer les principes identitaires. En effet, par deux décisions du 15 juin 1999<sup>71</sup> et du 4 novembre 2010<sup>72</sup>, le Conseil a censuré, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution<sup>73</sup>, des dispositions législatives autorisant l'approbation d'engagements internationaux, sans pour autant faire mention du pouvoir du législateur constitutionnel de lever l'inconstitutionnalité. Le silence ainsi gardé sur l'intervention éventuelle du législateur constitutionnel pourrait tenir à la conviction nouvelle du Conseil constitutionnel du caractère intangible des dispositions constitutionnelles s'opposant dans les espèces à l'approbation des engagements internationaux<sup>74</sup>. Mais il peut aussi bien et plus simplement traduire l'hostilité politique du Conseil constitutionnel à l'intervention du législateur constitutionnel<sup>75</sup>. Ensuite, quitte à ergoter, il est tentant de chercher un indice en faveur du caractère intangible de l'identité constitutionnelle de la France en tirant argument de la forme rédactionnelle de la réserve de constitutionnalité formulée dans la décision du 27 juillet 2006. En effet, 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*

---

70 Cf. not. Georges VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173 s. ; « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 71 s. ; Robert BADINTER, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, pp. 217 à 225 ; Jean-Pierre CAMBY, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, n° 3, pp. 671 à 688 ;

71 Conseil constitutionnel français, n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*.

72 Conseil constitutionnel français, n° 2010-614 DC, 4 novembre 2010, *Loi autorisant l'approbation de l'accord entre la France et la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains isolés sur le territoire français*.

73 Contrairement à l'article 61, l'article 54 prévoit explicitement que « si le Conseil Constitutionnel [...] a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ». Dès lors le Conseil constitutionnel a pris l'habitude de préciser que l'autorisation de ratifier le traité incompatible avec la Constitution « exige une révision de la Constitution » (n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne* ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes* ; n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* ; n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*).

74 En l'occurrence, les principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français dans la décision du 15 juin 1999, et le droit à un recours juridictionnel effectif dans la décision du 4 novembre 2010.

75 C'est en tout cas très probable pour ce qui est de la décision du 15 juin 1999, relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Cf. not. Thomas MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnel et de science politique, Tome 112, 2003, p. 407.

*consenti* »<sup>76</sup>, le Conseil n'envisage, littéralement, que l'hypothèse du consentement à ce que la directive aille à l'encontre de l'identité constitutionnelle de la France, et non pas à ce que cette identité soit modifiée. Mais là encore, l'argument ne tient pas pour deux raisons. D'une part, la distinction entre « déroger » et « modifier » s'avère une distinction oiseuse<sup>77</sup>, car déroger à l'identité revient en définitive à la modifier. D'autre part, même si cette distinction était tenable, le législateur constitutionnel serait parfaitement libre de suivre la voie de la dérogation à l'identité constitutionnelle, suggérée par le Conseil constitutionnel, ou d'emprunter celle, plus radicale, de la modification de l'identité.

## **B. Un instrument de justification du statut de l'identité constitutionnelle vis-à-vis du droit de l'Union**

- 26 - De ce qui précède, il résulte que le caractère non-révisable des principes identitaires semble s'imposer en théorie mais il est battu en brèche en pratique. Si on le tient pour un acquis théorique, alors le caractère intangible des principes identitaires emporte avec lui la supériorité de l'identité constitutionnelle sur le droit de l'Union (1.). Mais si l'on se fie davantage à la pratique, c'est à dire à l'enseignement qui a été tiré du droit constitutionnel comparé, l'absence de caractère intangible des principes identitaires n'empêche pas pour autant l'identité constitutionnelle de constituer une limite au principe de primauté du droit de l'Union, car ces principes pourraient alors toujours se prévaloir de leur source historique à cette fin (2.).

### **1. L'identité constitutionnelle, limite nécessaire au principe de primauté du droit de l'Union du fait de son intangibilité**

- 27 - Théoriquement insusceptible d'être modifiée par une loi constitutionnelle, l'identité constitutionnelle de l'État s'impose nécessairement comme une limite au principe de primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres. Car dans l'hypothèse où le droit de l'Union se heurterait à une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de l'État membre, cet État ne disposerait d'aucun moyen juridique de rendre, par lui-même, son identité constitutionnelle compatible avec le droit de l'Union. Dès lors, deux issues seraient envisageables<sup>78</sup>. Soit le droit de

---

76 Conseil constitutionnel français, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, [Cs. 19].

77 Cf. Conseil constitutionnel français, n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, [Cs. 19 s.] : « qu'il [...] est loisible [au législateur constitutionnel] d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ».

78 Une troisième issue, juridique dans son aboutissement mais pas dans son enclenchement, qui n'affecterait pas le processus d'intégration européenne, resterait certes possible. Par un changement de Constitution, le constituant pourrait en effet donner une nouvelle identité constitutionnelle à l'État membre. Mais cette ultime solution relèverait néanmoins d'un libre choix du constituant national, qui par là même manifesterait sa suprématie que le principe de primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres ne saurait en rien contredire.

l'Union cèderait face à l'identité constitutionnelle de l'État membre, ce qui signifierait que l'identité constitutionnelle est suprême, et donc qu'elle prime sur le droit de l'Union lui-même. Soit l'État serait amené à se retirer de l'Union<sup>79</sup>, et alors la question de la hiérarchie des rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique national ne se poserait plus. C'est d'ailleurs sous la double réserve, du respect de l'identité constitutionnelle de l'État membre et de la possibilité de se retirer de l'Union, que le Tribunal constitutionnel espagnol avait jugé compatible avec la Constitution nationale l'article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui consacrait le principe de primauté du droit de l'Union sur le droit national<sup>80</sup>.

## **2. L'identité constitutionnelle, limite légitime au principe de primauté du droit de l'Union du fait de son « historicité »<sup>81</sup>**

- 28 - Quoique voué à la rareté, un conflit entre un principe du droit de l'Union et un principe constitutionnel identitaire ne peut être exclu. Certes, selon l'affirmation du Tribunal constitutionnel polonais, l'identité constitutionnelle nationale de la Pologne puise ses racines dans « la communauté de valeurs et de traditions »<sup>82</sup> européenne, ce qui semble écarter, par principe, tout risque de contradiction de cette identité constitutionnelle avec le droit de l'Union. Mais cette déduction mérite néanmoins d'être nuancée : d'abord parce que le Tribunal constitutionnel lui-même, en dépit de cette conception consensuelle de l'identité, n'exclut pas l'hypothèse d'un conflit<sup>83</sup> ; ensuite et surtout parce qu'il n'est pas aussi sûr que les autres identités constitutionnelles nationales puisent toutes leurs racines dans une histoire commune. Or, en cas de conflit, les principes identitaires pourront, dans certains cas au moins, se prévaloir d'une légitimité, du fait de leur rapport à l'histoire, qui justifiera leur ascendant sur les principes contraires du droit de l'Union. Deux cas de figure différents doivent être à cet égard envisagés.

- 29 - Tout d'abord, lorsque les principes identitaires sont construits en continuité avec l'histoire, ils peuvent se prévaloir d'une ancienneté, légitimante, pour résister à la primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux<sup>84</sup>. Tel pourrait être le cas des principes de souveraineté, de démocratie ou

---

79 Cf. *not.* Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, [234].

80 Tribunal constitutionnel, déclaration, DTC 1/2004, 13 décembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

81 Le mot « historicité » est employé ici, non pas dans son sens historiographique, mais dans son sens philosophique, c'est à dire comme le fait, pour l'identité constitutionnelle au cas particulier, d'être « déterminée de part en part par sa condition historique » (Jean GRONDIN, « historicité », in *Le dictionnaire des sciences humaines*, Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.), PUF, 2006).

82 Tribunal constitutionnel Polonais, K 32/09, *Traité de Lisbonne*, III. 2. 2. (p. 24).

83 Tribunal constitutionnel Polonais, K 32/09, *Traité de Lisbonne*, spé. III. 2. 1. (p. 20 s.) : sous le titre « Souveraineté, indépendance, identité constitutionnelle, identité nationale contre intégration européenne ».

84 Évidemment cette légitimité ne sera concevable que si l'identité constitutionnelle n'est pas en continuité avec une histoire constitutionnelle totalitaire. Mais ce cas de figure n'a pas vocation à se présenter dans un État membre de l'Union européenne.

d'État de droit, qualifiés d'identitaires par les cours constitutionnelles allemande<sup>85</sup> et polonaise<sup>86</sup>. Et il en irait probablement de même, par exemple, du concept constitutionnel de « peuple français » s'il devait être qualifié d'identitaire<sup>87</sup>.

- 30 - Il en va différemment dans l'hypothèse inverse, où l'identité constitutionnelle se construit en rupture avec l'histoire, car cette identité ne peut pas alors se prévaloir de la même ancienneté que dans le cas de figure précédent, du moins dans l'immédiat. Mais, dans toute la mesure où cette rupture historique a été motivée par le rejet de principes incompatibles avec les valeurs constitutionnelles modernes, qui sont aussi celles de l'Union, aucun conflit n'aura cours entre cette identité constitutionnelle nouvelle et le droit de l'Union. Il en va ainsi évidemment de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne construite en réaction à l'égard du régime national-socialiste, contre la reproduction duquel a précisément été engagée la construction européenne lato sensu. Et il en irait certainement tout autant des principes constitutionnels hongrois déduits d'une rupture avec le passé dictatorial soviétique de la Hongrie, s'ils devaient être qualifiés d'identitaires<sup>88</sup>.

- 31 - De ce qui précède, il résulte que chaque fois que des principes identitaires sont susceptibles de rentrer en conflit avec un principe du droit de l'Union, ils pourront s'imposer du fait de la continuité historique dans laquelle ils s'inscrivent. Mais alors, si le pouvoir de limitation de la primauté du droit de l'Union reconnu aux principes identitaires tient à leur caractère historique, pourquoi ceux des principes non-identitaires qui sont également déduits de l'histoire, ne pourraient-ils pas eux-mêmes limiter ainsi la portée du principe de primauté ? Cette objection ne peut se résoudre que par l'assimilation à l'identité constitutionnelle de ces principes à dimension historique, bien qu'ils n'y aient pas formellement été inclus. C'est au demeurant ce que fit, on s'en souvient<sup>89</sup>, le Tribunal constitutionnel polonais lorsque, commentant la décision *Lisbonne* de son homologue allemande, il a cru pouvoir affirmer le caractère identitaire des normes relatives à la capacité d'organisation politique de l'Allemagne, alors pourtant que la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe les exclut radicalement de la notion d'identité constitutionnelle. Il est vrai qu'une telle démarche pourrait conduire à l'extension notable voire considérable de l'identité constitutionnelle de l'État membre, ce qui finirait par soulever des difficultés de politique jurisprudentielle dès lors que cette identité a pour fonction de canaliser le principe de primauté. Mais c'est l'objet d'un autre débat.

---

85 Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, [spé. 218 s.].

86 Tribunal constitutionnel Polonais, K 32/09, *Traité de Lisbonne*, III. 2. 1. (p. 23).

87 Cf. *supra*, paragraphe -15 -.

88 Cf. *supra*, paragraphe - 16 -.

89 Cf. *supra*, paragraphe - 18 -.