



Comment se forge l'identité constitutionnelle ? Le rôle du législateur et du juge

Ariane Vidal-Naquet

► To cite this version:

Ariane Vidal-Naquet. Comment se forge l'identité constitutionnelle ? Le rôle du législateur et du juge. L'identité constitutionnelle, Nov 2013, Paris, France. <hal-01794769>

HAL Id: hal-01794769

<https://hal.science/hal-01794769v1>

Submitted on 28 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

« Comment se forge l'identité constitutionnelle ? Le rôle du législateur et du juge »

Ariane Vidal-Naquet, Aix-Marseille Université, GERJC-ILF

Le choix des termes de ce sujet n'est pas neutre. L'identité constitutionnelle se forge, se construit ; elle n'est pas une donnée objective qui se constate, une vérité qui s'impose. Elle est le résultat d'une action, plus encore d'un travail, souvent minutieux. D'où la question de savoir qui en sont les acteurs ou, plus exactement, qui sont les artisans de cette identité constitutionnelle. Le glissement n'est pas anodin : il ne s'agit pas de distribuer des rôles d'une partition déjà écrite ; il s'agit plutôt de mettre « son art » au service d'une construction commune.

De prime abord, on pourrait penser que l'identité que l'on qualifie de « constitutionnelle » se trouve dans la Constitution. C'est cette dernière qui confère à l'identité une qualité constitutionnelle. On pourrait ainsi penser que la Constitution, en tant que charte constitutive d'un peuple, d'une Nation, affirme voire protège l'existence d'une identité. A titre d'exemple, l'article 4 la Charte nationale palestinienne de 1968 décrit l'identité palestinienne comme étant « une caractéristique authentique, essentielle et intrinsèque » qu'on ne peut ni perdre, ni effacer ; l'article 8 de la Constitution algérienne de 1996, révisée en 2008, précise que « le peuple se donne des institutions ayant pour finalité : la sauvegarde et la consolidation de l'identité et de l'unité nationales » ; le préambule de la Constitution marocaine du 1er juillet 2011 énonce que, « État musulman souverain, attaché à son unité nationale et à son intégrité territoriale, le Royaume du Maroc entend préserver, dans sa plénitude et sa diversité, son identité nationale une et indivisible » ; la Constitution nigériane de 2010 évoque l'identité culturelle ; la Constitution croate de 1990 sacralise « l'identité millénaire de la nation croate » ; la Constitution macédonienne, dans son amendement VIII, précise que « La République garantit la protection de l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse à toutes les communautés » ; l'article D de la loi fondamentale hongroise de 2011 affirme que, « Gardant à l'esprit qu'il y a une seule nation hongroise unie, la Hongrie assume la responsabilité du sort des Hongrois vivant en dehors de ses frontières, et doit encourager la survie et le développement de leurs communautés ; elle soutient leurs efforts pour préserver leur identité hongroise »... Ces exemples soulignent que ce mouvement de constitutionnalisation de l'identité est, dans l'ensemble, assez récent. Ils montrent que la prise de conscience de l'identité, qu'il s'agisse de la proclamer, de la défendre ou de la promouvoir, est, le plus souvent, une réaction à ou contre quelque chose. Ils confirment que l'identité se construit nécessairement dans une relation.

Mais l'identité constitutionnelle, telle qu'elle est ici entendue, n'est pas l'identité dans la Constitution, qu'elle soit d'ailleurs nationale, commune ou collective, historique, religieuse ou culturelle, mais bien l'identité de la Constitution. C'est donc ce qui caractérise la Constitution : c'est à la fois ce qui la marque, la fonde et ce qui la distingue, la démarque. Notion récente, l'identité constitutionnelle est apparue pour la première fois sous la plume, non pas du constituant, mais du Conseil constitutionnel qui a, dans sa décision du 27 juillet 2006 relative au droit d'auteur dans la société de l'information, précisé que si « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* », « *il n'appartient qu'au juge communautaire de contrôler le respect par cette directive tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* » et « *qu'il ne pourrait en être autrement que si cette*

directive allait à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »¹. En consacrant l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel ne ferait que reprendre un concept admis en droit de l'Union européenne, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ayant consacré, dans son article I-5, « l'égalité des Etats membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale »², formule reprise par le Traité de Lisbonne. C'est donc sous l'influence et avec l'aval du droit de l'Union européenne, par la voix du Conseil constitutionnel, qu'a été consacrée, pour la première fois, la notion d'identité constitutionnelle. Il est d'ailleurs curieux de relever que le Conseil n'a pas cherché à ancrer ce concept dans la Constitution française mais dans la formulation d'un traité dont la ratification a été massivement rejetée lors du référendum du 29 mai 2005. Confronté à une situation fort semblable, le juge administratif a prolongé le mouvement dans un arrêt *Arcelor* du 8 février 2007. C'est ainsi qu'il a transposé, dans sa jurisprudence, le concept d'identité constitutionnelle à travers une référence aux règles ou principes constitutionnels « sans équivalent » dans l'ordre juridique communautaire, formule jugée plus adaptée à la « position institutionnelle » du Conseil d'Etat. Depuis, cette notion d'identité constitutionnelle a rencontré un très fort écho doctrinal et politique, de sorte qu'elle semble être venue, assez opportunément, combler un manque³.

Cette notion d'identité constitutionnelle a été pensée, dans le cadre de rapports de systèmes, comme un moyen de délimiter la primauté du droit de l'Union européenne. En effet, la référence à l'identité constitutionnelle permet de moduler tout à la fois les modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité et la portée de l'exigence de transposition des directives. Reste à savoir si cette notion peut - voire doit - être étendue au-delà du droit de l'Union européenne. Car, après tout, l'identité n'est qu'une façon dont on construit son rapport à l'environnement et ce rapport se construit aussi bien dans le cadre du droit de l'Union qu'en dehors de lui. Dans cette hypothèse, la notion d'identité constitutionnelle pourrait être utilisée comme une limite, un rempart à la souscription d'engagements internationaux, à leur application voire à l'internationalisation des Constitutions.

Tel est le pari fait par les organisateurs du colloque. Si l'identité, c'est ce qui fait l'essence et la spécificité d'une Constitution, pourquoi ne pourrait-elle pas être opposée non seulement à la concrétisation, par le biais du droit dérivé, du droit de l'UE, mais aussi aux engagements internationaux, tout particulièrement en matière de droits de l'homme ? Une partie de la doctrine s'interroge déjà sur la possibilité d'étendre ce que l'on a appelé la « réserve de constitutionnalité » à

1 Décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Droit d'auteur dans la société de l'information*, Rec. 88, cons. 17 à 20.

2 C'est ce que reconnaît expressément le commentaire officiel de la décision 2006-540 DC : « la violation des objectifs de la directive par la loi de transposition n'échapperait à la critique de constitutionnalité que dans le cas exceptionnel où ils seraient contraires à l'identité constitutionnelle de la France, c'est-à-dire à des règles inhérentes à notre ordre constitutionnel, notion dont la jurisprudence de l'été 2004 rendait compte par l'expression « disposition expresse de la Constitution » ou « dispositions spécifiques de la Constitution » et que l'article I-5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe formulait dans les termes suivants : « L'Union respecte l'identité nationale des Etats membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » »

3 Voir, à l'Assemblée nationale, la proposition de résolution sur l'attachement au respect des principes de laïcité, fondement du pacte républicain, et de liberté religieuse du 5 mai 2011, n°3397, précisant que « la laïcité constitue un principe fondateur du pacte républicain et inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » ; voir au Sénat, à propos de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, l'idée que cette dernière ferait « violence à notre identité constitutionnelle » (débat du 5 avril 2013).

l'ensemble du droit dérivé, aux règlements comme aux décisions-cadre. Plus encore, il faudrait exporter ce concept du droit de l'UE au droit conventionnel « classique » tout en lui faisant jouer un rôle équivalent. En effet, les fonctions de l'identité constitutionnelle semblent, dans les deux hypothèses, proches. S'agissant du droit de l'Union européenne, la référence à l'identité constitutionnelle permet au juge de renouer avec l'exercice du contrôle de constitutionnalité et donc de marquer, potentiellement, les limites de l'obligation constitutionnelle de transposition des directives et de primauté du droit de l'Union. En dehors du droit de l'UE, le recours à l'identité constitutionnelle permettrait également de marquer des limites, celles de la souscription d'engagements internationaux. Dans la première hypothèse, celle du droit de l'UE, l'identité constitutionnelle délimite la compétence du juge : ce dernier renonce à contrôler la constitutionnalité d'un acte de transcription d'une directive tant que n'est pas en cause l'identité constitutionnelle de la France ; il renoue au contraire avec l'exercice du contrôle de constitutionnalité lorsqu'est en cause une règle ou un principe inhérent à cette identité, sauf à ce que le constituant y ait consenti. Dans la seconde, ce n'est pas l'office du juge qui est en jeu mais l'office du titulaire de la compétence internationale : la ratification ou l'approbation d'un engagement international portant atteinte à l'identité constitutionnelle ne peut être autorisée qu'après révision de la Constitution.

Non seulement l'exportation de l'identité constitutionnelle en dehors du droit de l'UE est loin d'être incongrue, mais on pourrait encore soutenir que ce concept est, dans cette nouvelle hypothèse, plus opératoire. Son utilisation peut paraître, d'abord, plus légitime. En effet, et la doctrine n'a pas manqué de le souligner, la notion d'identité constitutionnelle n'est peut-être pas véritablement adaptée à la construction européenne et ne constitue pas nécessairement le pendant de l'identité nationale reconnue par le droit UE. En second lieu, en matière de transposition des directives, le recours à l'identité constitutionnelle agit pour l'instant essentiellement comme un épouvantail, qui permet de légitimer l'absence de contrôle de constitutionnalité. En dehors du droit de l'UE, il marque, au contraire, les limites -ou plutôt les conditions- de l'internationalisation de la France, ce qui permet de donner plus facilement un contenu à la notion. Enfin, l'exportation du concept d'identité constitutionnelle au droit international invite à recentrer la notion d'identité sur ce qui fait son essence, à savoir le côté fondamental / fondateur et non pas seulement le côté distinctif. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en effet, la notion d'identité constitutionnelle renvoie à ce qui est, à la fois, distinctif et crucial mais ce deuxième aspect, plus subjectif, a été largement occulté dans l'arrêt *Arcelor*. Or, la plus grande hétérogénéité du droit international « classique » rend l'exercice de la comparaison et donc l'identification de ce qui est spécifique, au sens de distinct, difficile, voire impossible. L'exportation de la notion d'identité constitutionnelle au-delà du droit de l'UE encouragerait alors une recomposition de la notion, délaissant son aspect « spécifique » au profit de son aspect « crucial ».

Cette transposition est-elle réalisable ? En réalité, on peine à trouver dans la Constitution des éléments au soutien de cette affirmation. En particulier, l'article 54 se contente de mentionner la possibilité, pour un engagement international, de comporter « une clause contraire à la Constitution », auquel cas l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après une révision de la Constitution. Cela étant, la possibilité d'un rapprochement entre cette « clause contraire à la Constitution » et « l'identité constitutionnelle » est accréditée par l'interprétation très libre qu'a retenue le Conseil constitutionnel de cette disposition, jugeant qu'un engagement international ne doit pas contenir une clause contraire à la Constitution, mettre en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis ou porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ne peut-on voir, là, poindre une forme d'identité constitutionnelle ? Le rapprochement est encore accrédité par le fait

que la mise en lumière de cette identité constitutionnelle n'est pas dirimante, tout comme elle ne l'est pas s'agissant du droit de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, en effet, le pouvoir constituant peut toujours lever les obstacles d'ordre constitutionnel dévoilés par le Conseil constitutionnel et procéder à une révision de la Constitution, c'est-à-dire consentir à la remise en cause de l'identité constitutionnelle. Reste que cette transposition suppose un glissement de la question de la souveraineté, qui est au cœur de la souscription des engagements internationaux, à celle de l'identité. Mais, après tout, ce glissement n'est-il pas souhaitable ? La notion de souveraineté a-t-elle encore véritablement un sens ? N'est-on pas obligé de recourir, pour préserver ce mythe, à toute sorte de subterfuges qui en affaiblissent le sens, voire la dénaturent ? Ne serait-il pas opportun de la remplacer par ce concept plus moderne d'identité constitutionnelle, quitte à retenir une vision très englobante de ce dernier ? Autant de questions, stimulantes mais épineuses, soulevées par le thème de la journée.

Dans cette intervention, et plus modestement, il s'agira de s'interroger sur les artisans de la construction de cette identité constitutionnelle au regard des engagements internationaux de la France. En la matière, et tout comme dans le cadre du droit de l'UE, c'est le Conseil constitutionnel qui semble agir comme le révélateur de cette identité constitutionnelle, largement assisté, dans cette tâche, par le Conseil d'Etat dans le cadre de ses attributions consultatives, ainsi que par les juridictions de droit commun. C'est dire, ici, que l'identité constitutionnelle est façonnée à plusieurs mains. Mais, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, cette identité n'est pas un résultat durable, contrairement à ce que pourrait laisser penser le travail pénible de la forge et la solidité des objets qui y sont créés. Alors qu'elle devrait être au fondement, elle reste une identité fragile, une identité évanescence qui est entre les mains du constituant.

I Une identité constitutionnelle façonnée à plusieurs mains

Le rôle le plus évident - ou le plus attendu - est celui du Conseil constitutionnel puisque, chargé d'examiner la non-contrariété des engagements internationaux à la Constitution, il a développé, sur ce fondement, une jurisprudence assez féconde qui pourrait permettre de déceler une « identité constitutionnelle » au-delà de la question du droit de l'Union européenne. Mais cela ne doit pas occulter le rôle également très important, sans doute moins visible, du Conseil d'Etat, en particulier dans son rôle consultatif, et de l'ensemble des juridictions de droit commun.

A) Le rôle du Conseil constitutionnel

1) Chargé de veiller à la non contrariété des engagements internationaux à la Constitution, le Conseil constitutionnel, sans jamais faire référence à la notion d'identité constitutionnelle, a néanmoins affiné une jurisprudence qui, par certains aspects, s'en approche.

a) Aux termes d'un considérant désormais devenu classique, le Conseil constitutionnel juge qu'il lui appartient de vérifier si un engagement ne contient pas une clause contraire à la Constitution, ne met pas en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. C'est dans la décision du 19 juin 1970, relative aux ressources propres des Communautés européennes, que le Conseil constitutionnel utilise, pour la

première fois, cette formule d'atteinte aux « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale »⁴, qui sera reprise dans la décision du 22 mai 1985 relative au Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme sur l'abolition de la peine de mort⁵. A ces conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale s'ajoute, à partir de 1998, le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis⁶.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel retient une interprétation assez libre de sa compétence, l'article 54 se contentant de mentionner l'éventuelle contrariété à la Constitution. Surtout, ce considérant est curieux, dans la mesure où il semble dissocier la Constitution *stricto sensu* des droits et libertés, qui sont pourtant ceux « constitutionnellement garantis », et des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale qui devraient, logiquement, même de manière plus diffuse, disposer d'un fondement constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a donné un ancrage constitutionnel élargi à ce considérant de principe : le préambule de la Constitution de 1958, qui précise que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 », l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirme que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation », le quinzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui énonce que, « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix » et, enfin, l'article 3 de la Constitution qui déclare que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

b) En réalité, le contenu de ce considérant demeure assez mystérieux et c'est au gré des décisions que les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » se dévoilent. Dans la première décision, la motivation retenue par le Conseil semble décrire ce que sont ces conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale : avoir souligné que l'engagement international examiné n'est « pas incompatible avec le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la vie de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens », le Conseil constitutionnel conclut que, « dès lors, le Protocole n°6 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et qu'il ne contient aucune clause contraire à la Constitution »⁷. Mais cette formulation, qui a par la suite disparu, est bien trop générale pour désigner ce que pourraient être les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et, encore moins, l'identité constitutionnelle de la France. C'est en réalité, en creux de la jurisprudence constitutionnelle, que cette dernière se dévoile.

A la lecture des décisions, qui concernent d'ailleurs tant le droit UE que le droit international classique, plusieurs éléments semblent pris en compte par le Conseil constitutionnel pour apprécier s'il y a atteinte, ou non, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Un aspect matériel d'abord : les engagements internationaux souscrits par l'Etat ne sauraient « *affecter l'exercice par l'Etat de compétences qui relèvent des conditions essentielles de sa souveraineté* »⁸ ou encore des matières

4 Décision 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traités des communautés européennes*, Rec. 15, cons. 9

5 Décision 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n°6*, Rec. 15, cons. 2 et 3

6 Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*, Rec. 29, cons. 13

7 Décision 85-188 DC *préc.*, cons. 2 et 3

8 Décision 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, Rec. 55, cons. 49

qui « *intéressent l'exercice de la souveraineté nationale* »⁹ ou, plus encore, qui sont « *inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale* »¹⁰. A cet aspect matériel s'ajoute un aspect formel, qui s'attache aux prérogatives dont dispose l'Etat dans les matières concernées. En particulier se pose la question de savoir s'il a totalement, ou non, délégué l'exercice de sa compétence. Ainsi, dans le cadre du droit de l'UE, le Conseil constitutionnel se montre particulièrement vigilant à la question des transferts de compétence, évaluant leur degré et leurs modalités, veillant aux techniques de prise de décision et à leurs modifications, y compris lorsqu'il s'agit de matières qui ont déjà été transférées à l'Union¹¹. En dehors du droit de l'UE, le Conseil constitutionnel veille à la façon dont s'effectue le partage de compétences, s'intéressant à la manière dont telle ou telle compétence pourrait être exercée par les autorités françaises ou par des autorités étrangères. Enfin, entrent également en ligne de compte la nature de l'engagement pris et, en particulier, l'examen de la possibilité, pour l'Etat, de se désengager et de recouvrer sa souveraineté, en dénonçant ou en se retirant d'un traité. C'est un aspect que le Conseil constitutionnel avait déjà examiné dans la décision 85-188 DC à propos du Protocole n°6 à la Convention européenne des droits de l'homme¹² et qu'il affirme expressément dans la décision 2005-524/525 DC rendue à propos du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort et du protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances : énonçant que « *porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci* »¹³, le Conseil constitutionnel examine les deux traités à la lumière de ce principe.

2) Cela étant, le cadre dans lequel s'exerce le contrôle de non contrariété des engagements internationaux à la Constitution ne permet de découvrir qu'imparfaitement l'éventuelle identité constitutionnelle.

a) En effet, cette dernière est d'abord subordonnée à la saisine du Conseil constitutionnel. Or, celle-ci est finalement très réduite. Certes, à la suite de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, la saisine du Conseil sur le fondement de l'article 54 a été élargie à 60 députés ou 60 sénateurs. Certes, le Conseil constitutionnel peut être saisi sur le fondement de l'article 61 et peut effectuer, à travers la loi d'autorisation, un examen du traité, ce qui a permis de contourner le nombre limité des autorités de saisine jusqu'en 1992. Le principe en a été clairement posé dès la décision 80-116 DC à propos de la

9 Décision 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, Rec. 344, cons. 21

10 Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173, cons. 27 et 28

11 Ainsi, ont été jugées attentatoires aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale des modalités de prise de décisions privant la France d'un pouvoir d'opposition ou d'un droit d'initiative (Décision 2004-505 DC *préc.*, cons. 29), telles que le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée ou encore la création de clauses dites « passerelles », permettant le passage à la majorité qualifiée en vertu d'une décision européenne ultérieure.

12 Décision 85-188 DC, *préc.*, cons. 1, le Conseil relevant « *que cet accord peut être dénoncé dans les conditions fixées par l'article 65 de la Convention européenne des droits de l'homme* »

13 Décision 2005-525/525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, Rec. 142, cons. 5. On relèvera que, s'agissant du droit de l'UE, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel semble plus nuancé - et plus réaliste. En la matière, en effet, l'absence de clause de retrait « *ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté* » (Décision 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, Rec. 91, cons. 56 à 58), dès lors que sont prévues des modalités spécifiques préservant le pouvoir de décision de chaque Etat

Convention franco-allemande additionnelle à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. Saisi de la loi autorisant la ratification de cette convention, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *une telle demande doit s'entendre comme concernant la loi autorisant la ratification et entraîne, par voie de conséquence, l'examen de la convention franco-allemande additionnelle signée le 24 octobre 1974* »¹⁴.

En revanche, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi, sur le fondement de l'article 61-1 C, de dispositions législatives autorisant la ratification d'un traité au motif qu'une loi de ratification est, par sa nature, insusceptible de porter atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1¹⁵. On ajoutera qu'il a refusé d'étendre sa jurisprudence dite Nouvelle-Calédonie, selon laquelle la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, aux engagements internationaux¹⁶. On ajoutera encore qu'il ne peut être saisi, sur le fondement de l'article 11 C, d'une loi autorisant la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur son fonctionnement, sauf s'il s'agit d'une proposition de loi de ratification, la loi de révision du 23 juillet 2008 ayant, dans cette hypothèse, réservé la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité. Au final, ce n'est que dans un nombre limité de cas que le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer sur une éventuelle identité constitutionnelle de la France en matière d'engagements internationaux et l'on en recense à peine plus d'une dizaine depuis 1958.

b) A cela s'ajoute le fait que la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel ne permet d'affiner qu'imparfaitement les contours de l'identité constitutionnelle de la France.

On pourrait d'abord insister sur la spécificité du contrôle exercé sur les engagements internationaux, avec la distinction - un temps établie par la doctrine - entre un contrôle de conformité exercé dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois et un contrôle de « simple » compatibilité à la Constitution, plus lâche, réservé aux engagements internationaux. Il est vrai que, lorsqu'il est saisi, le Conseil constitutionnel examine la compatibilité ou, plus exactement, la non-contrariété des dispositions du traité avec le triptyque délimité plus haut¹⁷. Mais, après tout, on pourrait soutenir que ce contrôle de non-contrariété est plus propice encore au dévoilement de l'identité constitutionnelle, faisant ressortir avec davantage de force les dispositions jugées caractéristiques de l'identité.

On pourrait également penser que le recours à certaines techniques de contrôle facilite ou, au contraire, rend plus difficile, l'identification de cette identité constitutionnelle. Il en va ainsi de la question, controversée en doctrine, de l'utilisation des réserves d'interprétation. Si, en pratique, le Conseil constitutionnel n'énonce pas, à proprement parler, des réserves d'interprétation, certaines formules constituent une réelle mise en garde quant à la compatibilité de telle ou telle stipulation aux dispositions constitutionnelles et peuvent inciter, implicitement tout au moins, à la formulation de réserves ou influencer, en aval, l'interprétation du traité¹⁸. Cela signifie que les contours de l'identité

14 Décision 80-116 DC du 17 juillet 1980, *Convention franco-allemande*, Rec. 36, cons. 1

15 CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, req. n° 312305 : « *la loi autorisant la ratification d'un traité, qui n'a d'autre objet que de permettre une telle ratification, n'est pas applicable au litige au sens et pour l'application des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et est, par sa nature même, insusceptible de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution* »

16 Décision 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, Rec. 55, cons. 8

17 Selon la formule utilisée par P. Gaia, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, *RFDC*, 1991, n°7, p. 710

18 Voir par exemple la décision 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, Rec. 91 ou 2004-505 DC *préc.*, citée par J.-F. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Dalloz*, n°46 ; voir également C. MAUGUE, « Le

constitutionnelle peuvent surgir à la fois des déclarations de contrariété des traités à la Constitution mais aussi de la motivation retenue par le Conseil constitutionnel. Le recours aux moyens et dispositions soulevés d'office peut également être instructif, le Conseil constitutionnel pouvant soulever, lorsqu'il examine un engagement international, des dispositions ainsi que des moyens non contestés par les requérants, ce qui pourrait être le signe d'une attention toute particulière portée à tel ou tel principe jugé constitutif de l'identité constitutionnelle française.

Le contrôle de non-contrariété des traités à la Constitution peut donc être révélateur de la manière dont ce dernier appréhende l'identité constitutionnelle de la France. On pourrait encore imaginer que la manière dont le Conseil constitutionnel interprète voire applique les traités soit aussi instructive. Mais cette question ne se pose pas, le Conseil refusant, par une motivation fort claire constamment réitérée depuis la décision dite IVG de 1975, qu'il ne lui appartient pas « d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »¹⁹.

B) Le rôle du Conseil d'Etat et du juge de droit commun

Le rôle, très visible, du Conseil constitutionnel ne doit pas masquer le nombre finalement restreint d'engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme sur lesquels il a eu à se prononcer et contraste avec le rôle joué par le Conseil d'Etat, dans ses attributions consultatives, ainsi que par le rôle des juridictions de droit commun.

1) *Le rôle consultatif du Conseil d'Etat*

En tant que conseiller du Gouvernement, et désormais du Parlement, le Conseil d'Etat joue un rôle consultatif souvent « méconnu » mais qui permet également de prendre la mesure de l'identité constitutionnelle française.

a) En effet, le Conseil d'Etat exerce une compétence consultative en matière d'engagement international qui repose sur un double fondement²⁰ : l'article 39 C s'agissant de l'examen des projets voire des propositions de lois qui autorisent la ratification ou l'approbation des traités, la consultation étant obligatoire dans le premier cas et facultative dans le second ; l'article L. 112-2 du code de justice administrative, ex-article 23 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, qui précise que « *Le Conseil d'Etat peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* ». La différence de fondement, article 39 C ou article L 112-2 CJA, peut avoir des conséquences directes sur l'appréciation susceptible d'être portée par le Conseil d'Etat. En effet, l'avis

Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs*, 2003, n°105, p. 53

19 Décision 75-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, Rec. 19, cons. 2 à 7

20 Sur le sujet, voir notamment G. Guillaume, « Les traités devant les formations administratives du Conseil d'Etat », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 353 ; V. Ogier-Bernaud, « Les avis du Conseil d'Etat relatifs aux conventions internationales en cours d'élaboration : un contrôle de constitutionnalité préventif méconnu », *LPA*, n°45, 22 juil. 2002, p. 6 ; R. Poli, *Les juridictions ordinaires françaises et le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux*, thèse dact., Aix-Marseille III, 2011

donné sur le fondement de l'article 39 ne peut porter que sur des traités ou accords déjà signés dont la ratification ou l'approbation doit être autorisée par le Parlement alors que la consultation donnée sur le fondement de l'article L 112-2 peut tout à fait concerner des engagements internationaux qui se trouvent en cours d'élaboration. En conséquence, dans cette seconde hypothèse, le Conseil d'Etat dispose d'une plus grande marge de manœuvre pour tenter d'influencer le cours des choses, regrettant d'ailleurs souvent de ne pas être saisi plus en amont. C'est dans cette optique que le Conseil d'Etat n'hésite pas à assortir ses avis de réserves, qui n'ont d'intérêt que parce que les traités se trouvent précisément en cours d'élaboration et qu'elles pourront donc être reprises par le Gouvernement au titre des déclarations interprétatives ou de réserves, potentiellement révélatrices d'une éventuelle atteinte à l'identité constitutionnelle²¹.

b) Dans le cadre de ses attributions consultatives, le Conseil d'Etat apprécie non seulement le respect d'un certain nombre de dispositions formelles ou procédurales, mais aussi de dispositions substantielles, veillant par exemple à la bonne insertion des traités dans l'ordre juridique interne et au respect des exigences constitutionnelles.

C'est ainsi qu'il examine, lui aussi, si les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ne sont pas méconnues. Tout comme le Conseil constitutionnel, il s'attache aux matières sur lesquelles porte l'engagement international. Ainsi estime-t-il, dans un avis concernant la constitutionnalité de stipulations reconnaissant un pouvoir d'interpellation à des autorités étrangères « *qu'un acte de police, dès lors qu'il implique l'usage de la contrainte et qu'il est susceptible de conduire à une privation de liberté, ressortit à l'exercice des conditions essentielles de la souveraineté nationale, lequel n'appartient qu'à l'État* »²². Le Conseil d'Etat prend également en considération un aspect plus formel, s'attachant au pouvoir de décision dont disposent les autorités françaises dans le domaine concerné. Ainsi a-t-il considéré, s'agissant du projet de loi autorisant la ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport, que l'une des clauses portait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où elle conduisait à soumettre au contrôle d'une autorité internationale les décisions d'autorités nationales investies par la loi de prérogatives de puissance publique²³.

L'appréciation portée par le Conseil d'Etat peut ainsi permettre d'éviter, ou simplement d'anticiper, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54 ou de l'article 61, de même qu'il peut permettre de suppléer son absence. La doctrine insiste d'ailleurs assez largement sur la convergence des appréciations portées par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat n'hésitant pas à s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour alerter sur le risque de contrariété d'un traité²⁴, et inversement. Sans doute même la convergence des positions

21 Sur ce point, voir notamment les exemples cités par V. Ogier-Bernaud, *op. cit.* Plus récemment, s'agissant du Protocole administratif et financier relatif aux moyens de la coopération annexé à la convention de partenariat entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne, la section des Finances a précisé les conditions dans lesquelles l'interprétation de la stipulation litigieuse pouvait être jugée conforme à la liberté d'expression constitutionnellement garantie (*Rapport public 2010*, p. 171)

22 *Rapport public 2007*, p. 54

23 *Rapport public 2007*, p. 54-55

24 Voir par exemple l'avis du 21 septembre 2000 sur le projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance des brevets européens du 5 octobre 1973 et particulièrement la question de savoir « si serait contraire à la Constitution le fait pour la France de renoncer (...) à l'exigence d'une traduction complète en français par l'Institut national de la propriété industrielle des brevets européens », le Conseil d'Etat visant expressément deux décisions du

Conseil d'Etat / Conseil constitutionnel peut-elle être interprétée comme le signe qu'est en cause l'identité constitutionnelle de la France.

2) *Le travail des juridictions de droit commun*

Doivent être ici envisagées deux hypothèses dans lesquelles le juge de droit commun contribue à forger les contours de l'identité constitutionnelle française.

a) Il en va d'abord ainsi de l'exercice du contrôle de conventionnalité. On peut imaginer, en effet, que, dans l'exercice de ce contrôle, le juge de droit commun retienne des engagements internationaux une interprétation qui serait révélatrice de l'identité constitutionnelle française, l'hypothèse la plus symptomatique étant celle dans laquelle les stipulations conventionnelles sont interprétées à la lumière de dispositions constitutionnelles considérées comme fondamentales. L'exemple qui vient immédiatement à l'esprit est celui de l'arrêt Koné, le juge administratif interprétant les dispositions d'une convention franco-malienne à la lumière d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui interdit l'extradition des personnes lorsqu'elle est réclamée dans un but politique. Cet arrêt est classiquement interprété comme annonçant, dès 1996, la supériorité des dispositions constitutionnelles sur les dispositions conventionnelles. Plus encore, il pourrait être le signe que certaines dispositions constitutionnelles seulement sont supérieures aux traités et marquer ainsi l'identité constitutionnelle de la France²⁵.

Toujours dans le cadre du contrôle de conventionnalité, on pourrait imaginer que certaines stipulations conventionnelles soient appliquées moins facilement que d'autres, précisément parce qu'elles portent atteinte à l'identité constitutionnelle française. On sait en particulier que la supériorité prévue par l'article 55 est subordonnée à un certain nombre de conditions ou encore que l'effet direct des stipulations d'un engagement international n'a rien de systématique²⁶. Certes, dans aucune de ces hypothèses n'a été invoquée l'identité constitutionnelle mais on peut penser qu'elle joue implicitement, voire inconsciemment, dans la manière dont le juge apprécie ces éléments.

b) La seconde hypothèse est celle de l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des traités par les juridictions ordinaires, qui permettrait de dévoiler les contours de l'identité constitutionnelle française.

Une partie de la doctrine plaide en ce sens, s'appuyant sur le constat que les juridictions ordinaires exercent déjà un contrôle de constitutionnalité « externe » au stade de l'application du traité, portant sur le respect des conditions formelles et procédurales, et qu'elles pourraient, tout aussi bien, exercer un véritable contrôle de constitutionnalité interne²⁷. A cela s'ajoute que le juge administratif bénéficierait

Conseil constitutionnel n° 96-373 D.C. du 9 avril 1996 et n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999

25 C'est d'ailleurs ce qu'incite à penser la présentation de ce grand arrêt sur le site internet du Conseil d'Etat : la matière de l'extradition est caractérisée par de fortes spécificités et une véritable « réserve de l'ordre public français »

26 On écartera la condition de réciprocité posée par l'article 55 C, qui est exclue pour les traités qui prévoient eux-mêmes des sanctions en cas d'inexécution des obligations posées (Droit UE et CEDH) ainsi que les conventions à caractère humanitaire. Sur ce point, voir notamment A. Roblot Troizier, « Contrôle de réciprocité et de constitutionnalité des conventions internationales », *NCCC*, 2010, p. 206

27 Sur le sujet, voir notamment R. Poli, *Les juridictions ordinaires françaises et le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux*, *préc.*

d'une expérience précieuse en la matière, à travers le rôle consultatif du Conseil d'Etat évoqué plus haut. A cet égard, l'arrêt Fédération nationale de la libre pensée de 2010 apparaît comme une occasion manquée. Alors que le rapporteur incitait le Conseil d'Etat à vérifier la constitutionnalité d'un traité qui ne relevait pas de l'article 53 C et qui n'avait donc pas fait l'objet d'une loi de ratification, ce dernier juge qu'il ne lui appartient pas, « *statuant au contentieux, de se prononcer sur la conformité du traité ou de l'accord à la Constitution* »²⁸.

Cependant, conformément aux suggestions du rapporteur public, le Conseil d'Etat n'hésite pas, en réalité, à interpréter les stipulations litigieuses conformément à la Constitution. Le moyen tiré de l'atteinte aux règles de laïcité et du monopole étatique de la collation des grades est écarté grâce à une interprétation neutralisante de l'accord. Est ici confirmée l'idée que le contrôle de conventionnalité peut être un moyen d'exercer un contrôle de constitutionnalité voilé et de faire respecter certaines dispositions révélatrices de l'identité constitutionnelle française bien que, en l'espèce et à aucun moment, ne soit invoquée cette notion. Le juge de droit commun peut donc agir comme un révélateur de l'identité constitutionnelle, dont il contribue alors à façonner les contours.

Mais cette identité constitutionnelle apparaît comme un concept extrêmement fragile et aisément malléable, qui demeure entre les mains du constituant.

II Un résultat fragile entre les mains du constituant

Le travail conjugué du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et des juridictions de droit commun peut permettre d'esquisser une cartographie de l'identité constitutionnelle : mais cette esquisse, qui ne repose que sur des faisceaux d'indices, demeure très subjective. Surtout, et paradoxalement, le contenu de cette identité constitutionnelle demeure entre les mains du constituant. En effet, alors que les réserves ou les réticences des juges pourraient être révélatrices de l'identité constitutionnelle, cette dernière demeure à la disposition du pouvoir constituant, ce qui incite à revenir sur la notion même d'identité constitutionnelle.

A) Un contenu évanescent

Les contours de l'identité constitutionnelle surgissent au détour d'une activité finalement fort limitée du Conseil constitutionnel : celui-ci n'a rendu, en dehors du droit de l'UE, qu'un peu plus d'une dizaine de décisions²⁹, ce qui est insignifiant au vu du nombre de conventions signées par la France. L'activité consultative du Conseil d'Etat, plus importante, est cependant difficile à évaluer en l'absence de publication systématique des avis rendus. Quant à l'activité des juridictions ordinaires, elle ne renseigne que de manière ponctuelle et parcellaire. Cette approche contentieuse peut être complétée par la prise en considération d'un certain nombre d'éléments de nature plus politique, en particulier les réserves émises, les hésitations ou les refus à ratifier tel ou tel engagement international, le retard à le faire etc qui peuvent être interprétés comme autant d'indices de l'identité constitutionnelle française.

28 CE, Sect., 9 juillet 2010, Fédération nationale de la libre pensée et autres, n° 327663

29 A ce jour, 5 décisions ont été rendues sur le fondement de l'article 54 (2006-541 DC ; 2005-524/525 DC ; 99-412 DC ; 98-408 DC ; 85-188 DC) et 6 décisions sur le fondement l'article 61 (2010-614 DC ; 93-318 DC ; 93-319 DC ; 88-247 DC ; 80-116 DC ; 78-93 DC)

1) Il en va tout particulièrement ainsi de certains caractères de la République

a) La question de la langue de la République qui est, aux termes de l'article 2, le français, a révélé un certain nombre de crispations³⁰. Ce fut notamment le cas lors de la signature de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et de son éventuelle ratification. Déjà, un avis du Conseil d'État du 24 septembre 1996, s'inscrivant dans la lignée de la jurisprudence constitutionnelle³¹, avait alerté le Gouvernement sur les risques de contrariété de la Charte à la Constitution. Examinant plus particulièrement les dispositions 9 et 10 de la Charte *qui prévoyaient un droit à l'utilisation des langues régionales ou minoritaires dans les rapports avec la justice et les autorités administratives, le Conseil d'État en a déduit qu'elles étaient incompatibles avec l'article 2 de la Constitution*³². C'est à la suite de cet avis que le Gouvernement avait formulé une « déclaration interprétative », destinée à être jointe aux instruments de ratification et à assurer une interprétation constitutionnelle de la Charte. Saisi sur le fondement de l'article 54C, le Conseil constitutionnel fait fi de cette déclaration interprétative et juge que certaines des stipulations sont contraires au premier alinéa de l'article 2 de la Constitution, en ce qu'elles tendent à reconnaître un droit à pratiquer une langue autre que le français non seulement dans la « vie privée » mais également dans la « vie publique ». Dans un avis consultatif du 7 mars 2013, le Conseil d'État aurait, à nouveau, rappelé l'inconstitutionnalité de certaines des stipulations de la Charte.

L'accord de Londres relatif aux brevets fait également ressortir l'importance du principe posé par l'article 2C. Le projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance des brevets européens du 5 octobre 1973 a d'abord été examiné par le Conseil d'État, qui a émis un avis favorable le 21 septembre 2000, non sans avoir rappelé les exigences déduites de l'article 2³³. L'accord a ensuite été examiné par le Conseil constitutionnel, qui a confirmé sa non contrariété à la Constitution³⁴. Reste que les vicissitudes du projet de loi de ratification, discuté pendant plus de sept ans, introduit sous la forme d'un amendement parlementaire finalement retiré³⁵, soulignent la sensibilité toute particulière sur cette question de la langue de la République.

b) Le principe de l'unicité du peuple français semble également révélateur de l'identité constitutionnelle française. Cette question a été au cœur de la décision du Conseil constitutionnel sur la Charte des langues régionales ou minoritaires, puisqu'il avait jugé que cette dernière, « *en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de*

30 Voir notamment les propos de Christine Albanel, ministre de la culture, tenus à l'Assemblée nationale, le 13 mai 2008 : « *aborder la question des langues régionales, des langues des Français, c'est, en effet, toucher directement à l'idée que l'on se fait de l'identité nationale, à la manière dont elle s'exprime, aux représentations que l'on y attache. La place des langues dans la société intéresse la dimension publique de la vie, en même temps qu'elle touche à l'intime en chacun de nous* »

31 Décision 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Loi Toubon*, Rec. 106

32 CE, section de l'intérieur, n°359 461 - 24 septembre 1996, *Rapport public 199*, p. 303

33 CE, section intérieur, n°365 281 - 21 septembre 2000, *Rapport public 2001*, p. 194

34 Décision 2006-541 DC du 28 septembre 2006, *Accord de Londres*, Rec. 102, reprenant en grande partie le raisonnement retenu par le Conseil d'État

35 Voir l'amendement déposé en commission par le député Jean-Michel Fourgous le 6 février 2006 et retiré ensuite en séance publique

"territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français »³⁶. Ce principe est également au cœur de l'avis du 6 juillet 1995 rendu par le Conseil d'Etat au sujet du projet de convention-cadre pour la protection des minorités nationales, qui invite chaque État signataire à reconnaître des minorités nationales, à les promouvoir, ainsi qu'à développer leur identité. Selon le Conseil d'Etat, « ainsi que l'a rappelé... le Conseil constitutionnel, il ressort de l'ensemble des textes fixant les principes fondamentaux de nos institutions que le concept juridique de « peuple français » a une valeur constitutionnelle et il résulte de l'article 2 de la Constitution, qui rappelle que « la France est une République indivisible », que la loi fondamentale refuse de reconnaître toute catégorie autre que le peuple français composé de tous les citoyens français « sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Après avoir constaté que d'autres dispositions de la convention-cadre étaient aussi contraires aux articles 2 et 3 de la Constitution, le Conseil d'État en conclut logiquement qu'elle « est incompatible avec la Constitution, et l'on doit en déduire qu'un projet de loi autorisant la ratification de la convention se heurterait à des objections de nature constitutionnelle »³⁷.

On pourrait encore mentionner le refus de la France de ratifier la Convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux, au motif de son incompatibilité avec les articles 1 et 2 C consacrant le principe d'indivisibilité du peuple français, la reconnaissance de droits collectifs aux peuples autochtones relevant « au surplus » du principe de discrimination positive non réceptionné en droit interne. Il en va de même du refus de ratifier la convention de l'ONU relative aux travailleurs migrants, dont l'une des stipulations impose le respect de l'identité culturelle des travailleurs migrants, cette dernière étant considérée comme contraire au principe d'indivisibilité du peuple français³⁸.

3° La question de la laïcité semble également particulièrement sensible.

C'est l'hypothèse de l'arrêt *Fédération nationale de la libre pensée*, dans lequel le moyen tiré de l'atteinte au principe de laïcité et au principe du monopole étatique de la collation des grades est écarté grâce à une interprétation neutralisante de l'accord³⁹. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat refuse, certes, de contrôler la constitutionnalité des traités mais il interprète les stipulations de l'accord conformément aux principes posés par l'article L 141-6 du Code de l'éducation qui ne fait que transposer, au niveau législatif, le principe constitutionnel de laïcité posé tant par l'article 1er de la Constitution de 1958 que par le treizième alinéa du Préambule de 1946⁴⁰.

On rapprochera cette question de la mention faite par le Conseil constitutionnel, lors de l'examen du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, de l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 29 juin 2004 dans les visas de la décision. Certes, cette décision concerne le droit communautaire, le Conseil constitutionnel constatant la compatibilité de l'article II-70 du traité établissant une Constitution pour l'Europe avec le principe de laïcité. Mais, ce faisant, le Conseil constitutionnel confirme que l'interprétation de la liberté de religion faite sur le fondement et dans le cadre de l'article 9 de la CEDH, et à laquelle les directives d'interprétation données par le *Praesidium* renvoient, est compatible avec l'article 1er de la Constitution. Et il relève expressément que, par l'arrêt précité, « la Cour a ainsi pris

36 Décision 99-412 DC, *préc.*, cons. 10

37 CE, avis n° 357-466 du 6 juillet 1995, *EDCE*, 1995, p. 397

38 En ce sens, voir Hélène Oger « Les obstacles à la ratification de la Convention en France. Un refus politique au nom de l'Europe. », *Revue Hommes et migrations*, n°1271, janvier-février 2008

39 CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n°327663, *préc.*

40 En ce sens, voir A. Roblot-Troizier, note sous CE, Sect., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, n° 327663, *NCCC*, n°30, 2011

acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité »⁴¹.

2) Deuxième manifestation de l'identité constitutionnelle française, le droit pénal et la procédure pénale, qui recouvre plusieurs éléments

a) Le monopole de la réalisation de certains actes en matière pénale

Le principe a clairement été affirmé dans la décision 80-116 DC du 17 juillet 1980 : il existe une *« règle qui découle du principe de la souveraineté nationale, selon laquelle les autorités judiciaires françaises, telles qu'elles sont définies par la loi française, sont seules compétentes pour accomplir en France, dans les formes prescrites par cette loi, les actes qui peuvent être demandés par une autorité étrangère au titre de l'entraide judiciaire en matière pénale »⁴²*. C'est ce qui ressort également du traité relatif à la Cour pénale internationale. Dans un avis consultatif du 29 février 1996, le Conseil d'État avait eu recours à la technique de l'interprétation sous réserve, relevant que certaines dispositions du projet de statut ne respectaient les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale *« qu'à la condition qu'elles réservent aux autorités administratives et judiciaires françaises l'accomplissement des actes de perquisition et d'arrestation »⁴³*. C'est sur ce même point que le Conseil constitutionnel jugera, saisi sur le fondement de l'article 54 C, que le traité portant statut de la Cour pénale internationale porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale : *« le pouvoir reconnu au procureur de réaliser ces actes hors la présence des autorités judiciaires françaises compétentes est de nature à porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁴⁴*.

b) Les dispositifs de clémence : amnistie, grâce, prescription

La sensibilité particulière de la France en matière d'amnistie et de prescription ressort en particulier de la décision relative à la Cour pénale internationale : pour le Conseil constitutionnel, le fait que la France puisse être conduite à arrêter et à remettre à la Cour une personne à raison de faits couverts, selon la loi française, par l'amnistie ou la prescription porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁴⁵. Cette question de la prescription avait d'ailleurs été antérieurement soulevée par le Conseil d'Etat, relevant sur ce point un motif de contrariété à la Constitution⁴⁶. La possibilité d'accorder des dispenses de peine à travers le droit de grâce pourrait également être perçue comme une manifestation de l'identité constitutionnelle française, ayant notamment suscité une interprétation directive du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la

41 Décision 2004-505 DC, *préc.*, cons. 18

42 Décision 80-116 DC *préc.*, cons. 4

43 CE, section de l'intérieur, avis n°358 597 - 29 février 1996

44 Décision 98-408 DC, *préc.*, cons. 37 et 38

45 Décision 98-408 DC *op. cit.*, cons. 34

46 En effet, le Conseil d'Etat, dans son avis du 29 février 1996, *préc.*, avait estimé que *« l'existence d'une règle de prescription qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République exige que, pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptible, un délai de prescription soit fixé dans le statut, en fonction de la gravité des crimes commis »*

constitutionnalité du traité relatif à la Cour pénale internationale⁴⁷.

c) Le droit de l'extradition

L'arrêt Koné de 1996 est, à cet égard, instructif : s'il avait été envisagé de consacrer le principe selon lequel l'extradition ne peut pas être réclamée dans un but politique en tant que principe général du droit international public, c'est en raison de la véritable « exception » française en la matière que cela n'a pas été fait⁴⁸. Cet arrêt avait, là encore, été précédé d'un avis consultatif rendu par le Conseil d'Etat le 9 novembre 1995 dans lequel, interrogé sur la ratification de plusieurs conventions internationales prévoyant l'extradition, ce dernier avait consacré le principe « *selon lequel l'Etat doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique* », qui constitue un « *principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution de 1946* »⁴⁹. On relèvera que, dans le champ du droit de l'UE, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de rappeler l'importance de ce principe, qu'il s'agisse de l'avis émis en 2000 sur le projet de loi autorisant la ratification de la convention établie sur la base de l'article K3 TUE relative à l'extradition entre les Etats membres⁵⁰ ou de l'avis émis en 2002 à propos du mandat d'arrêt européen⁵¹. Toujours en matière d'extradition, pourrait également figurer parmi les spécificités françaises le principe selon lequel on ne peut extraditer une personne susceptible d'encourir la peine de mort dans l'Etat requérant. Selon plusieurs avis convergents du Conseil d'Etat, cela serait contraire à « *l'ordre public français depuis la loi du 9 octobre 1981* » et ce n'est que sous certaines conditions que l'extradition peut, dans cette hypothèse, être accordée⁵².

La liste ainsi établie est éminemment subjective. On pourrait sans doute y ajouter d'autres éléments considérés comme inhérents à l'identité constitutionnelle française, par exemple l'importance de la continuité nationale, que l'on peut apercevoir en filigrane dans la décision 85-188 DC relative au Protocole n°6 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1985⁵³ ou encore dans la décision 2005-524/525 DC sur les engagements internationaux relatifs à la peine de mort, bien que, dans ce dernier cas, la décision du Conseil constitutionnel soit particulièrement elliptique, se contentant de relever le caractère irréversible de l'adhésion à l'un des engagements internationaux dans un domaine inhérent aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale sans le préciser davantage⁵⁴.

47 Décision 90-408 DC *préc.*, cons. 40

48 Comme le souligne le Conseil d'Etat lui-même, le principe ayant été repris de nombreux traités régissant la matière de l'extradition, il aurait pu être érigé comme coutume ou comme principe général de droit international. Ce n'est pas le choix fait par le Conseil d'Etat, qui a consacré un principe de droit interne de valeur constitutionnelle, illustrant ainsi une véritable « exception » française en la matière.

49 Avis du 9 novembre 1995, *EDCE* n° 47, p. 395

50 Avis cité dans le *Rapport public 2002*, p. 94-95. L'avis a été pris en compte par le Gouvernement, puisque la loi est votée et le décret d'application qui en permet l'entrée en vigueur mentionne une déclaration française explicitant la position du Conseil d'Etat

51 Assemblée générale – Avis n°368.282 – 26 septembre 2002, *Rapport public 2003*, p. 192

52 Section de l'Intérieur, avis cité dans le *Rapport public 2008*, p. 102 ; dans le même sens, voir le *Rapport public 2010* p. 171 à propos du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord de coopération dans le domaine de la défense entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire

53 Décision 85-188 DC, *préc.*,

54 Décision 2005-524/525 DC, *préc.*

Reste que l'identité constitutionnelle ainsi dégagée demeure particulièrement fragile, car à la disposition du constituant.

B) Un objet à la disposition du constituant

En réalité, tant les obstacles relevés par le Conseil d'Etat dans ses fonctions consultatives que par le Conseil constitutionnel dans sa mission juridictionnelle peuvent être levés par une révision de la Constitution. C'est aussi dans cette optique qu'a été mobilisée l'identité constitutionnelle dans le cadre du droit de l'Union européenne : elle permet de renouer avec l'exercice du contrôle de constitutionnalité « *sauf à ce que le pouvoir constituant y ait consenti* ». L'identité constitutionnelle, telle qu'elle pourrait résulter de la souscription et/ou de l'application des engagements internationaux, demeure entre les mains du constituant.

1) L'intervention du constituant permet de lever les inconstitutionnalités décelées.

a) Telle est bien la portée de l'article 54 C, qui n'a pas empêché les révisions constitutionnelles rendant possible la ratification des traités. Les exemples sont connus : la révision constitutionnelle de 1999 afin de permettre la ratification du traité portant statut de la Cour pénale internationale; la révision constitutionnelle de 2007 permettant la ratification du deuxième protocole de New York. Cela étant, la manière dont le constituant procède à la révision peut encore être révélatrice de l'identité constitutionnelle. Ainsi, la technique de la révision-adjonction est souvent utilisée pour remédier à des obstacles constitutionnels diffus relevés par le Conseil constitutionnel, par exemple lorsque ce dernier juge, sans guère de précision, que porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale telle ou telle stipulation du traité, ou encore pour remédier à des inconstitutionnalités nombreuses, ce qui évite la révision d'un trop grand nombre d'articles. Cela étant, s'agissant par exemple de la révision préalable à la ratification de la Cour pénale internationale, le constituant a choisi de présenter un projet qui ajoute un article 53-2 ouvrant la possibilité pour la France de « reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 », sans modifier les articles constitutionnels pourtant précisément identifiés par la décision du Conseil constitutionnel, manifestant ainsi la réticence du constituant à modifier les articles 68 et 68-1 de la Constitution.

De même, la manière dont la révision constitutionnelle est justifiée est instructive. En témoigne la motivation de la loi constitutionnelle n° 2007-239 inscrivant l'abolition de la peine de mort dans la Constitution. La lecture des motifs du projet de loi laisse entendre que la révision n'est que le prolongement de la loi de 1981, qu'elle « *consacrera l'engagement de la France* » et qu'« *elle témoignera avec force de notre attachement aux valeurs de la dignité humaine* ». C'est presque subrepticement qu'il est admis que la révision constitutionnelle permettra la ratification d'un engagement international. *De surcroît, le constituant aurait pu procéder, en la matière, à une révision adjonction, précisant que la France ratifie le protocole de New York dans les conditions prévues par le traité. Ce n'est pas le choix retenu. Au contraire, le constituant a souhaité que la révision prenne « la forme d'une inscription solennelle au sein du titre VIII de la Constitution relatif à l'Autorité judiciaire, dans un nouvel article 66-1 »*⁵⁵. Autrement dit, l'identité constitutionnelle de la France ressort encore à

55 Tels sont les termes retenus par le Rapport Badinter au nom de la commission des lois au Sénat

travers l'attention qu'elle porte à la constitutionnalisation de l'abolition de la peine de mort.

b) Le refus de réviser la Constitution est également révélateur de l'identité constitutionnelle de la France, comme l'illustre le cas de la Charte des langues régionales ou minoritaires.

Sur ce point, le débat a ressurgi récemment, en raison des engagements pris par le Président de la République⁵⁶ et de l'impact éventuel des différentes révisions constitutionnelles intervenues depuis la décision de 1999. Ainsi a-t-on fait valoir que les modifications du texte constitutionnel pourraient rendre désormais inutile une révision de la Constitution préalable à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en particulier l'affirmation du caractère décentralisé de la République en 2003, la reconnaissance des populations d'outre-mer au sein du peuple français à l'article 72-3 ou, plus récemment, l'inscription des langues régionales au patrimoine de la France en vertu de l'article 75-1 en 2008. Dans un nouvel avis rendu en mars 2013, le Conseil d'Etat a néanmoins maintenu sa position initiale, suscitant le dépôt d'une proposition de loi à l'Assemblée nationale le 31 octobre 2013, tendant à la ratification de la Charte⁵⁷.

On précisera que le refus de réviser la Constitution n'empêche pas forcément la ratification de l'engagement international en cause. Celle-ci peut, par exemple, tout à fait s'accompagner de l'émission d'une réserve, qui préserverait l'identité constitutionnelle sans avoir à intégrer l'atteinte à cette dernière dans la Constitution. C'est ainsi qu'avait été envisagée, à la suite de la décision 2004-524/525 DC la possibilité de ratifier le protocole PIDESC avec une réserve, hypothèse qui a finalement été écartée. Encore faut-il envisager les cas dans lesquels la Constitution n'est pas révisée et le traité pourtant ratifié, malgré un risque d'inconstitutionnalité, en espérant que le Conseil constitutionnel ne soit pas saisi ou ne relève pas l'inconstitutionnalité. Ce fut le cas du projet de loi autorisant la ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport, ratifiée alors que Conseil d'Etat avait relevé une atteinte potentielle aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale dans un avis de 2006⁵⁸.

2) La portée de la notion d'identité constitutionnelle

a) L'intervention du constituant souligne que la notion d'identité constitutionnelle n'est pas une question de supra-constitutionnalité, contrairement à ce qu'une partie de la doctrine avait pu déduire du recours à cette notion en matière du droit de l'Union européenne. La motivation retenue par le Conseil constitutionnel est, sur ce point, très claire : « *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* »⁵⁹. La logique est équivalente en dehors du droit de l'Union européenne. L'identité constitutionnelle éventuellement forgée à travers la ratification / application des engagements internationaux demeure entre les mains du constituant. La ratification d'un traité peut rendre nécessaire la modification d'un élément jugé constitutif de l'identité constitutionnelle.

En conséquence, le rapprochement entre identité constitutionnelle et clauses d'éternité, certes tentant, doit être écarté. Le concept d'identité constitutionnelle ne peut que difficilement être rapproché des limites assignées à la procédure de révision constitutionnelle et, en particulier, de l'interdiction

⁵⁶ Proposition n° 56 du programme de François Hollande pour l'élection présidentielle du 22 avril 2012

⁵⁷ Proposition enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 31 octobre 2013

⁵⁸ *Rapport public* 2007, p. 54-55

⁵⁹ Décision 2006-540 DC *préc.*, cons. 19

d'attenter à la forme républicaine du Gouvernement posée par l'article 89-5 C. En effet, les limites à la révision constitutionnelle se situent théoriquement hors d'atteinte du pouvoir constituant, alors que l'identité constitutionnelle se trouve, au contraire, pleinement entre les mains du constituant. On en vient alors à s'interroger sur la pertinence de cette notion d'identité constitutionnelle, si aisément soluble dans la révision de la Constitution. Paradoxalement, la possibilité même d'une révision méconnaît ce que l'on appelle le principe même d'identité, selon lequel une chose ne peut être elle-même et son contraire⁶⁰.

b) D'où la question de savoir jusqu'où : jusqu'où peut-on réviser la Constitution dès lors que sont en cause des règles et des principes inhérents à l'identité constitutionnelle française ? La question avait déjà été posée au Conseil constitutionnel précisément à propos de la ratification d'engagements internationaux jugés contraires aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ainsi, lors de la ratification du Traité de Maastricht, les requérants avaient interrogé le Conseil sur le point de savoir jusqu'où pouvaient aller « *des révisions de la Constitution entérinant des atteintes successives aux "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté"* » dans la mesure où « *l'ordre juridique constitutionnel français est construit autour de l'idée centrale de souveraineté nationale* », moyen jugé inopérant par le Conseil constitutionnel⁶¹. Le raisonnement est aisément transposable de la question de la souveraineté à celle de l'identité constitutionnelle : jusqu'où peut-on intégrer, dans la Constitution, des atteintes à l'identité constitutionnelle ?

Faut-il y voir une invitation supplémentaire à exercer un contrôle sur les lois de révision constitutionnelle ? S'étant prononcé sur la contrariété d'un traité à la Constitution, le Conseil constitutionnel pourrait alors être saisi de la question de la conformité de la loi de révision constitutionnelle aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. L'hypothèse a été envisagée s'agissant du droit de l'Union européenne : le contrôle des lois constitutionnelles qui pourraient être adoptées pour remédier à un obstacle d'ordre constitutionnel survenu lors de la transposition d'une directive serait constitutionnellement fondé⁶². Le raisonnement pourrait être étendu à la révision constitutionnelle survenue à la suite d'une déclaration de non-conformité d'un engagement international à une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle, le Conseil constitutionnel se reconnaissant alors compétent pour en connaître.

Mais n'est-ce pas là une vision biaisée de ce qu'est l'identité constitutionnelle ? Sur ce point, les propositions d'Alexandre Viala sont particulièrement stimulantes⁶³. L'identité, on l'a rappelé en introduction, n'est pas une donnée intangible, une vérité qui s'impose mais quelque chose qui se construit dans une relation à autre chose. Elle n'est pas une « permanence » mais une « construction ». C'est en ce sens qu'elle doit demeurer à la disposition du pouvoir constituant.

60 Terme emprunté à Alexandre Viala, « Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, s. d. L. Burguogues-Larsen, Cahiers européens n°1, p. 7 et s.

61 Décision 92-312 DC *préc.*, cons. 44 et 45

62 Sur ce point, voir A. Levade, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen – L'intuition d'une piste à explorer », *NCCC*, 2010, n°27

63 A. Viala, « Le concept d'identité constitutionnelle », *préc.*.

