



HAL
open science

La noblesse à l'épreuve des valeurs républicaines dans l'Union européenne

Lencka Popravka

► To cite this version:

Lencka Popravka. La noblesse à l'épreuve des valeurs républicaines dans l'Union européenne. 2021. ⟨hal-04168042⟩

HAL Id: hal-04168042

<https://hal.science/hal-04168042v1>

Preprint submitted on 21 Jul 2023

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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

La noblesse à l'épreuve des valeurs républicaines dans l'Union européenne

Lencka POPRAVKA

L'anniversaire d'une constitution, comme ici la constitution autrichienne, est une excellente occasion pour réfléchir à ses usages sociaux, en dehors du cadre du droit constitutionnel *stricto sensu*. En effet, l'intégration européenne, spécifiquement le développement du droit de l'Union européenne, a non seulement forcé des évolutions profondes des constitutions, mais a également fait évoluer la place de ces constitutions dans l'architecture juridique. À cet égard, il est notable que la première modification totale de la constitution autrichienne¹ eut lieu dans le cadre de l'adhésion de l'Autriche à l'Union européenne en 1994². Cette notion de modification d'ensemble doit être envisagée à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle autrichienne³. En effet, il ne s'agit pas d'une réécriture complète de la Constitution, mais d'une modification « telle qu'elle touche à l'un des principes directeurs de la Constitution fédérale⁴ ».

Au-delà de cette modification de la Constitution autrichienne, l'impact du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux fut, comme cela est bien connu, majeur. Par la primauté⁵ et l'effet direct⁶, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a affirmé l'existence d'un ordre juridique autonome et dépassant la conception classique du droit international. Ces principes étaient déjà clairement établis lors de l'adhésion autrichienne, ainsi que les tempéraments à ces principes admis par le droit de l'Union et spécifiquement par la Cour. Parmi ces tempéraments, un doit être spécifiquement analysé ici au regard de la situation autrichienne : l'identité nationale⁷. Ici, l'identité en cause n'est pas celle qui est source de rassemblement, celle qui mène à l'affirmation de « valeurs [...] communes aux États

¹ Au titre de l'article 44 alinéa 3 de la Loi constitutionnelle fédérale du 1^{er} octobre 1920. 66,58% des citoyens européens se sont prononcés en faveur de cette modification, et donc *in fine* de l'adhésion à l'Union, avec une participation de 81,3%. Cf Sylvie PEYROU-PISTOULEY, « Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien », *RFDC*, vol 2, n° 46, 2001, p. 237-264, spéc. p. 237.

² Le traité d'adhésion a été signé à Corfou le 24 juin 1994.

³ Spécifiquement de sa décision du 16 décembre 1952, « Nationalité de Land », *VfSlg* 2455/1952.

⁴ Sylvie PEYROU-PISTOULEY, *ibid.*, p. 242. Pour davantage de détails sur les aspects de ces principes directeurs qui sont remis en cause par l'adhésion à l'Union européenne, nous renvoyons à cet article.

⁵ CJCE, 15 juillet 1964, 6/64, *Costa c. ENEL*.

⁶ CJCE, 5 février 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*.

⁷ Article 4 alinéa 2 TUE.

membres⁸ », mais bien l'identité spécifique autrichienne, dont les contours et le traitement par le droit de l'Union doivent être analysés comme une expression du « pluralisme constitutionnel caractérisant le fonctionnement de l'ordre juridique européen⁹ ». Il apparaît essentiel de clarifier les termes : le texte du traité sur l'Union européenne évoque l'identité nationale, là où les Cours constitutionnelles nationales évoquent, pour les mêmes types d'hypothèses, l'identité constitutionnelle¹⁰. Par commodité, dans le cadre de cette analyse, les expressions identité nationale et identité constitutionnelle seront considérés comme synonyme, eu égard à la vision portée par l'avocat général Maduro dans ses conclusions : « [i] est vrai que le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir. [...] L'identité nationale visée comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre¹¹ ».

Au sein de l'identité constitutionnelle autrichienne, il existe une thématique particulièrement sensible : la noblesse. En effet, à la suite de la décomposition de l'Empire austro-hongrois, la jeune république autrichienne adopte en 1919 la loi d'abolition de la noblesse, motivée par une soif d'égalité, et la crainte d'une restauration. Cette loi a eu des conséquences très concrètes sur les concernés, notamment l'interdiction de séjour en Autriche pour tous les Habsbourg nés avant le 10 avril 1919 et qui n'avait pas formellement renoncé à leurs prérogatives et appartenance à la maison Habsbourg-Lorraine¹². Cette législation a mené au cas spécifiquement absurde de Félix de Habsbourg, titulaire d'un passeport autrichien « valable pour tous les pays à l'exception de l'Autriche¹³ ». Ce cas n'a pas mené à un arrêt de la Cour de justice, mais un cas proche, concernant la reconnaissance des titres de noblesse allemands en Autriche, a permis un approfondissement passionnant de l'utilisation de l'identité constitutionnelle devant la CJCE.

⁸ Article 2 TUE.

⁹ Marc BLANQUET « De l'identité constitutionnelle des États membres à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne », *JCP G*, n° 23, juin 2012, doct. 691.

¹⁰ Sur ce point, en ne prétendant absolument pas à l'exhaustivité, cf, par exemple, l'arrêt *Solange I* qui évoque « la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité », *BverfGE*, 29 mai 1974, décision traduite dans Michel FROMONT, *RTDE*, 1975, p.316, l'arrêt *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle allemande, 20 juin 2009, 2 *BvE* 2/08 e.a. et Conseil constitutionnel français, décis. n° 2006-540 DC du 19 novembre 2004, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

¹¹ Conclusions de l'avocat général Maduro, *Michaniki AE c. TEVAE*, présentées le 8 octobre 2008, C-213/07, point 31.

¹² Ce fut le cas par exemple de Félix de Habsbourg, banni d'Autriche, uniquement autorisé à se rendre en Autriche en 1989 pour les obsèques de sa mère, l'impératrice Zita, cf *Le Monde* « Félix de Habsbourg, citoyen européen, banni d'Autriche », https://www.lemonde.fr/archives/article/1996/03/23/felix-de-habsbourg-citoyen-europeen-banni-d-autriche_3702225_1819218.html, 23 mars 1996.

¹³ *Ibid.*

Afin de circonscrire l'analyse de cette prise en compte de l'identité constitutionnelle autrichienne, il faut envisager la lecture très inclusive des invocations de l'identité constitutionnelle devant la CJCE pour limiter l'application du droit de l'Union (1.), avant de s'intéresser à la dialectique entre valeurs communes et valeurs propres à l'État membre au regard de l'identité constitutionnelle (2.).

1. L'identité constitutionnelle autrichienne consacrée par la CJUE

La prise en considération de l'identité constitutionnelle autrichienne ne peut pas être qualifiée de révolution à la lumière du développement du droit de l'Union. En effet, la prise en considération de celle-ci s'inscrit dans la montée en puissance de l'identité constitutionnelle, qu'il convient rapidement d'évoquer (A.), avant de s'intéresser au contexte ayant mené à la consécration par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une identité constitutionnelle autrichienne (B.).

A. La montée en puissance de l'identité constitutionnelle comme moyen devant la CJUE

Dans les traités, la première référence à l'identité nationale des États membres s'opère par l'insertion de l'article F du traité de Maastricht¹⁴, mais il faut reconnaître que « si le concept est énoncé, sa signification et sa portée juridique sont, au moins au début, pour le moins

¹⁴ Qui dispose que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques ».

obscur¹⁵ ». Ainsi, seule l'analyse du contentieux devant la Cour de Justice peut permettre de définir les conditions d'usage de ce concept. Sa première apparition s'opère comme moyen de défense, dans le cadre d'un recours en manquement concernant la libre-circulation des personnes, spécifiquement l'exigence de nationalité pour accéder à certains emplois¹⁶. Dans ce contexte, le Luxembourg soulève comme moyen de défense, dans un contentieux concernant notamment l'accès au secteur de l'enseignement, le fait que « la nationalité luxembourgeoise des enseignants est nécessaire pour assurer la transmission des valeurs traditionnelles et constitue donc [...] une condition essentielle de l'identité nationale¹⁷ ». Cet argument a été invoqué, souvent avec peu de succès, par les États membres, dans des thématiques aussi variées que les aides d'État¹⁸, la politique de cohésion¹⁹ et la politique agricole commune²⁰, le recrutement des fonctionnaires européens²¹, l'enregistrement d'une initiative citoyenne européenne²², la libre-circulation des capitaux²³, la libre circulation des personnes²⁴. Cet argument a aussi pu être invoqué, sans plus de réussite, par des requérants dans le cadre de procédures devant la Cour de justice²⁵ liées à la politique économique et monétaire²⁶ de l'Union, mais aussi à la politique agricole commune²⁷, à la politique de cohésion²⁸ et au droit social²⁹. Certaines invocations de l'identité constitutionnelle sont accueillies positivement par la Cour,

¹⁵ Sébastien, MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », *RFDC*, vol. 3, n° 91, 2012, p. 13-44, spéc. p. 14.

¹⁶ CJCE, 2 juillet 1996, C-473/93, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*.

¹⁷ *Ibid.*, point 32.

¹⁸ Trib.UE, ord., 12 mai 2011, T-267/08 et T-279/08, *Région Nord-Pas-de-Calais e.a. c. Commission européenne*.

¹⁹ Trib.UE, 19 juillet 2012, T-770/14, *Italie c. Commission*.

²⁰ CJCE, 4 mars 2004, C-344/01, *RFA c. Commission européenne*.

²¹ Trib.UE, 20 novembre 2008, T-185/05, *République italienne c. Commission européenne*. L'Espagne, intervenant au soutien de l'Italie, affirme que la pluralité linguistique de l'Union est une expression du respect de l'identité nationale des États membres.

²² Trib.UE, 24 septembre 2019, T-391/17, *Roumanie c. Commission européenne*.

²³ CJUE, 3 septembre 2014, C-127/12, *Commission européenne c. Royaume d'Espagne*.

²⁴ Toujours avec la question de l'exigence de nationalité pour l'accès à certains emplois, sans succès. Cf CJUE, gde ch., 17 juillet 2015, C-58/13 et C-59/13, *Angelo Alberto Torresi et Pierfrancesco Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*. Mais aussi avec le refus pour certains États membres d'adopter une conception inclusive de conjoint qui pourrait couvrir les couples de même sexe : la Cour a estimé que, comme il ne s'agissait que d'une obligation de reconnaissance de partenariats enregistrés dans d'autres États, cela ne méconnaissait ni l'identité nationale, ni l'ordre public. CJUE, gde ch., 5 juin 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări e.a.*, point 43.

²⁵ Renvois préjudiciels et recours en annulation.

²⁶ CJUE, gde ch., 16 juin 2015, C-62/14, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, et CJUE, gde ch., 11 décembre 2018, C-493/17, *Heinrich Weiss e.a.*

²⁷ Trib.UE, ord., 6 mars 2012, T-453/10, *Northern Ireland Department of Agriculture and Rural Development*.

²⁸ Trib.UE, 10 mai 2016., T-529/13, *Balázs-Árpád Izsák e.a.*

²⁹ En posant des limites à ce que l'identité nationale peut justifier, ici en affirmant que l'identité nationale ne pouvait justifier la limitation de la protection des travailleurs prévue par le droit de l'Union, CJUE, 13 juin 2019, C-317/18, *Cátia Correia Moreira c. Município de Portimão*.

comme la reconnaissance de raisons « liées à la tradition constitutionnelle³⁰ » après avoir rappelé le respect par l'Union de l'identité nationale concernant le droit de vote des citoyens du Commonwealth résidant à Gibraltar³¹ : cet accueil favorable fait à l'identité constitutionnelle reste extrêmement marginal, voire clairement exceptionnel. Il arrive également que la Cour elle-même rappelle l'obligation pour l'Union de respecter l'identité nationale³², sans nécessairement faire suivre ce rappel d'effets³³. Malgré ce qui doit être qualifié, de façon relativement optimiste, de bilan en demi-teinte, l'invocation de l'identité constitutionnelle demeure importante, avec une montée en puissance de son invocation dans le cadre de questions préjudicielles liées au respect des valeurs de l'Union, spécifiquement de l'État de droit, par les États membres³⁴. Cependant, l'Autriche n'a pas fait partie des États qui ont régulièrement invoqué l'identité constitutionnelle, comme cela a pu être le cas pour l'Espagne par exemple. L'unique, à ce jour, utilisation explicite de l'identité constitutionnelle par l'Autriche donna lieu à un arrêt remarquable à bien des égards : l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*³⁵.

B. La consécration de l'identité constitutionnelle autrichienne dans le contentieux de la liberté de circulation

Il peut paraître, à première vue, étonnant d'invoquer l'identité constitutionnelle dans un contentieux aussi banal et aussi concomitant à l'identité de l'Union européenne que le contentieux des libertés de circulation. En effet, ces libertés, consacrées dès 1957 dans le traité de Rome, déjà présentes dans le traité de Paris de 1951 créant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), sont ancrées dans la construction européenne comme « l'établissement d'une communauté économique qui introduit le ferment d'une communauté

³⁰ Point 63.

³¹ CJCE, gde ch., 12 septembre 2006, C-145/04, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni*.

³² CJUE, 12 juin 2014, C-156/13, *Digibet Ltd Gert Albers c. Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*. Ici, il s'agissait de la répartition des compétences entre Länder et État fédéral allemand. La Cour a également rappelé le même considérant, tout en rappelant que cette répartition n'est pas figée, CJUE, 21 décembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH & Co KG Region Nord c. Region Hannover*, point 40 et s.

³³ Point 34 et s. Concernant l'affaire *Remondis*, précitée, l'affirmation que la protection de l'identité nationale s'applique aussi aux réattributions et transferts de compétences entre collectivités infra-étatique a permis de préciser le concept de marché public.

³⁴ Cf CJUE, gde ch., 2 mars 2021, C-824/18, *A.B., C.D. e.a. c. Krajowa Rada Sądowictwa*, point 78, et les demandes de décisions préjudicielles dans les affaires polonaises C-491/20 à C-496/20 et C-506/20, C-509/20 et C-511/20 et dans l'affaire roumaine *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, C-83/19.

³⁵ CJUE, 22 décembre 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*.

plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés³⁶ ». Ces libertés ont aussi incarné le champ privilégié de la Cour pour consacrer leur effet direct vertical³⁷, mais aussi pour consacrer la primauté du droit communautaire³⁸. La libre circulation des personnes doit être considérée comme encore davantage intrinsèquement liée à ce qui doit être qualifié d'identité européenne : en effet celle-ci découle à la fois de la libre circulation des travailleurs et donc de la communauté économique comme socle de la construction européenne, mais également du projet d'établir une « citoyenneté commune aux ressortissants [des États membres]³⁹ », affirmation claire des fondements d'une Union politique.

Ainsi, il s'agit d'un domaine à la fois stratégique et symbolique pour le développement de l'Union européenne ; mais il s'agit également d'un domaine symbolique pour les États membres, ce qui a pu justifier la consécration de conceptions particulières de certaines valeurs de l'Union européenne⁴⁰, mais aussi la prise en compte de l'identité constitutionnelle, ici autrichienne, qui amène l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*. La requérante, citoyenne autrichienne, a été adoptée en 1991 par un citoyen allemand, M. Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein et porte le nom de la maison des Princes de Sayn-Wittgenstein (Fürsten von Sayn-Wittgenstein) notamment dans le cadre de son activité professionnelle. Son passeport autrichien, de même que des certificats de nationalité, ont déjà été émis à ce nom.

Le fait perturbateur dans cette situation sans difficulté particulière s'incarne en la décision du 27 novembre 2003 de la Cour constitutionnelle autrichienne à propos de la loi d'abolition de la noblesse. En effet, après avoir rappelé la valeur constitutionnelle de la loi d'abolition de la noblesse⁴¹ et le fait que cette loi mettait en œuvre le principe d'égalité, la Cour a estimé que cette loi à valeur constitutionnelle empêchait un citoyen autrichien d'acquérir un nom comprenant un ancien titre de noblesse, nom obtenu par voie d'adoption par un citoyen allemand portant légalement ce titre en qu'élément constitutif de son nom⁴². Suite à cette décision, le chef du gouvernement du Land de Vienne (*Landeshauptmann von Wien*) considéra

³⁶ Déclaration Schuman du 9 mai 1950.

³⁷ Tant pour la libre-circulation des travailleurs avec l'affaire CJCE, 5 février 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*, que pour la liberté d'établissement, avec l'affaire CJCE, 4 avril 1974, 167/73, *Commission c. France*, ou encore la libre prestation des services, CJCE, 21 juin 1974, 2/74, *Reyners*.

³⁸ CJCE, 15 juillet 1964, 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL*.

³⁹ Préambule du traité de Maastricht, 7 février 1992.

⁴⁰ CJCE, 14 octobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, spéc. point 34.

⁴¹ Valeur qui est explicitement prévue par l'article 149 de la Constitution autrichienne : « en plus de la présente loi, sont considérées comme lois constitutionnelles (...) [la] loi du 3 avril 1919, Journal officiel de l'État n° 211, relative à l'abolition de la noblesse, des ordres séculiers de chevaliers et de dames, et de certains titres et dignités ».

⁴² CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, point 25.

que l'acte de naissance de l'intéressée, suite à son adoption, était incorrect, et a informé la requérante de son intention de corriger son nom au sein du registre de l'état civil en ne laissant que le patronyme « Sayn-Wittgenstein ». Ainsi, la décision de la Cour constitutionnelle va avoir des conséquences majeures sur la question préjudicielle posée à la Cour de Justice.

Comment le droit de l'Union a-t-il été impliqué dans ce contentieux ? La requérante a utilisé comme moyen le fait que « la non-reconnaissance des effets de l'adoption quant au droit régissant le nom est constitutive d'une entrave à la libre circulation des personnes, car elle devrait porter des noms patronymiques différents dans différents États membres⁴³ ». Ainsi, bien que le Land de Vienne estime que le recours doit être rejeté, le Tribunal administratif (*Verwaltungsgerichtshof*) estime que comme la ressortissante concernée réside en Allemagne, elle peut invoquer l'article 21 TFUE⁴⁴, et il pose ainsi une question préjudicielle en interprétation dudit article, afin de savoir si le droit de l'Union s'oppose au refus de reconnaissance du nom patronymique de la requérante. En droit de l'Union, lorsqu'il s'agit de libre circulation, le raisonnement de la Cour de justice demeure le même : contrôler l'existence d'une restriction à la libre circulation concernée, ici celle des citoyens, puis contrôler l'éventualité d'une justification à la restriction constatée. En l'occurrence, la Cour constate assez succinctement l'applicabilité de l'article 21 TFUE⁴⁵, puis constate que la question de la juridiction autrichienne n'est pas relative à l'exercice ou non d'une activité économique, mais consiste à déterminer « si des raisons d'ordre constitutionnel peuvent autoriser un État membre à ne pas reconnaître dans tous ses éléments [dont le titre de noblesse n.d.r.] le nom obtenu par l'un de ses ressortissants dans un autre État membre⁴⁶ ». Concernant l'existence d'une restriction à la liberté de circulation et de séjour⁴⁷, plusieurs points doivent être soulignés. La requérante se fonde sur l'arrêt *Grunkin et Paul*⁴⁸, dans lequel la Cour avait estimé que la liberté de circulation et de séjour s'opposait à ce que les autorités d'un État membre, par l'application du droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant enregistré dans un autre État membre où il est né et réside, mais qui, tout comme ses parents, ne possède pas la nationalité du premier État membre. Fait intéressant, l'ensemble des gouvernements intervenus estiment qu'il n'y a pas de violation à l'article 21 TFUE, soit car la situation n'est pas

⁴³ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, point 30.

⁴⁴ Qui consacre le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres pour tout citoyen de l'Union.

⁴⁵ Points 39 et 40 de l'arrêt précité.

⁴⁶ La question concerne tant l'article 21 TFUE que l'article 56 TFUE concernant la libre prestation des services, mais l'enjeu n'est pas tant le type de libre circulation invoquée que les raisons justifiant leur remise en cause.

⁴⁷ Du fait de l'article 21 TFUE.

⁴⁸ CJCE, gde ch., 14 octobre 2008, C-353/06, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*.

comparable⁴⁹, soit car le titre de noblesse n'est pas un élément essentiel d'identification⁵⁰, car le fait d'accorder « un certain statut social à telle ou telle personne » relève d'une compétence exclusive de l'État membre⁵¹. Malgré ces arguments, la situation particulière de la requérante⁵² va inciter la cour à reconnaître que l'évolution de la position autrichienne est une « circonstance de nature à entraver l'exercice du droit découlant de l'article 21 TFUE⁵³ ». À la suite de cette constatation, l'identité constitutionnelle entre alors en jeu pour justifier cette restriction à la libre circulation. La plupart des gouvernements intervenants⁵⁴ estiment qu'une telle restriction doit être reconnue comme étant justifiée par la Cour⁵⁵. Spécifiquement, le gouvernement autrichien estime que les restrictions sont « justifiées à la lumière de l'histoire et des valeurs fondamentales de la République d'Autriche⁵⁶ », car la loi d'abolition de la noblesse « même si elle n'est pas un élément du principe républicain, principe directeur de la Loi constitutionnelle fédérale, constituerait une décision fondamentale en faveur de l'égalité formelle de traitement de tous les citoyens devant la loi⁵⁷ ». Par cette affirmation, le gouvernement autrichien déplace clairement la question sur le terrain de l'identité nationale, tout comme les gouvernements italien et slovaque, qui affirment que la restriction « correspond à un objectif légitime, constitué par le respect d'une norme constitutionnelle, qui exprime un principe d'ordre public ayant une valeur essentielle dans l'ordre républicain⁵⁸ ». Ainsi, le passage du terrain de la liberté de circulation vers le terrain de l'identité constitutionnelle ne s'effectue pas particulièrement, car le contentieux devant la CJUE est la conséquence de la décision de la Cour constitutionnelle autrichienne, mais surtout parce que cet argument est clairement invoqué par le gouvernement autrichien. Le fait que la nationalité soit une compétence exclusive des États membres⁵⁹ peut justifier ce glissement vers des questions d'identité constitutionnelle, mais l'invocation claire de ce motif par le gouvernement autrichien démontre que cet argument s'inscrit comme un

⁴⁹ Les gouvernements autrichien et allemand insistent sur le fait que les seuls documents d'identité de la requérante sont autrichiens, la plaçant dans une situation différente de celle de l'arrêt *Grunkin et Paul* (point 45 de l'arrêt *Sayn Wittgenstein*).

⁵⁰ Argument du gouvernement autrichien, point 47.

⁵¹ Argument du gouvernement tchèque, point 48.

⁵² Notamment le fait que, se fondant sur son passeport autrichien précisant le titre de noblesse, la requérante a acquis un permis de conduire allemand à ce nom et immatriculé une société (point 62).

⁵³ Point 71 de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*.

⁵⁴ L'Autriche, l'Italie, la Lituanie, la République tchèque et la Slovaquie.

⁵⁵ Point 73.

⁵⁶ Point 75.

⁵⁷ Point 74.

⁵⁸ Point 78.

⁵⁹ La déclaration 2 jointe au traité de Maastricht, JO 1992, C 191, p. 98 disposait que « la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État concerné ». Cette compétence est également rappelée dans l'arrêt CJCE, gde ch., 2 mars 2010, C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, point 39, ou encore CJCE, 19 octobre 2004, C-200/02, *Zhu et Chen*, point 37.

acquis des États membres, bénéfique qui se constate d'ailleurs dans les observations de la Commission. En effet, la Commission affirme qu'effectivement la loi d'abolition de la noblesse doit être considérée comme un « élément de l'identité nationale⁶⁰ », et qu'ainsi la Cour devrait privilégier une approche fondée sur la mise en balance entre l'intérêt constitutionnel et l'intérêt de la requérante. Effectivement, la Cour de justice, suivant les conclusions de l'avocate générale Sharpston⁶¹, va rappeler que la situation constitutionnelle autrichienne doit être interprétée comme une considération d'ordre public⁶², et opère donc un contrôle de proportionnalité stricte, fondé sur la logique qu'une « dérogation à une liberté fondamentale [du marché intérieur] doit être entendue strictement, [et qu'ainsi] l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société⁶³ ». Ce contrôle de proportionnalité s'opère de façon très classique, par le contrôle de la possibilité pour l'État membre d'atteindre ses objectifs par l'adoption de mesures moins restrictives⁶⁴, bien que la Cour reprenne des éléments de l'arrêt *Omega*⁶⁵ par la mise en valeur du fait que la restriction adoptée par l'État membre n'a pas à correspondre à « une conception partagée par l'ensemble des États membres [...] et que, au contraire, la nécessité et la proportionnalité des dispositions ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État⁶⁶ ». Ici, la Cour de justice constate que l'Autriche n'a pas dépassé ce qui était nécessaire « pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental⁶⁷ » qu'elle poursuit, après avoir souligné que la forme républicaine fait partie de l'identité nationale des États membres⁶⁸.

Cet arrêt doit susciter l'intérêt pour deux éléments : d'une part, le fait qu'il s'agisse d'une invocation réussie de l'identité constitutionnelle d'un État membre, ce qui est déjà notable en soi ; d'autre part, cette affaire symbolise une dialectique particulière à l'intégration des valeurs

⁶⁰ Point 80.

⁶¹ Conclusions de l'avocate générale Eleanor Sharpston, sous l'affaire *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, présentées le 14 octobre 2010, C-208/09, points 59 et s.

⁶² Point 84.

⁶³ Point 86.

⁶⁴ Pour l'ensemble des raisons impérieuses d'intérêt général permettant de justifier une atteinte à une liberté du marché intérieur, le contrôle de proportionnalité fait l'objet d'un test particulièrement poussé, tendant à analyser tant la capacité de la mesure d'atteindre l'objectif visé, que la nécessité de la restriction imposée. Cf. CJCE 30 novembre 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, point 37 ; cf Vassilis HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *Research Paper in Law*, 01/2013, Bruges, Collège d'Europe, 22 p.

⁶⁵ CJCE, 2004, *Omega*, *op.cit.*

⁶⁶ Point 91.

⁶⁷ Point 93.

⁶⁸ Point 92.

spécifiques des États membres dans l'analyse de la Cour et leur lien avec les valeurs communes aux États membres.

2. La dialectique sur les valeurs à l'aune de l'identité constitutionnelle autrichienne

En réalité, l'argument de l'identité constitutionnelle peut être perçu comme une caisse de résonance de la dialectique entre valeurs de l'Union européenne et valeurs nationales. Les valeurs de l'Union⁶⁹, au sens de l'article 2 TUE, sont supposées être « communes » aux États membres. Ces valeurs communes demeurent le fruit d'un compromis particulier entre les rédacteurs du traité (B.), mais cela n'épuise nullement les éventuelles spécificités des États membres, incarnées par l'identité constitutionnelle (A.).

A. Les valeurs spécifiques aux États membres incarnées par l'identité constitutionnelle

Ce lien entre valeur et identité constitutionnelle se retrouve dans un argument des États intervenants dans l'affaire Sayn-Wittgenstein : le gouvernement lituanien souligna que « lorsqu'il est nécessaire de protéger des *valeurs constitutionnelles fondamentales* de l'État, telles que, notamment, la langue nationale en ce qui concerne la République de Lituanie ou des valeurs fondatrices de l'ordre juridique ou de la structure de l'État en ce qui concerne la République d'Autriche, l'État membre considéré doit pouvoir prendre lui-même la décision la

⁶⁹ Telles que la démocratie, l'État de droit, la dignité humaine, l'égalité, la liberté, ou encore les droits de l'Homme et des personnes appartenant à des minorités.

plus appropriée [...] ⁷⁰». Cette expression offre un éclairage particulièrement intéressant sur l'impact de l'identité constitutionnelle sur le fondement axiologique de l'Union. En effet, de par l'utilisation de cette expression, et spécifiquement du terme « valeurs », le gouvernement lituanien permet de s'interroger sur la place des valeurs au regard de l'utilisation juridique de l'identité constitutionnelle : « en tant que valeur, en effet, la valeur a l'être ; mais cet existant normatif n'a précisément pas d'être en tant que réalité⁷¹ ». La juridictionnalisation du concept, par l'invocation des valeurs dans un cadre juridique et contentieux, oblige au contraire l'acquisition par la valeur d'un contenu, d'une consistance. La valeur, utilisée comme argument juridique, perd donc l'aspect abstrait qui semblait la caractériser, pour devenir dotée d'un contenu et qui « se présente comme une sorte de « référence », tirant sa validité de la reconnaissance subjective de ceux qui la reconnaissent en tant que valeur⁷² ». Mais, dès que la valeur est envisagée comme ceci, une conséquence majeure émerge : la nécessité de hiérarchiser ces valeurs afin de pouvoir opérer leur mise en balance. À ce moment précis, le besoin de valeurs constitutionnelles fondamentales, pour reprendre les termes du gouvernement lituanien, émerge pleinement : « rien ne garantit [...] que la hiérarchie des valeurs de l'un sera reconnue par un autre⁷³ ».

Ainsi, la reconnaissance de l'identité constitutionnelle des États membres possède cette fonction : lorsque la hiérarchie des valeurs ne s'opère pas de la même façon pour un État particulier, l'identité constitutionnelle devient alors un outil juridique de consécration des spécificités. Ces spécificités axiologiques peuvent être fondées sur des particularités historiques, philosophiques, dans la limite de ce qui est proportionné pour à la fois assurer l'unité du droit de l'Union et le respect des États membres. En cela, l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* illustre particulièrement bien à la fois cette tension entre primauté et spécificités nationales et cette prise en considération prétorienne des valeurs nationales⁷⁴. D'ailleurs, la prise en compte de l'échelle des valeurs des États membres transcende même parfois le champ de la reconnaissance de l'identité nationale, comme cela a pu être souligné par le Professeur Denys

⁷⁰ CJCE, *Sayn-Wittgenstein*, *op.cit.*, point 79.

⁷¹ Jean-Paul SARTRE, *L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique [1943]*, Paris, Gallimard, 2016, p. 129.

⁷² Céline HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs : le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 8.

⁷³ Charles PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, 2^e éd, p. 101.

⁷⁴ Bien que l'expression ne soit jamais reprise par la Cour, ce qui est un exemple notable de la timidité de la Cour sur le terrain des valeurs jusqu'à relativement récemment. Sur ce point, cf, par exemple CJUE, 6 novembre 2012, C-286/12, *Commission européenne c. Hongrie* et la thèse de Simon LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, sous la dir. de Rostane MEHDI et Olivier DELAS, Aix Marseille Université, soutenue le 12 décembre 2016.

Simon au sujet de la jurisprudence de l'Union concernant les jeux d'argent⁷⁵ : il « appartient à chaque État membre d'apprécier, selon sa propre échelle de valeurs, les exigences que comporte la protection des intérêts concernés⁷⁶ ». Cependant, l'Union dispose de valeurs visées par le traité, qui affirme leur caractère commun. Il faut donc analyser le socle commun afin de voir ses interactions avec les valeurs nationales spécifiques.

B. Le socle commun de valeurs comme standard minimum

Depuis le traité de Maastricht et le développement d'une Union politique, le traité sur l'Union européenne (TUE) contient un article listant les valeurs⁷⁷, l'article 2 TUE. Celui-ci dispose que « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Du point de vue de notre analyse, cet article nous apporte un éclairage particulièrement pertinent en ce qui concerne les limites acceptables aux marges de manœuvre des États membres concernant les valeurs. En effet, la précision selon laquelle les valeurs⁷⁸ sont communes aux États membres peut être vue comme une limitation de la prise en compte des valeurs étatiques : les spécificités étatiques sont accueillies au titre de de l'identité nationale, mais ces spécificités ne doivent pas impacter le respect des valeurs communes. D'ailleurs, dans le cadre de l'activation de l'article 7 TUE par la Commission et le Parlement européen contre la Hongrie et la Pologne, afin de faire reconnaître par le Conseil un risque clair de violation grave des valeurs, la question de la spécificité nationale n'émerge jamais, tant du point de vue des institutions que des États

⁷⁵ Pour un aperçu du droit et de la jurisprudence pertinents, cf Francis DONNAT, « Les jeux d'argent et de hasard et le droit de l'Union Européenne », *Pouvoirs*, vol. 4, n° 139, 2011, p. 39-49.

⁷⁶ Denys SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in Laurence BURGOGUE-LARSEN (*dir*), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. « Cahiers Européens », 2011, p. 36.

⁷⁷ Du traité de Maastricht au projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, il s'agissait de principes, mais l'idée restant la même, il ne paraît pas pertinent pour notre sujet d'évoquer cette évolution.

⁷⁸ À savoir le respect de la dignité humaine et de l'État de droit, la liberté, la démocratie, l'égalité et le respect des droits de l'homme, dont les droits des personnes appartenant à des minorités.

membres ; ce qui émerge, sans succès jusqu'à présent⁷⁹, ce sont des arguments concernant les contours des valeurs et leurs limites. Par contre, l'argument de l'identité nationale apparaît dans la réponse juridictionnelle⁸⁰ à ce qui est nommé comme étant une « crise de l'État de droit⁸¹ » : ainsi l'accueil de l'identité nationale comme argumentaire apparaît réservé à la Cour de justice de l'Union.

L'invocation par l'Autriche de son identité constitutionnelle dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein* illustre bien cette différence : l'idée n'est pas de concurrencer une valeur commune, juste de moduler l'application d'une des illustrations de la liberté au sein de l'Union, par l'invocation de cette identité. Ainsi, *Sayn-Wittgenstein* illustre la nécessaire mise en balance entre les valeurs communes et l'identité de l'État : sur ce terrain fragile, afin de ne pas détruire l'unité axiologique de l'Union, la proportionnalité doit être l'alpha et l'omega de cette relation. Dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, le fait que l'identité constitutionnelle invoquée soit clairement une spécificité de l'Autriche, sans que cette spécificité ne puisse constituer un affaiblissement particulièrement fort des valeurs communes, mais au contraire une reconnaissance d'une illustration historique de la défense de l'égalité par la constitution autrichienne, demeure clairement une des meilleures illustrations de l'effet positif du pluralisme constitutionnel et de sa prise en compte par la Cour de Luxembourg.

⁷⁹ Le succès de la procédure est de toute façon relatif puisque les auditions sont bloquées depuis plus d'un an, en partie à cause du COVID 19 qui contraint le Conseil à recourir à la visio-conférence.

⁸⁰ Cf CJUE, gde ch., 2 mars 2021, C-824/18, *A.B., C.D. e.a. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, point 78, et les demandes de décisions préjudicielles dans les affaires polonaises C-491/20 à C-496/20 et C-506/20, C-509/20 et C-511/20 et dans l'affaire roumaine *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, C-83/19.

⁸¹ Sur ce point, cf par exemple la synthèse opérée par Petra BARD et Dimitry KOCHENOV, « *Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU* », *Reconnect*, Working Paper n° 1, 2018, [https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/07/RECONNECT-KochenovBard-WP_27072018b.pdf]