

# LE NOYAU CONSTITUTIONNEL IDENTITAIRE, FREIN À L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

CONTRIBUTION À UNE ÉTUDE NORMATIVISTE ET COMPARÉE DES RAPPORTS ENTRE  
LE NOYAU CONSTITUTIONNEL IDENTITAIRE ET LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

**Jean-Philippe DEROSIER**

Docteur de l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Membre du CRDC,  
Président de la Commission Jeunes chercheurs de l'AFDC

VIII<sup>ème</sup> Congrès de l'AFDC (Nancy) — Communication à l'Atelier n° 2\*

CANDIDATURE AU PRIX LOUIS FAVOREU

---

« Je voudrais signer ma vie par un grand acte, et mourir.  
Ainsi, la fondation des États-Unis d'Europe »  
Victor HUGO, 1876-78<sup>1</sup>

Depuis la mise en place de l'Union européenne et avec une acuité particulière ces dernières années, certains ordres juridiques nationaux laissent apparaître, par la voix de leurs juges constitutionnels, que l'évolution de l'intégration européenne pourrait être freinée, voire bloquée par des principes constitutionnels nationaux. C'est notamment le cas en Allemagne, en France et en Italie, où la jurisprudence constitutionnelle mentionne, de façon explicite ou implicite, l'existence d'un noyau constitutionnel qui forme l'identité de l'État<sup>2</sup> et auquel il ne serait possible de porter aucune atteinte, même par la voie juridique de la révision constitutionnelle car ce noyau renvoie à des principes qui échappent à la compétence du législateur constitutionnel. Il pourrait ainsi notamment être opposé au droit de l'Union européenne. Dès lors, l'identification et l'analyse des mécanismes juridiques pouvant justifier de telles positions semblent particulièrement intéressantes car l'on peut aisément considérer, d'une part, que tout principe constitutionnel peut régulièrement être modifié ou supprimé par l'institution compétente en matière constitutionnelle et, d'autre part, que le principe de primauté du droit de l'Union européenne, bien établi désormais, doit permettre de régler de tels conflits selon une seule alternative : l'application de la norme de l'Union.

À ce propos, certaines solutions ont déjà été proposées, telle celle démontrant l'existence d'un ordre constitutionnel commun et composé de plusieurs niveaux, celui des États membres et celui de

---

\* Cette communication est issue des travaux réalisés dans le cadre d'une thèse de doctorat, soutenue le 14 décembre 2010 à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne et dirigée par le Professeur Otto Pfersmann : *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*. Le lecteur désireux de connaître les détails du raisonnement pourra s'y reporter.

<sup>1</sup> Il s'agit d'une note de l'auteur, écrite vers 1876-78, cf. Victor HUGO, *Œuvres complètes. Océan*, Robert Laffont, 1989, coll. Bouquins, p. 294.

<sup>2</sup> Pour des décisions récentes, cf. respectivement CCF 30 juin 2009, 2 BvE 2/08, *Traité de Lisbonne*, BVerfGE 123, 267 [344] ; la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120 ; Sent. n° 125/2009 du 30 avril 2009, *Giur. cost.* 2009.

l'Union européenne<sup>3</sup>. Si elle peut paraître intéressante sur le plan de la pratique institutionnelle et jurisprudentielle des rapports entre les États et l'Union, cette construction théorique demeure peu convaincante du point de vue purement juridique, c'est-à-dire d'un point de vue dénué de toute considération et argumentation non normatives, car elle mêle des arguments juridiques (on songe à la validité et à l'application des normes) et des arguments de politique constitutionnelle et jurisprudentielle (on songe au contenu des normes et à l'attitude des acteurs). Afin de proposer une solution purement juridique, c'est-à-dire vérifiable et applicable exclusivement en droit positif, qui pourra notamment permettre de délimiter ce qui relève de la sphère juridique et ce qui relève de la sphère politique en matière des rapports des systèmes ici analysés, on étudiera les rapports entre les normes constitutionnelles nationales et les normes de l'Union européenne selon la méthodologie normativiste, à laquelle on associera la méthodologie comparative.

On démontrera ainsi que le “noyau constitutionnel identitaire” correspond à un ensemble de principes constitutionnels formant une catégorie spécifique de normes que l'on appelle les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : il s'agit de normes constitutionnelles qui échappent à toute possibilité de suppression et qui ont un impact sur le processus d'intégration européenne, en interdisant la production d'une norme primaire de l'Union européenne ou en empêchant l'application d'une norme de droit dérivé, malgré les principes de primauté et d'effet direct. Elles ne peuvent pas, elles-mêmes, être écartées (par une révision constitutionnelle) car le droit positif ne prévoit aucune procédure permettant de les détruire. Ce noyau constitutionnel identitaire est alors susceptible d'influer à triple titre sur l'ordre juridique de l'Union européenne. D'abord, il peut bloquer son évolution, notamment en interdisant qu'une norme de l'Union européenne ne soit régulièrement produite. Ensuite, il peut rendre impossible l'application d'une norme de l'Union allant à son encontre, limitant ainsi les effets du principe de primauté du droit de l'Union européenne, cette possible inapplication étant juridiquement justifiée car elle trouve son fondement dans le droit de l'Union lui-même. Enfin, il peut faire “réagir” l'ordre juridique de l'Union européenne, ce dernier tenant compte lui-même des exigences posées par le noyau constitutionnel afin d'en garantir le respect, ce qui ne tend plus, alors, à freiner le processus d'intégration mais contribue, au contraire, à favoriser son évolution. Avant d'en entamer l'étude, il convient d'exposer et de justifier la méthode comparative et normativiste que l'on a retenue (a) et de préciser le cadre conceptuel du sujet (b).

#### *a) Méthode comparative et normativiste*

D'une part, le choix de la méthode comparative s'impose car la construction européenne est contrôlée et influencée par l'ensemble des États membres, lesquels avancent parfois des arguments comparables afin de limiter les effets du droit de l'Union. Ainsi, l'étude de la construction européenne et des rapports entre les systèmes européen et étatique est d'autant plus intéressante et solide qu'elle est alimentée par plusieurs ordres juridiques étatiques. En raison de l'impossibilité pratique et intellectuelle de traiter l'ensemble des États membres de l'Union européenne, on a choisi d'en sélectionner trois qui

---

<sup>3</sup> On songe principalement à la théorie du constitutionnalisme à plusieurs niveaux, développée par le Professeur Ingolf Pernice, cf. Ingolf PERNICE, “Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?”, in *CML Review* n° 36 (1999), pp. 703 à 750 ; Ingolf PERNICE et Franz MAYER, “De la constitution composée de l'Europe”, in *RTDE* 2000 (n° 4), pp. 623 à 647 ; Ingolf PERNICE, “The treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action”, in *Columbia Journal of European law* n° 15 (2009), pp. 349 à 407.

connaissaient les positions jurisprudentielles que l'on a mentionnées<sup>4</sup> et qui avaient également une longue expérience de l'intégration européenne. On a donc retenu l'Allemagne, la France et l'Italie, d'autant plus que leurs Constitutions respectives contiennent des dispositions limitant explicitement la compétence du législateur constitutionnel<sup>5</sup>.

De plus, la comparaison des droits permet de comprendre avec plus de précision les spécificités des différents ordres juridiques et même de son propre ordre juridique : lors de la construction et de l'étude d'un concept, la comparaison de sa mise en œuvre au sein de plusieurs ordres juridiques permet d'en appréhender un maximum de nuances et d'en dégager toutes les particularités. En ce sens, la démarche comparative que l'on entend suivre poursuit un objectif de connaissance, de meilleure compréhension du fonctionnement des différents ordres juridiques<sup>6</sup>. Elle n'a donc nullement pour but de rechercher une solution idéale applicable à un ordre juridique commun ou une amélioration des droits en vigueur<sup>7</sup> car cela ne relève pas d'une démarche scientifique (de connaissance) mais de la sphère de création du droit qui échappe au scientifique. Malgré tout, l'objectif de connaissance que poursuit la démarche comparative que l'on propose n'a pas seulement vocation à identifier les simples similitudes et différences entre les différents systèmes<sup>8</sup>. Au contraire, à travers la comparaison des droits positifs de chacun des ordres juridiques retenus, on entend analyser des données juridiques et

<sup>4</sup> Cf. *supra*, note précédente.

<sup>5</sup> Les articles 79, al. 3 de la Loi fondamentale allemande (LF), 89, al. 5 de la Constitution française (CF) et 139 de la Constitution italienne (CI). Ces articles disposent, respectivement, que « toute modification de cette Loi fondamentale, par laquelle la division du Bund en Länder, le principe de la participation des Länder à la législation ou les principes inscrits aux articles 1 et 20 seraient touchés, est interdite » ; « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » ; « la forme républicaine ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle ».

<sup>6</sup> Ainsi, selon le Professeur Étienne Picard, « le droit comparé permet de mieux comprendre non pas seulement les autres droits, mais bien son propre droit, et même le droit en général. Et, au fond, il semble bien qu'il s'agisse là de l'intérêt essentiel du droit comparé », Étienne PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », in *RIDC* 1999, n° 4, p. 897.

<sup>7</sup> On se distingue, ainsi, du courant dominant de la scolastique comparative en science juridique, que l'on appelle habituellement le « fonctionnalisme ». Sur cette méthode, on renvoie principalement aux travaux de ses promoteurs, Konrad ZWIEGERT et Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Mohr Siebeck, 3<sup>ème</sup> édition, 1996. Pour une discussion critique de cette méthode, cf. Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in *RIDC* 2001, n° 2, pp. 277 à 280.

<sup>8</sup> En cela, on se distingue également du courant que l'on peut appeler « culturaliste » ou « différentialiste ». Sur ce courant, on renvoie principalement aux travaux du Professeur Pierre Legrand, cf. Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, Paris, coll. Que sais-je ? (n° 3478), 3<sup>ème</sup> édition, 2009 ; Pierre LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à nos étudiants », in Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, coll. Les voies du droit, 2009, pp. 209 à 244 ; Pierre LEGRAND et Roderick MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003 ; cf. également John BELL, « Comparative law and legal theory », in Werner KRAWIETZ, Neil MACCORMICK, Georg Henrik VON WRIGHT (dir.), *Prescriptive Formality and normative rationality in modern legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, pp. 19 à 31 ; ainsi que John BELL, « De la culture », in Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument, op. cit.*, pp. 247 à 278. Pour une perception critique de cette méthode, cf. Élisabeth ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », in *Droits* n° 32 (2000), pp. 122 et s. ; Otto PFERSMANN, « Le droit comparé », préc. (note 7), pp. 280 à 283 ; ainsi que, plus globalement, Günter FRANKENBERG, « Critical comparisons: Re-thinking comparative law », in *Harvard International Law Journal* n° 26 (1985), pp. 411 à 455. Pour une approche transversale du courant fonctionnaliste et différentialiste, cf. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome 1 : *Introduction au droit comparé*, LGDJ, Paris, 1972 ; cf. également Mark TUSHNET, « The possibilities of comparative constitutional law », in *Yale Law Journal* n° 108 (1999), pp. 1225 à 1309.

rechercher leurs définitions conceptuelles, soit pour les rapprocher, soit pour élaborer de nouveaux concepts et mieux comprendre le fonctionnement d'un (ou de plusieurs) ordre(s) juridique(s)<sup>9</sup>.

La démarche comparative devient alors particulièrement intéressante lorsqu'elle est associée à la méthodologie normativiste car elle permet d'élaborer des concepts " purement " juridiques, contribuant à une amélioration de la connaissance de l'objet " droit " et seulement de celui-ci<sup>10</sup>.

D'autre part, le choix de la méthode normativiste pour réaliser cette étude est ainsi principalement justifié par la volonté d'aboutir à des conclusions purement juridiques, c'est-à-dire dénuées de toutes considérations politiques ou sociétales. En effet, l'intérêt de cette méthode d'analyse du droit positif est sa faculté de rendre compte du fonctionnement et de l'évolution de ce droit, indépendamment de toute influence qui lui serait extérieure, lesquelles coexistent sans aucun doute avec le droit positif mais n'ont qu'un rôle sur le contenu des normes et non sur leur validité ou leur élaboration. Or la science juridique s'intéresse aux normes juridiques, à leur existence ou leur inexistence (ce qui correspond à leur validité), à leur création et à leur application, et non au contenu de ces normes, lequel relève de la politique juridique et donc de la science politique<sup>11</sup>. Ainsi, s'il est vrai, par exemple, que des éléments sociaux, telle la volonté du peuple, peuvent être pris en compte dans le cadre d'une activité législative, les conditions juridiques permettant que cette activité ait lieu, c'est-à-dire les conditions de validité des lois, sont totalement extérieures à cette volonté sociale et ne sont liées qu'à des normes. En permettant une analyse du droit et seulement de celui-ci, la méthode retenue garantit, *a priori*, que les conclusions auxquelles on aboutira seront également purement juridiques<sup>12</sup>.

Dans le cadre particulier de cette étude, alors que la construction européenne et ses limites sont souvent alimentées par des considérations politiques (c'est-à-dire dépassant la seule question de la validité ou de l'application des normes) – que ce soit la place du peuple dans cette construction, ou la forme d'échange qui peut exister entre les différentes institutions européennes et nationales – cette méthode semble se justifier tout particulièrement car elle permet de cerner avec une grande précision les mécanismes juridiques gouvernant les rapports entre les normes nationales et les normes

<sup>9</sup> On rejoint ainsi le Professeur Pfersmann lorsque, considérant que « la science du droit est la science de tous les droits », il définit le droit comparé comme « la discipline qui permet de décrire les structures de n'importe quel système juridique à l'aide de concepts généraux présentant la finesse nécessaire et suffisante », OTTO PFERSMANN, " Le droit comparé ", préc. (note 7), p. 283 et p. 286.

<sup>10</sup> Le Professeur Pfersmann poursuit ainsi sa définition en précisant que, « en tant qu'il décrit des structures juridiques à l'aide de concept généraux, le comparatiste élimine les connotations extrajuridiques des énoncés non interprétés et il les identifie dans un espace continu de variantes. [...] Le droit comparé est dès lors l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national. Puisqu'il n'y a que des interprétations conceptuelles différenciées, il est possible de qualifier précisément les structures du droit national sans emprunter la terminologie, chargée de connotations extrajuridiques, à l'aide de laquelle il est lui-même formulé », *ibidem*, p. 287.

<sup>11</sup> HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, (trad. de la 2<sup>ème</sup> édition, Charles Eisenmann), Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, coll. " La pensée juridique ", 1999, p. 9.

<sup>12</sup> Sur la pureté, on renvoie principalement aux travaux de Kelsen, notamment sa thèse d'habilitation, HANS KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, JCB Mohr, Tübingen, 2<sup>ème</sup> édition, 1923, pp. 33 à 51 ; la Préface de la première édition de la *Théorie pure du droit*, HANS KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. de la 1<sup>ère</sup> édition, Henri Thévenaz), Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953 (2<sup>ème</sup> édition 1988) ; Kelsen précise ainsi qu'il y a une différence radicale entre la science juridique (de caractère objectif) et la science politique (de caractère subjectif), *ibidem*, p. 17. L'auteur justifie en détail la nécessité de la pureté dans un article assez ancien, HANS KELSEN, " The function of the pure theory of law ", in *Law. A Century of Progress 1835-1935. Contributions in celebration of the 100<sup>th</sup> anniversary of the founding of the school of law of New York University*, New York University Press, New York, 1937, vol. 2, pp. 231 à 241.

européennes<sup>13</sup>. Une fois ces mécanismes identifiés et étudiés, il est alors possible de proposer certaines solutions juridiques (ou non juridiques, si l'on décide explicitement de sortir du champ du droit) aux difficultés que l'on peut rencontrer.

Il convient alors d'identifier et d'isoler la science juridique en définissant précisément son objet. On considère ainsi que le droit est un ordre contraignant de la conduite humaine et qu'il correspond à un ensemble de normes organisées selon une certaine hiérarchie. La contrainte, qui se traduit par l'existence de sanctions (prévues et organisées par l'ordre juridique) qui peuvent être infligées indépendamment de la volonté de celui auquel elles s'adressent, est ce qui distingue l'ordre juridique des autres ordres sociaux<sup>14</sup>. Cet ensemble de normes est clos et indépendant des autres ordres sociaux, ce qui implique que le droit fonctionne de façon autorégulée : est juridique ce que le droit lui-même qualifie de tel ou, en d'autres termes, « le droit règle lui-même sa propre création et sa propre application »<sup>15</sup>. En ce sens, ne peut relever d'un ordre juridique qu'une norme qui a été produite selon les règles de production prévues par cet ordre juridique<sup>16</sup>. Apparaît alors un lien hiérarchique entre les normes d'un même ordre juridique : il s'agit d'un rapport de validité ou de production puisque certaines normes sont valides dès lors qu'elles sont produites selon les conditions fixées par d'autres normes. Ce rapport normatif permet d'élaborer la théorie de la hiérarchie des normes : une norme est (métaphoriquement) supérieure à une autre selon le rapport de production car la première norme détermine les conditions de validité de la seconde, cette dernière étant elle-même (métaphoriquement) inférieure à l'autre car elle est produite selon les règles contenues dans la première<sup>17</sup>.

Cette structure récursive de l'ordre juridique connaît une limite : il y a nécessairement une première norme qui constitue le fondement de toutes les autres normes, c'est-à-dire de l'ordre juridique dans son ensemble. Alors que Kelsen considère que le fondement ultime de la validité de l'ordre juridique est une norme « supposée », hypothétique – qu'il appelle la « norme fondamentale »<sup>18</sup> –, on s'écartera légèrement de sa théorie car l'hypothèse de la norme fondamentale a soulevé de nombreuses

<sup>13</sup> On ne soutient nullement que les conclusions auxquelles aboutirait une méthode différente ne seraient pas pertinentes, mais simplement qu'elles ne relèveraient pas (exclusivement) de la science juridique et que, donc, on ne saurait pas si elles expliquent effectivement un phénomène normatif (juridique) ou seulement un phénomène social.

<sup>14</sup> On retrouvera tous ces points développés par Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (note 11), pp. 32 à 76.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>16</sup> Cela découle de la distinction fondamentale qu'opère Kelsen entre le *Sein* (être) et le *Sollen* (devoir être), distinction que l'on ne peut développer davantage dans le cadre de cette étude ; on renvoie ainsi principalement à Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (note 11), pp. 13 à 18 ; ainsi que Hans KELSEN, *Théorie générale des normes* (trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani), PUF, Paris, coll. « Léviathan », 1996, pp. 11 à 17 et pp. 71 à 110 ; et Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, *op. cit.* (note 12), pp. 1 à 33.

<sup>17</sup> Sur la théorie de la hiérarchie des normes telle que développée par Kelsen, notamment à partir des travaux de son élève Adolf Merkl, cf. Adolf Julius MERKL, « Das doppelte Rechtsanlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts », in *Juristische Blätter* n° 47 (1918), pp. 425 à 427, 444 à 447 et 463 à 465 ; Adolf Julius MERKL, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », in *Gesellschaft, Staat und Recht: Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Springer, Vienne, 1931, pp. 252 à 294 ; Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (note 11), p. 78, et pp. 193 à 273, notamment pp. 224 et s. ; ainsi que Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (trad. de Béatrice Laroche et Valérie Faure), Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, coll. « La pensée juridique », 1997, pp. 178 à 190.

<sup>18</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (note 11), pp. 193 à 223 et Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.* (note 16), pp. 339 à 356.

critiques (un retour aux préceptes du droit naturel ou à la morale<sup>19</sup>, la contradiction découlant d'un fondement normatif de l'ordre juridique qui n'existe pas, puisque hypothétique<sup>20</sup>). On propose ainsi de ne pas rechercher le fondement de validité de la norme positive suprême (la constitution), car il n'existe pas<sup>21</sup> : la constitution d'un ordre juridique est effectivement la norme suprême d'un ordre juridique en ce que sa validité ne peut pas être expliquée en référence à une autre norme qui lui serait supérieure<sup>22</sup>.

Il suffit alors d'admettre que cette constitution est valide. Selon quels critères cette norme est-elle valide ? C'est précisément la caractéristique de cette norme *suprême* que de ne pas avoir de tels critères : sa validité ne peut être recherchée que dans un acte révolutionnaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être rattachée à une autre norme. On pourrait soutenir que cette constitution résulte d'un " pouvoir constituant " (que l'on qualifierait " d'originaire ") mais alors on soutiendrait explicitement que l'on sort de la sphère juridique : si le pouvoir est *constituant*, il constitue. De cette évidence linguistique, il résulte que le pouvoir constituant opère en amont de la constitution et donc avant que le droit positif n'existe (ou, plus exactement, que le droit positif de l'ordre juridique constitué par cette constitution n'existe). Et s'il opère en amont du droit positif, il ne peut pas être un phénomène juridique et il ne peut pas être réglé par le droit positif<sup>23</sup>. Écarter l'hypothèse kelsenienne de la norme fondamentale permet ainsi d'expliquer une caractéristique essentielle du droit positif : la suprématie de la norme constitutionnelle des ordres juridiques étatiques. Dès lors qu'une constitution est édictée, en tant que norme positive (écrite ou coutumière) à l'origine d'un ordre juridique, elle devient le fondement de validité de toutes les

<sup>19</sup> La validité de la constitution serait rattachée à une norme métajuridique, c'est-à-dire à une norme morale (en dehors du système juridique).

<sup>20</sup> Parmi d'autres critiques de la norme fondamentale, cf. Roberto AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 1950 ; Uberto SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 1997, pp. 123 à 129 ; ainsi que la discussion bibliographique de la traduction française de cet ouvrage, Christophe AGOSTINI, " Science du droit, jugement de validité et évaluation ", in *Droit et société* n° 36/37 (1997), notamment pp. 462 à 464 ; cf. également Joseph RAZ, " Kelsen's theory of the basic norm ", in *American Journal of Jurisprudence* n° 19 (1974), pp. 94 à 111 ; Tony HONORÉ, " The basic norm of a Society ", in Stanley L. PAULSON et Bonnie LITSCHIEWSKI PAULSON (dir.), *Normativity and Norms. Critical perspective on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 91 à 112 ; et les remarques de Herbert L. A. HART, *Le concept de droit* (trad. Michel Van de Kerchove, postface de Penelope A. Bulloch et Joseph Raz), Publications de l'Université de St Louis, Bruxelles, 2<sup>ème</sup> édition, 2005, pp. 309 et 310.

<sup>21</sup> Dans un sens similaire, cf. Riccardo GUASTINI, " La structure du système juridique ", in *Leçons de théorie constitutionnelle* (traduit et présenté par Véronique Champeil-Desplats, avec ajouts), Dalloz, Paris, coll. Rivages du droit, 2010, p. 52.

<sup>22</sup> Sur ce sens de la suprématie de la constitution, cf. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. (note 11), p. 200.

<sup>23</sup> Dans le même sens, cf. Otto PFERSMANN, " La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limites ", in Association française des constitutionnalistes, *La révision de la Constitution. Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992*, Economica, PUAM, Paris, Aix-en-Provence, coll. Droit public positif, 1993, p. 14 ; ainsi que Olivier BEAUD, " Maastricht et la théorie constitutionnelle (1<sup>ère</sup> partie). La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle ", in *LPA*, 31 mars 1993 (n° 39), p. 15 ; Emmanuel SUR, *Contribution à une théorie juridique de la souveraineté nationale*, Thèse (dact.), Bordeaux IV, 1998, pp. 239 et s. et pp. 252 et s. De nombreux auteurs, cependant, considèrent que le pouvoir constituant est un concept juridique, cf., parmi de nombreuses autres références, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbeziehung des Verfassungsrechts*, Metzner, Francfort-sur-le-Main, 1986 (rééd. in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991, pp. 90 à 112) ; Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Paris, coll. " Les voies du droit ", 1996 ; Olivier CAYLA, " L'obscurité théorique du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable ", in Denys DE BÉCHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Éric MILLARD (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 249 à 265 ; Gaëlle MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Thèse (dact.), Nancy II, 2008 ; Isabelle THUMEREL, *Les périodes de transition constitutionnelle : contribution à l'étude du pouvoir constituant et des actes pré-constituants*, Thèse (dact.), Lille II, 2008 ; Egon ZWEIG, *Die Lehre vom Pouvoir constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, JCB Mohr, Tübingen, 1909.

autres normes de l'ordre juridique et elle en constitue l'unité. Cela appelle quelques précisions relatives au cadre conceptuel de l'étude.

### *b) Délimitation du cadre conceptuel*

Souscrivant aux préceptes de la méthodologie normativiste, on a décidé d'écarter les définitions "traditionnelles" du concept de constitution, notamment en raison de leur imprécision et de leur caractère souvent empirique et non normatif<sup>24</sup>, et de retenir celui que cette méthode permet d'établir. En soulignant, d'abord, que l'une des caractéristiques fondamentales de la constitution est d'être une norme suprême et qu'elle est le fondement de validité de l'ensemble des normes de l'ordre juridique, on admet, ensuite, qu'elle correspond matériellement à la norme réglant la production des autres normes de cet ordre juridique<sup>25</sup>. Formellement, elle correspond à l'ensemble des normes pour la révision desquelles est exigée une procédure renforcée par rapport à la procédure d'élaboration des normes générales et abstraites<sup>26</sup>.

De plus, le concept de constitution permet de définir le concept d'État : un État est un ordre juridique<sup>27</sup> reposant sur une norme suprême, c'est-à-dire sur une constitution au sens conceptuel du terme. En d'autres termes, il s'agit d'un ordre juridique "autonome", c'est-à-dire d'un ordre juridique dont la validité ultime doit être admise car elle ne peut pas être recherchée dans une autre norme positive. Il y a donc un lien intrinsèque entre État et constitution et le remettre en cause revient à nier la spécificité de l'ordre juridique étatique, ce qui impliquerait, à son tour, de considérer que tout ordre juridique a une constitution (que ce soit un État, une association, une société, un État fédéré ou une organisation internationale). Or il semble que l'État corresponde effectivement à un ordre juridique particulier puisque, contrairement à d'autres ordres juridiques tels que, par exemple, les associations, les États fédérés ou les organisations internationales, le fondement de validité ultime de l'ensemble des normes composant l'ordre juridique étatique ne peut être expliqué en référence à une autre norme positive que la constitution : il n'y a pas, parmi les normes internationales par exemple, des règles fixant la validité des constitutions nationales. À l'inverse, le fondement de validité des normes mettant en place une association, un État fédéré ou une organisation internationale peut systématiquement être

<sup>24</sup> Les définitions que l'on qualifie ici de "traditionnelles", en opposition à la définition "purement normative" ou "normativiste", sont parfois aussi qualifiées de "normatives" car elles envisagent la constitution comme une norme ; on les oppose alors à une « conception institutionnelle de la Constitution » selon laquelle cette dernière « est intimement liée au pouvoir politique, et donc avec les formes politiques de gouvernement (démocratie, aristocratie, monarchie) ou avec les formes d'États (État unitaire, État fédéral ou autres formes de fédération) », Olivier BEAUD, "Constitution et droit constitutionnel", in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, coll. Quadrige, 2003, p. 262. Toutefois, ces définitions "normatives" demeurent des définitions empruntées de références "politiques" et c'est pourquoi on les oppose ici à une définition *purement* normative. Pour les mêmes raisons, on n'adhérera pas non plus à la « conception institutionnelle » ; sur cette dernière, cf. *ibidem*, pp. 260 à 265. Sur les définitions que l'on qualifie de "traditionnelles", cf. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, Paris (rééd. en un volume et pagination originale, Dalloz, 2004), Tome 2, pp. 568 à 575 ; Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933 (rééd. Éditions Panthéon Assas, coll. Les introuvables, 2004), p. 184 ; Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 2<sup>ème</sup> édition, 1929, pp. 246 à 256 ; Georges VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949 (rééd. présentée par Guy Carcassonne et Olivier Duhamel, Dalloz, 2002), pp. 112 et 113.

<sup>25</sup> Cf. notamment Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (note 11), p. 224.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>27</sup> Sur l'État comme ordre juridique, cf. Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.* (note 17), pp. 235 à 331 ; et Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (note 11), pp. 280 à 310.

trouvé dans une norme supérieure. Cette construction théorique et conceptuelle de l'État et de la constitution permet ainsi de retranscrire et d'expliquer le fonctionnement du droit positif, c'est-à-dire ce que l'on appelle généralement " l'autonomie " de l'État.

Le concept de limite constitutionnelle, quant à lui, peut être défini à partir du concept formel de constitution. Il convient d'abord de relever que l'expression " limites juridiques ", entendue comme " limites dans le droit ", est peu opératoire dans l'analyse de rapports normatifs en ce que le droit est un phénomène de limitation : en tant qu'ordre de la conduite humaine, il limite et encadre cette dernière par des normes. Les normes sont donc toutes des limites et il n'est pas possible de considérer qu'en droit positif il existerait quelque chose qui ne soit absolument pas limité, tel un " souverain tout puissant ", par exemple. Le pouvoir de révision constitutionnelle, en tant que compétence juridique, est juridiquement encadré, donc juridiquement limité. Ces limites correspondent alors à la procédure prévue pour réviser la constitution. En revanche, on peut relever dans un certain nombre de Constitutions en vigueur, et notamment dans les Constitutions allemande, française et italienne, l'existence de limites matérielles à la révision constitutionnelle : ces " limites constitutionnelles " encadrent l'action du législateur constitutionnel en lui interdisant d'agir dans certains domaines. Il s'agit ainsi d'une catégorie spécifique de dispositions constitutionnelles correspondant aux normes qui échappent *a priori* à cette révision. De telles dispositions sont des limites car aucun processus normatif valide ne permet de les réviser ou surtout de les supprimer : elles ne peuvent juridiquement pas être remises en cause. Leur disparition ne peut résulter que d'un processus qui n'est pas normatif mais purement factuel – c'est-à-dire qui ne s'inscrit pas dans le cadre juridique déterminé en premier lieu par la constitution – et entraîne ainsi une révolution juridique. En ce sens, une limite constitutionnelle est une limite absolue.

Conformément à la méthodologie que l'on suit, on retient également une définition purement normative du concept d'intégration européenne : cela concerne les rapports de systèmes, c'est-à-dire les rapports entre différents systèmes de normes ou entre différents ordres juridiques<sup>28</sup> : en particulier, il s'agit des rapports entre les ordres juridiques étatiques et l'ordre juridique de l'Union européenne, ce dernier " intégrant " les premiers. Il convient de retenir que tout ordre juridique est relativement centralisé (ou relativement décentralisé) et que cette centralisation s'apprécie en termes de degrés, en fonction du nombre et du mode de production des normes centrales, c'est-à-dire celles qui sont valides sur l'ensemble du territoire de l'ordre juridique<sup>29</sup>, et partielles, c'est-à-dire celles qui sont valides sur une partie seulement du territoire de l'ordre juridique<sup>30</sup>. De plus, la particularité de l'ordre juridique étatique,

<sup>28</sup> On considère comme globalement équivalentes les appellations " système de normes " et " ordre juridique ". Pour d'autres définitions de l'intégration européenne, cf., parmi d'autres, Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich et Leipzig, 1928, notamment pp. 18 à 74 ; Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972 (réimpr. Bruylant, Bruxelles, 2005) ; Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Études des sources du droit communautaire*, Presses universitaires de Liège, 1975 (réimpr. Bruylant, Bruxelles, 2006 ; Ernst B. HAAS, *The uniting of Europe. Political, social and economical forces. 1950-1957*, Stevens & Sons Limited, Londres ; Sabine SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009.

<sup>29</sup> Par exemple la Constitution et les lois nationales pour un État ou les traités et les règlements pour l'Union européenne.

<sup>30</sup> Par exemple les lois fédérées ou les actes des collectivités territoriales pour un État ou les normes des États membres pour l'Union européenne. Sur ces différents points, cf. Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit. (note 17), pp. 352 à 375 ; Hans Kelsen, " Centralization and decentralization ", in *Authority and the individual. Harvard Tercentenary Conference of Arts and Sciences*, Harvard University Press, 1937, pp. 210 à 239 ; ainsi que Charles EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 1948.



son autonomie, ne remet nullement en cause l'existence du droit international, ni n'introduit une construction " dualiste " entre ordre juridique international et ordres étatiques. Le droit international tend à régler les rapports interétatiques et il a pour fonction première de délimiter le domaine de validité territorial, personnel, matériel et temporel des ordres juridiques étatiques<sup>31</sup> sans, pour autant, comporter les règles de production (et donc de validité) des normes suprêmes de ces derniers, c'est-à-dire de leurs constitutions<sup>32</sup>.

Il y a ainsi une forme de séparation dans la chaîne de production normative entre les ordres étatiques et les normes supraétatiques (elles-mêmes organisées en un ou plusieurs ordres supraétatiques), sans que cela aboutisse à un strict isolement des ordres juridiques international et étatiques. Autant les normes supraétatiques sont valides sur le territoire des ordres juridiques étatiques qui sont liés par elles, autant les normes étatiques et, en particulier, celles qui ont rang constitutionnel ne sont pas valides en référence aux normes internationales. Ainsi, par exemple, les Constitutions des trois États qui font l'objet de la présente thèse ne puisent pas leur fondement de validité dans l'ordre juridique international ou dans l'ordre juridique de l'Union européenne, mais sont valides, en tant que normes suprêmes, sans référence à aucune autre norme. La validité des normes supraétatiques sur le territoire des ordres juridiques étatiques résulte, d'une part, d'autres normes supraétatiques (qui posent les conditions de validité) et, d'autre part, de l'acceptation de cette validité par les ordres juridiques étatiques, laquelle est formalisée par des *normes juridiques* étatiques (et non par des *faits*) telles que, par exemple, les normes de ratification des conventions internationales. Par conséquent, il y a certes une double chaîne de récursivité des fondements normatifs (l'une concernant les normes supraétatiques, l'autre concernant les normes étatiques), mais il y a une rencontre (*normative* et non purement *factuelle*) entre les deux lorsque les normes supraétatiques sont valides sur le territoire d'un ordre juridique étatique.

Le processus d'intégration européenne correspond alors à une centralisation progressive de l'ordre juridique de l'Union européenne qui s'opère par des habilitations données à certains organes supraétatiques à produire certaines normes dans certains domaines de compétences : il s'agit de la multiplication des habilitations de l'Union européenne, c'est-à-dire les transferts successifs de compétences, lesquels impliquent, en retour, une production normative toujours plus importante de la part de l'Union. Les États membres, à travers les traités qu'ils ont conclus, ont habilité les institutions de l'Union européenne à produire des normes dans un certain nombre de compétences qu'ils ont déléguées à l'Union européenne. Par conséquent, ces institutions produisent des normes de façon centralisée (au niveau de l'Union) qui seront alors valides sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne : l'ordre juridique de l'Union européenne est ainsi relativement centralisé et son degré de centralisation, particulièrement élevé par rapport à d'autres ordres juridiques d'organisation internationale, est une de ses grandes spécificités<sup>33</sup>. Malgré tout, il ne s'agit pas d'un ordre juridique lui-

<sup>31</sup> Sur cette fonction du droit international, cf. principalement Hans Kelsen, " Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis ", in *RCADI* n° 42 (1932-IV), pp. 182 à 304.

<sup>32</sup> Dans ce sens, cf. par exemple la critique que le Professeur Riccardo Guastini adresse au monisme, que l'on pourrait qualifier " d'absolu ", notamment tel qu'il est défendu par Kelsen, Riccardo GUASTINI, " Droit international, droit communautaire, droit interne : monisme ou dualisme ", in *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.* (note 21), p. 135.

<sup>33</sup> Sur la décentralisation d'un ordre juridique supranational, cf. Hans Kelsen, " Théorie générale du droit international public ", préc. (note 31), pp. 128 et s. ; ainsi que Otto PFERSMANN, " Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité ", in *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 1996, pp. 171 à 185.

même “ autonome ” car, créé par des traités internationaux, sa validité découle de l'ordre juridique international : en ce sens, l'Union européenne demeure une organisation internationale, connaissant cependant un degré élevé de centralisation.

Enfin, ces différentes définitions permettent de retenir que les limites constitutionnelles à l'intégration européenne sont des normes qui relèvent d'un ordre juridique étatique (étant “ constitutionnelles ”) et dont la validité ne peut pas être remise en cause par quelque processus juridique que ce soit (étant des “ limites constitutionnelles ”), pas même par une norme relevant de l'ordre juridique de l'Union européenne, dans lequel l'ordre juridique étatique est intégré. Dès lors, elles sont des normes susceptibles de s'opposer à l'évolution de la centralisation de l'ordre juridique de l'Union européenne, c'est-à-dire au processus d'intégration européenne. C'est donc là leur spécificité : être des normes relevant exclusivement d'un ordre juridique (étatique) mais pouvant empêcher la validité ou l'application d'une norme relevant d'un autre ordre juridique (central) au sein duquel cet ordre juridique étatique est un ordre juridique partiel. Par conséquent, elles engendrent un rapport normatif spécifique entre les normes relevant strictement de l'ordre juridique étatique et les normes produites par l'ordre juridique de l'Union européenne et néanmoins valides dans l'ordre juridique étatique. Ce rapport normatif spécifique et les mécanismes juridiques qui le gouvernent peuvent notamment être perçus lorsque ces normes particulières sont systématisées à travers le concept de “ noyau constitutionnel identitaire ”, lequel correspond alors à l'ensemble de ces limites constitutionnelles pouvant bloquer le processus d'intégration européenne.

La démarche scientifique (normative et comparative) que l'on propose de suivre tend dès lors à identifier un certain concept normatif que l'on appelle “ limite constitutionnelle à l'intégration européenne ” et à démontrer qu'il joue un rôle crucial dans l'articulation des rapports entre les ordres juridiques étatiques. Cela requiert, dans un premier temps, de définir précisément ce concept et d'en justifier le caractère opératoire en identifiant ces limites en droit positif. Dans un second temps, il convient d'étudier leur impact sur l'évolution du processus d'intégration européenne, laquelle peut à la fois être encadrée par ces limites et tirer profit des exigences qu'elles posent pour évoluer. C'est ainsi que l'on pourra déterminer les effets du noyau constitutionnel identitaire sur l'intégration européenne.

## **I. L'EXISTENCE POSITIVE DES LIMITES CONSTITUTIONNELLES À L'INTÉGRATION EUROPÉENNE**

L'hypothèse de départ, issue du constat de certaines considérations des juges constitutionnels allemand, français et italien à propos des rapports entre leur système national et le système européen, peut être vérifiée grâce à l'élaboration du concept de limite constitutionnelle à l'intégration européenne et à la démonstration de son caractère opératoire. Pour cela, il convient, d'abord, de déterminer la catégorie de normes auxquelles il renvoie (1) pour, ensuite, identifier ces limites en droit positif (2).

1) **LE CONCEPT DE LIMITE CONSTITUTIONNELLE À L'INTÉGRATION EUROPÉENNE :  
DES LIMITES À LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE BLOQUANT  
LE PROCESSUS D'INTÉGRATION EUROPÉENNE**

Les normes limitant l'intégration européenne ne sont pas des limites temporelles et contingentes mais des limites éternelles et absolues : on ne recherche pas les éventuels obstacles à l'intégration européenne qui peuvent être levés par un processus juridique valide tel qu'une révision constitutionnelle mais celles qui, en tout état de cause, ne pourraient nullement être remises en cause. C'est pourquoi leur étude doit partir de l'analyse des limites à la révision constitutionnelle, seules normes absolues d'un ordre juridique étatique (a), afin d'exposer en quoi elles peuvent également limiter la production d'une norme de l'Union européenne (b).

*a) Les limites à la révision constitutionnelle : des normes constitutionnelles intangibles*

De nombreuses critiques ont été opposées à l'existence de limites à la révision constitutionnelle, les plus connues étant celles de la supraconstitutionnalité et de la possibilité d'une double révision. D'une part, conditionnant la production des normes constitutionnelles, ces limites seraient "au-dessus" de la constitution, qu'elles s'imposent au pouvoir constituant originaire<sup>34</sup> ou au pouvoir constituant dérivé<sup>35</sup>. Cette construction théorique permettrait de justifier leur existence puisque, situées "en-dehors" de la constitution, elles échapperaient effectivement au législateur constitutionnel. De plus, elle trouverait une illustration dans le droit positif italien : « la jurisprudence et la doctrine italiennes ne connaissent pas, ou plutôt n'utilisent pas la notion de principes supraconstitutionnels typique [...]. Nous nous référerons donc au concept de "principes suprêmes", qui est celui utilisé dans le débat italien »<sup>36</sup> et qui est issu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dès 1957, celle-ci a en effet reconnu l'existence de tels principes<sup>37</sup> et elle s'y est reportée à plusieurs reprises par la suite, notamment à propos des dispositions du Concordat ou celles du Traité instituant la Communauté Économique Européenne, auxquelles ces principes suprêmes s'imposent<sup>38</sup>. Malgré tout, bien que ces

<sup>34</sup> Cf., parmi d'autres, Maurice HAURIU, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.* (note 24), p. 255 ; Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, Paris, Tome 2 (*La théorie générale de l'État. Première partie : Éléments, fonctions et organes de l'État*), 3<sup>ème</sup> édition, 1928, p. 184 ; Aleksander PECZENIK, "L'existence de principes supra constitutionnels", in Denys DE BÉCHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Éric MILLARD (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 817 à 826.

<sup>35</sup> Cf., parmi d'autres, Placide MABAKA, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Ant. N. Sakoulas et Bruylant, Athènes et Bruxelles, 2006, p. 265 ; Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Paris, coll. "Les voies du droit", 1996, pp. 162 et s. ; Maurice HAURIU, "Les commissions d'enquête de la Chambre et le serment", in *Le Temps*, 27 décembre 1925, p. 2.

<sup>36</sup> Beniamino CARAVITA, "Principes suprêmes, principes supraconstitutionnels ou principes communs ? ", in *Journées de la Société de Législation Comparée (RIDC, Numéro spécial JSLC)*, vol. 15 (1993), p. 443. Notons toutefois qu'on le trouve parfois mentionné, notamment à propos de l'art. 139 CI, qui serait "en-dehors" (et donc au-dessus) de la Constitution car son contenu aurait été décidé directement par le peuple, cf. *infra*, note **Erreur ! Signet non défini.**

<sup>37</sup> Sent. n° 38/1957 du 9 mars 1957, *Giur. cost.* 1957, p. 463.

<sup>38</sup> Conformément à ce qu'affirme très clairement la Cour constitutionnelle dans la Sent. n° 1146/1988 du 29 décembre 1988, *Giur. cost.* 1988, p. 5565. La Cour considère, très solennellement et très explicitement, que « la Constitution italienne contient certains principes suprêmes qui ne peuvent être détruits ou modifiés dans leur contenu essentiel ni par les lois de révision constitutionnelle, ni par d'autres lois constitutionnelles. Il en va ainsi tant des principes que la Constitution elle-même prévoit en tant que limites absolues au pouvoir de révision constitutionnelle, telle la forme républicaine (art. 139 CI), que des principes qui, même s'ils ne sont pas explicitement mentionnés parmi ceux ne pouvant faire l'objet d'une procédure de

principes soient pour le moins délicats à cerner, que ce soit dans leur signification conceptuelle ou dans leur contenu en droit positif, il faut relever que la Cour n'opère pas totalement *ex nihilo*, mais qu'elle se rattache toujours à « un fondement constitutionnel *textuel* »<sup>39</sup>. Il est dès lors possible de les déduire de l'art. 139 CI, lequel limite la révision constitutionnelle en interdisant de porter atteinte à la forme républicaine<sup>40</sup>.

Toutefois, dès lors que l'on adopte une analyse normativiste en considérant l'ordre juridique comme un ensemble de norme au sommet duquel se trouve une norme suprême dénommée « constitution », cette construction est impossible à admettre car soit elle ne fait que déplacer la question (à une nouvelle norme suprême), soit elle remet en cause le postulat de départ<sup>41</sup>. Or c'est bien à cette dernière position que l'on souscrit car, « si la constitution est la norme la plus élevée, il n'y a et il ne peut y avoir aucun principe au-dessus de la constitution »<sup>42</sup>.

D'autre part, partant du constat que les limites à la révision constitutionnelle sont inscrites dans la constitution elle-même, certains auteurs soutiennent qu'il est possible de les réviser selon la procédure de révision constitutionnelle en supprimant, d'abord, le principe de la limite (par exemple l'art. 89, al. 5 CF) et en revenant, ensuite, sur ce qu'elle préservait (par exemple la forme républicaine du gouvernement français)<sup>43</sup>. Cette théorie repose principalement sur l'argument de la « souveraineté » du pouvoir constituant<sup>44</sup> et sur le fait que, en France, la limite figurant à l'art. 89, al. 5 a été introduite par une révision constitutionnelle<sup>45</sup>. C'est d'ailleurs ce qu'aurait affirmé le Conseil constitutionnel en 1992, dans sa décision relative au Traité de Maastricht, lorsqu'il a reconnu que « le pouvoir constituant est

---

révision constitutionnelle, appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne ». Sur ces principes, cf. Manlio MAZZIOTTI DI CELSO, « Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato », in *Diritto e società* 1996, pp. 302 à 323 ; Massimo LUCIANI, « La revisione costituzionale in Italia », in Association française des constitutionnalistes, *La révision de la Constitution, Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992*, Economica, PUAM, Paris, Aix-en-Provence, Coll. Droit public positif, 1993, pp. 117 à 138 ; Marta CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, A. Giuffrè, Milan, 1995 ; Xavier MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse (dact.), Aix-Marseille III, 2002 ; Élise BESSON, « Les principes suprêmes inviolables dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : véritable limite ou simple précaution démocratique ? », in *AJJC* 2005 (vol. XXI), pp. 11 à 38.

<sup>39</sup> Xavier MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire*, *op. cit.* (note 38), p. 408.

<sup>40</sup> On reviendra sur ce point *infra*.

<sup>41</sup> En constituant notamment une résurgence du droit naturel, cf. Stéphane RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », in *Archives de philosophie du droit*, tome 31 (1986), pp. 58 et s.

<sup>42</sup> Michel TROPER, « La notion de principes supraconstitutionnels », in *Journées de la Société de Législation Comparée (RIDC, Numéro spécial JSLC)*, vol. 15 (1993), p. 337.

<sup>43</sup> Parmi de nombreux autres, cf. Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, E. de Boccard, Paris, 4<sup>ème</sup> édition, 1923, p. 575 ; Georges BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1930, pp. 298 et s. ; Georges VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », in *Pouvoirs* n° 67 (1993, *La souveraineté*), pp. 89 et s. ; Bertrand MATHIEU, « La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », in *LPA*, 8 mars 1995, n° 29, p. 13 ; Bruno GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », in *RFDA* 1998, n° 5, pp. 915 et s. Pour une position contraire de contemporains de la III<sup>ème</sup> République, cf. Maurice FONTENEAU, *Du pouvoir constituant en France et de la révision constitutionnelle dans les Constitutions françaises depuis 1789*, Thèse pour le doctorat, Caen, Imprimerie Charles Valin, 1900, pp. 196 et s. ; Gabriel ARNOULT, *De la révision des constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systèmes de révision des Constitutions étrangères*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, 1895, pp. 401 à 403.

<sup>44</sup> Georges VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », préc. (note 43), pp. 89 et s. ; Robert BADINTER, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Mélanges Jacques Robert. Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 220.

<sup>45</sup> *Loi portant révision partielle des lois constitutionnelles* du 14 août 1884, *JORF* 15 août 1884, p. 4361.

souverain » sous certaines réserves<sup>46</sup> : le Conseil constitutionnel reconnaissait ainsi des limites matérielles à la révision constitutionnelle puisqu'il mentionnait, parmi ces réserves, « le respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu duquel " la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision " »<sup>47</sup>. Les partisans de la double révision n'ont cependant pas manqué de rappeler que « le Parlement constituant pourrait alors procéder à la suppression préalable de cette règle »<sup>48</sup>, ce à quoi il n'y aurait, aujourd'hui, plus aucun obstacle puisque le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler les révisions constitutionnelles<sup>49</sup>. Les limites n'introduiraient alors qu'une difficulté supplémentaire en imposant un double degré de révision mais pourraient toujours être supprimées.

Cela s'oppose tant au " paradoxe de l'auto-révision " qu'à la portée normative de la Constitution. Selon le premier, " la révision de la révision " serait paradoxale (au sens logique du terme) car la conclusion (l'aboutissement de la procédure de révision, c'est-à-dire le changement de procédure) contredirait l'une des prémisses (l'existence d'une procédure unique)<sup>50</sup>. Ce seul argument du paradoxe ne permet pas de rejeter la critique initiale car, d'une part, il pose la logique au fondement du droit, ce qui renvoie à une forme de droit naturel<sup>51</sup> et, d'autre part, il rejette la caractéristique fondamentale de la norme constitutionnelle, découlant de son caractère suprême, qui est de régler elle-même la validité de sa révision<sup>52</sup>.

C'est donc en retenant la portée normative de la constitution que l'on peut démontrer l'existence de limites intangibles à la révision constitutionnelle. En effet, la compétence de réviser la constitution est juridiquement (et constitutionnellement) encadrée et, d'un strict point de vue normatif, il n'est pas possible de sortir de ce cadre, à moins d'engendrer une révolution juridique (comme cela s'est produit en 1962, en France). En ce sens, le " pouvoir constituant " ne saurait exister en tant que tel et, surtout, ne saurait être " illimité ". Pour élaborer une norme révisant la constitution, le législateur constitutionnel est contraint de respecter les conditions posées par la constitution elle-même et, par conséquent, ne peut pas intervenir dans les domaines qui sont soustraits à sa compétence tels ceux préservés par les limites à la révision constitutionnelle. Ces limites renforcent la forme de certains principes constitutionnels en prévoyant une " autre procédure " pour les réviser qui correspond, en réalité, à l'absence de procédure : il s'agit ainsi d'une constitutionnalité renforcée de type absolu<sup>53</sup>.

Il en résulte que la disposition posant ce type de constitutionnalité bénéficie elle-même de ce renforcement absolu : la disposition posant une limite absolue au pouvoir de révision est elle-même une

<sup>46</sup> Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 76.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Bertrand MATHIEU, " La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? ", préc. (note 43), p. 17.

<sup>49</sup> Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec. p. 293.

<sup>50</sup> Sur ce paradoxe, cf. principalement Alf ROSS, " On self-reference and a puzzle in constitutional law ", in *Mind. A quarterly review of psychology and philosophy*, vol. 78 (1969), n° 309, pp. 1 à 24 ; Peter SUBER, *The paradox of self-amendment : A Study of law, logic, omnipotence, and change*, Peter Lang Publishing, 1990 ;

<sup>51</sup> Michel TROPER, " La notion de principes supraconstitutionnels ", préc. (note 42), p. 348.

<sup>52</sup> Ce paradoxe a également été combattu par Hart lequel avançait un argument chronologique, cf. Herbert L. A. HART, " Self-referring Laws ", in *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, New York, 1983, pp. 170 à 178.

<sup>53</sup> Il s'agit d'un renforcement de la forme constitutionnelle ; sur ce point, cf. Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, coll. Précis, 13<sup>ème</sup> édition, 2010, p. 114 ; Xavier MAGNON, " Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu ", in *RFDC* n° 59 (2004), pp. 603 et s.

limite à ce pouvoir et il n'existe aucun processus juridique valide permettant de la remettre en cause<sup>54</sup>. Considérer l'inverse revient à considérer qu'une telle disposition *normative* n'a précisément pas de portée *normative* car elle n'existerait pas en tant que norme contraignante : prévoir qu'un pouvoir est incompétent pour édicter certaines normes tout en prévoyant (implicitement) qu'il est compétent pour supprimer cette incompétence revient à nier l'existence de cette dernière incompétence et donc à nier l'existence (c'est-à-dire la validité) de la norme qui la pose<sup>55</sup>. Or cette norme existe (elle est valide) puisqu'elle est inscrite dans la Constitution. Il s'agit donc d'une limite absolue qui ne pourrait pas être levée même en cas de conflit avec une norme de l'Union européenne.

*b) Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : des limites constitutionnelles interdisant la production d'une norme de l'Union européenne*

Bien qu'il s'agisse d'un ordre juridique particulier en raison de son degré élevé de centralisation, l'Union européenne est une organisation internationale et les normes qui en sont à l'origine, les traités fondateurs, sont produites selon les règles prévues par le droit international, qui sont propres à l'ordre juridique international et totalement distinctes des normes nationales. Toutefois, les conditions de validité des normes internationales conventionnelles exigent la production d'une norme interne correspondant à l'expression du consentement de l'État à être lié par le traité (l'acte de ratification)<sup>56</sup>. Par conséquent, s'il s'agit de ratifier un traité international allant à l'encontre de l'une des limites à la révision constitutionnelle, cet acte de ratification ne pourra pas être valablement produit puisqu'il interviendra dans un domaine de compétence à l'égard duquel aucun organe de l'ordre juridique n'est compétent (ni l'autorité habilitée à ratifier les traités – traditionnellement, le chef de l'État – ni le législateur constitutionnel). L'acte de ratification ne pouvant pas valablement être produit en raison de la constitution, norme interne, le traité, norme internationale, ne peut pas valablement être conclu : une norme interne peut donc avoir une conséquence sur une norme internationale.

Dans le cas particulier de l'Union européenne, les traités qui en sont à l'origine sont révisés selon une procédure unique fixée à l'art. 48 TUE. Malgré certaines spécificités, cette dernière correspond globalement à une procédure internationale classique en matière d'élaboration et de modification des traités internationaux. Elle spécifie notamment que la ratification des modifications doit avoir lieu « conformément [aux] règles constitutionnelles »<sup>57</sup> de tous les États membres, confirmant ainsi que les actes de ratification ne peuvent être valides que pour autant que les Constitutions des États membres le permettent. Il en va ainsi des actes par lesquels l'Allemagne, la France et l'Italie peuvent ratifier un traité

<sup>54</sup> Ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a très clairement affirmé, « aucun organe constitutionnel ne dispose de la compétence de modifier les principes constitutionnels préservés par l'art. 79, al. 3 LF », cf. CCF 30 juin 2009, préc. (note 2), p. 344.

<sup>55</sup> En ce sens, le Professeur Jouanjan soutient, à propos de la Constitution française, que « soit l'interdiction de porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement est dépourvue de toute valeur juridique, et l'on ne comprend pas à quoi sert la procédure de la double révision car nul n'a à contourner un obstacle inexistant ; soit cette disposition possède une portée juridique, et les révisions successives ne s'analysent pas autrement qu'en un détournement de procédure », Olivier JOUANJAN, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, Economica, Paris, Coll. Droit public positif, 1996, p. 275.

<sup>56</sup> Sur les règles de production des normes internationales conventionnelles, cf. Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden et Boston, 2004.

<sup>57</sup> Art. 48, § 4, al. 2 TUE.

modificateur des Traités constitutifs de l'Union européenne : il s'agit d'un acte des chefs de chacun de ces trois États, dont l'édition doit cependant être autorisée par une loi. Ces deux normes puisent donc leur fondement de validité dans la Constitution nationale et c'est bien cette dernière qui pose leurs conditions de validité. En d'autres termes, la phase de ratification est conditionnée par la norme constitutionnelle. Il en résulte que, si l'édition de l'une de ces deux normes relatives à la ratification engendrait une contrariété à la Constitution, cette dernière devrait au préalable être révisée. C'est donc ainsi que les limites à la révision constitutionnelle peuvent être des limites constitutionnelles à l'intégration européenne : une des dispositions qui échappe à la compétence du pouvoir de révision – et qui ne peuvent donc pas être révisées selon une procédure normative valide – pourrait empêcher qu'un traité modificateur des Traités constitutifs de l'Union européenne entre en vigueur<sup>58</sup>. Dès lors, les évolutions de l'intégration européenne que ce traité entendait réaliser ne peuvent pas avoir lieu et l'intégration européenne se trouve constitutionnellement limitée : les limites à la révision constitutionnelle peuvent ainsi être des limites constitutionnelles à l'intégration européenne.

On a ainsi isolé une catégorie particulière de dispositions normatives présentes dans les Constitutions allemande, française et italienne : celles qui échappent à toute suppression et qui, pour cette raison, peuvent empêcher la production d'une norme primaire de l'Union européenne. Il convient maintenant d'identifier ce à quoi elles correspondent précisément en droit positif.

## **2) L'IDENTIFICATION DES LIMITES CONSTITUTIONNELLES À L'INTÉGRATION EUROPÉENNE EN DROIT POSITIF ALLEMAND, FRANÇAIS ET ITALIEN**

Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne correspondent à des principes constitutionnels absolus en ce sens qu'il n'existe aucun mécanisme juridique permettant de les détruire. Soustraits à la révision constitutionnelle et donc à la compétence du législateur constitutionnel, aucun organe n'est juridiquement compétent pour les supprimer de l'ordre juridique dont ils relèvent ou pour donner une telle compétence au législateur constitutionnel : en termes purement normatifs, il n'existe aucune norme réglant la production d'une autre norme dont l'objet serait leur suppression. En identifiant et en comparant ces principes issus des Constitutions allemande, française et italienne, il est possible d'en distinguer deux catégories : d'une part, les principes structurellement liés aux concepts d'ordre juridique étatique et de constitution (a) et, d'autre part, les principes découlant d'un renforcement formel opéré par la Constitution, laquelle soustrait expressément ces principes à la révision constitutionnelle (b).

### *a) Les principes constitutionnels structurellement absolus comme limites constitutionnelles à l'intégration européenne*

La structure étatique d'un ordre juridique implique certaines conditions qui, si elles disparaissent, remettraient en cause cette structure : ce sont ces conditions que l'on qualifie de principes constitutionnels structurellement absolus. D'une part, l'ordre juridique étatique est conceptuellement lié

---

<sup>58</sup> C'est d'ailleurs ce que pose expressément l'art. 23, al. 1 LF en imposant l'adoption d'une loi respectant la procédure et les limites de l'article 79, relatif à la révision constitutionnelle.

à la norme constitutionnelle laquelle se définit elle-même par sa suprématie. Ces trois éléments sont donc liés l'un à l'autre et engendrent l'autonomie de l'ordre juridique étatique, c'est-à-dire l'impossibilité de déduire sa validité d'une autre norme juridique positive. Cette autonomie correspond à la souveraineté de l'ordre juridique étatique, entendue dans un sens purement normatif. En effet, la doctrine juridique donne à la souveraineté de nombreuses définitions différentes<sup>59</sup> et il convient alors d'identifier le concept juridique le plus pur, c'est-à-dire dénué de toute considération non juridique, conformément à la méthodologie normativiste que l'on a retenue. Ainsi, la souveraineté entendue comme la "légitimation du pouvoir"<sup>60</sup> renvoie à des considérations externes au droit car elle concerne le pouvoir constituant et, lorsqu'elle est entendue comme la "puissance (suprême) de l'État"<sup>61</sup>, elle ne fait que correspondre à l'idée de contrainte, c'est-à-dire à la validité du droit et elle est alors une forme de pléonasme (le droit étant nécessairement valide car, s'il n'est pas valide, il n'y a pas droit, au sens positif du concept)<sup>62</sup>.

Par conséquent, pour être définie d'un point de vue purement normatif, la souveraineté doit être perçue en termes de production et de validité des normes. Il s'agit alors de l'idée selon laquelle l'ordre juridique souverain n'est soumis à aucune autre norme que celles qui le composent ou, en d'autres termes, qu'il est lui-même à l'origine de sa propre validité en étant autonome<sup>63</sup>. La souveraineté correspond ainsi à la première des compétences normatives que l'on appelle également la "compétence de la compétence"<sup>64</sup> et découle directement du caractère suprême de la constitution. Ainsi juridiquement définie, la souveraineté est limitée et indivisible : la compétence de la compétence est encadrée par la constitution et, notamment, par les dispositions qui règlent la production des normes de révision constitutionnelle<sup>65</sup>. De même, elle est indivisible : il s'agit d'une compétence spécifique et unique, et non d'un ensemble de compétences qui devraient relever, "par nature", de l'État et qui emporteraient, dès lors qu'elles seraient transférées à une autre entité, une perte (partielle ou totale) de la souveraineté de l'État.

<sup>59</sup> Sur cette pluralité de définitions, cf. Hermann REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Mohr Verlag, Freiburg i. B., 1899, pp. 40 et s. ; Xénocrate S. COMBOTHECRA, "La conception de la souveraineté", in *RDP* 1897, pp. 241 à 283 ; Michel TROPER, "L'Europe politique et le concept de souveraineté", in Olivier BEAUD, Arnaud LECHEVALIER, Ingolf PERNICE, Sylvie STRUDEL (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 120 et s. ; Éric MAULIN, "Souveraineté", in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, Coll. Quadrige, 2003, pp. 1434 à 1439.

<sup>60</sup> Il s'agit notamment de la souveraineté entendue comme "souveraineté nationale" ou "souveraineté populaire", etc. Sur cette définition de la souveraineté, cf. Arnaud HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, Paris, coll. "Les grandes thèses du droit français", 2004, pp. 120 et s.

<sup>61</sup> Sur cette définition de la souveraineté, cf. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.* (note 24), p. 71.

<sup>62</sup> Hans KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920, p. 86.

<sup>63</sup> « Si elle est une propriété de l'État, – ou de la puissance étatique avec laquelle on identifie volontiers l'État –, la souveraineté ne peut être une propriété sensible, comme elle le serait s'il avait une réalité empirique ; c'est l'attribut d'un ordre juridique : la propriété d'être un ordre suprême, un ordre qui ne doit pas sa validité à un ordre supérieur », Hans KELSEN, "Aperçu d'une théorie générale de l'État", in *RDP* 1926, p. 581.

<sup>64</sup> Sur ce concept, cf. Alexis VAHLAS, "Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne", in *RDP* 2005 (n° 6), pp. 1574 à 1581.

<sup>65</sup> Cet aspect de la souveraineté, comme pouvoir qui n'est pas illimité, mais encadré, avait déjà été évoqué par Georg Jellinek, auquel on attribue traditionnellement la définition de la souveraineté comme compétence de la compétence alors même qu'il n'utilise jamais cette expression, cf. Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1959, 3<sup>ème</sup> édition (6<sup>ème</sup> réimpression), p. 481



Surtout, il n'est pas possible de la transférer au profit d'un autre ordre juridique car cela reviendrait à détruire la constitution elle-même, ce qui est juridiquement impossible. En effet, la destruction de la constitution équivaudrait à son abrogation, laquelle ne peut résulter que d'une autre norme<sup>66</sup>. Puisqu'il n'existe aucune norme supérieure à la constitution, cette autre norme ne peut être produite que selon les règles prévues par la constitution elle-même et, en particulier, les règles relatives à sa révision. Or une norme abrogeant une autre norme ne peut pas trouver son fondement de validité dans la norme qu'elle abroge car cela reviendrait à la priver de fondement de validité à partir de l'instant où elle entrerait en vigueur : privée de fondement de validité, elle ne pourrait pas être valide. Il faudrait alors en admettre la validité, sans référence à une autre norme positive, ce qui engendrerait une rupture constitutionnelle et correspondrait à une révolution juridique<sup>67</sup>. En définitive, un transfert de souveraineté revient à annihiler le caractère suprême de la constitution étatique en posant que la compétence de la compétence n'est plus réglée par cette constitution mais par une autre norme (supérieure) et, ce caractère étant une qualité intrinsèque de la constitution, sa disparition engendre la destruction (ou l'abrogation) de la constitution. Cette destruction étant juridiquement impossible, il n'est pas non plus possible d'envisager un transfert de la souveraineté : structurellement liée à l'ordre juridique étatique et à la constitution sur laquelle ce dernier est fondé, la souveraineté constitue une limite constitutionnelle à l'intégration européenne.

D'autre part, l'ordre juridique étatique est relativement centralisé et décentralisé : cette centralisation et décentralisation relatives peuvent avoir des conséquences sur l'intégration européenne. En effet, cette intégration correspond à une centralisation progressive de l'ordre juridique de l'Union européenne laquelle se manifeste par des transferts (répétés) de compétences de la part des États membres au profit de l'Union. Cependant, le caractère relativement centralisé de l'ordre juridique étatique impose qu'un certain nombre de compétences puissent effectivement être exercées au niveau des États eux-mêmes, voire au niveau des entités décentralisées qui les composent. Cela se vérifie d'autant plus à propos de la France, de l'Italie et de l'Allemagne, que leur Constitution respective préserve, au titre d'une limite constitutionnelle, la forme étatique<sup>68</sup> et même, pour l'Allemagne, la forme fédérale qui implique la possibilité, pour les entités fédérées que sont les Länder, de pouvoir eux-mêmes exercer effectivement un certain nombre de compétences<sup>69</sup>.

La structure étatique de l'ordre juridique impose ainsi la préservation d'un seuil minimal de compétences au profit de l'État car, si l'État était spolié de toutes ses compétences, la constitution ne

<sup>66</sup> Dans ce sens, cf. Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.* (note 16), pp. 139 et s.

<sup>67</sup> Selon une méthodologie différente, Olivier aboutit à une conclusion similaire, cf. Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, Paris, coll. Léviathan, 1994, p. 455.

<sup>68</sup> En France et en Italie, cela découle de la préservation de la « forme républicaine », laquelle présuppose l'existence d'un État puisqu'il s'agit de la « forme républicaine » de l'État ; en ce sens, cf. Maurice HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.* (note 24), p. 343 ; Olivier BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », in *RFD* 1993, n° 6, p. 1062 ; Massimo Severo GIANNINI, « Repubblica », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, Milan, vol. XXXIX, 1988, p. 893 ; cf. Marzio BRANCA, « Repubblica », in Bruno PARADISI (dir.), *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Rome, vol. XXVI, 1991, p. 5. En Allemagne, cela découle de la garantie du principe fédéral, Hans-Ulrich EVERS, « Artikel 79, Abs. 3 », in Hans-Jürgen ABRAHAM *et al.*, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)*, Hansischer Gildenverlag, Hambourg, 2<sup>ème</sup> édition 1982, p. 92 ; Horst DREIER, « Artikel 79 », in Horst DREIER (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2<sup>ème</sup> édition, 2008, vol. 2, p. 1822 ; la Cour constitutionnelle fédérale l'a expressément confirmé, CCF 30 juin 2009, préc. (note 2), p. 350.

<sup>69</sup> CCF 29 janvier 1974, 2 BvN 1/69, *BVerfGE* 36, 342 [360] ; CCF 26 juillet 1972 (2 BvF 1/71), *BVerfGE* 34, 9 [20].

règlerait plus la production des normes générales et abstraites, de telles normes n'ayant plus lieu d'être produites. Cela implique que l'ordre juridique étatique dispose et puisse effectivement exercer un certain nombre (minimal) de compétences : il est nécessaire que cet ordre juridique étatique soit le domaine de validité d'un certain nombre de normes qui puissent être effectivement édictées. Si la détermination de ce nombre minimal de compétence est impossible car il se heurte au paradoxe du vague, il est possible d'examiner quantitativement les normes valides au sein de l'ordre juridique total, constitué en l'espèce de l'ordre juridique central qu'est celui issu de l'Union européenne et des ordres juridiques partiels que sont les États membres. La forme étatique est alors préservée dès lors qu'une part déterminante des normes valides dans l'ordre juridique total [Union européenne + États membres] sont des normes émanant des ordres juridiques partiels et que leur production matérielle et formelle n'est pas trop largement encadrée par des normes de l'ordre juridique central. De plus, le principe fédéral préservé de façon absolue par la Loi fondamentale allemande<sup>70</sup> implique tant l'impossible disparition des Länder que la nécessité de leur garantir également un seuil minimal de compétences, qu'ils puissent exercer librement. Dès lors, la disparition progressive des compétences des Länder, par un transfert à l'Union européenne des compétences qu'ils sont censés exercer en vertu du droit interne, correspondrait à une négation progressive de leur existence, ce que l'art. 79, al. 3 LF interdit. En revanche, cette spécificité de la structure étatique de l'ordre juridique allemand ne se retrouve pas au sein des ordres juridiques français et italien.

La souveraineté de l'ordre juridique étatique et la préservation d'un seuil minimal de compétences étatiques, voire infraétatiques en Allemagne sont des limites constitutionnelles structurelles à l'intégration européenne. À côté de celles-ci, les Constitutions allemande, française et italienne garantissent des principes formellement absolus.

*b) Les principes constitutionnels formellement absolus  
comme limites constitutionnelles à l'intégration européenne*

Une limite à la révision constitutionnelle n'a pas une simple valeur "déclaratoire" : il s'agit d'une norme interdisant expressément au législateur constitutionnel d'intervenir dans certains domaines, à travers le renforcement de la forme constitutionnelle qu'elle opère. Il convient alors d'identifier précisément ce à quoi renvoient les articles 79, al. 3 LF, 89, al. 5 CF et 139 CI et de déterminer en quoi ils peuvent limiter l'intégration européenne. Il s'agit, en premier lieu, du principe de l'attribution et de l'exercice démocratique du pouvoir auquel renvoie expressément l'art. 20 de la Constitution allemande et implicitement les articles 89, al. 5 et 139 des Constitutions française et italienne. En effet, la « forme républicaine » suppose la transmission du pouvoir selon le principe de l'élection, ce qui suppose un seuil minimal de démocratie<sup>71</sup>. Ce principe connaît un certain nombre d'implications et, en particulier, l'existence d'une représentation du peuple, des élections libres, régulières et pluralistes, le principe

<sup>70</sup> Par les articles 79, al. 3 et 20, auquel renvoie l'article 79.

<sup>71</sup> Maurice HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit. (note 24), pp. 343 et s. ; Gastone BASCHIERI, Luigi BIANCHI D'ESPINOSA et Carlo GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Nocchioli, Florence, 1949, p. 443 ; Franco MODUGNO, " Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (in occasione di un commento al messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991) ", in *Giur. cost.* 1992, pp. 1675 et s. ; Jean-Marie PONTIER, " La République ", in *Recueil Dalloz Sirey* 1992, Chr. XLVIII, p. 241.

d'égalité du suffrage et une chaîne interrompue de légitimation entre le producteur de la norme et son destinataire<sup>72</sup>.

Un tel principe aurait déjà pu limiter le processus d'intégration européenne, notamment en raison du déficit démocratique de l'Union européenne<sup>73</sup>, qui a souvent été souligné et qui aurait pu aboutir à une absence de chaîne de légitimation entre les normes européennes et leurs destinataires, ou en raison de l'élection du parlement européen au suffrage universel direct ou du droit de vote et d'éligibilité accordé aux citoyens de l'Union aux élections municipales, qui auraient pu porter atteinte au principe de l'élection exercée dans le cadre national<sup>74</sup>. Ces difficultés ont pu être surmontées l'Union européenne a été perçue comme un ordre juridique particulier, ne requérant pas le même degré de garantie du principe démocratique qu'un ordre juridique étatique, et en reconnaissant que ce principe est progressivement renforcé au niveau de l'Union.

En deuxième lieu, il s'agit du principe de la séparation des pouvoirs, défini comme la différenciation organique de production de normes. Ce principe est également expressément garanti par l'art. 20 de la Constitution allemande et découle implicitement des Constitutions française et italienne en ce que, la « forme républicaine » étant opposée à la forme monarchique, elle sous-entend une pluralité d'organes décisionnels et l'existence d'un contrôle de la répartition des compétences. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs correspond à la non confusion organique des compétences, c'est-à-dire à l'impossibilité de concentrer toutes les compétences de production de normes au sein d'un seul et unique organe et l'existence d'une distinction entre les fonctions de création et d'application du droit<sup>75</sup>. Cela appelle alors également la mise en place d'un contrôle séparé de cette distinction afin de garantir qu'elle soit respectée. Alors que l'existence d'une séparation des pouvoirs entendue dans le sens classique (c'est-à-dire telle que Montesquieu l'aurait définie) n'existe pas au niveau de l'Union européenne puisque certains organes cumulent des fonctions législatives et exécutives, lorsqu'on l'entend dans un sens purement normatif, on peut relever qu'une différenciation organique et fonctionnelle est effectivement assurée, de même qu'un contrôle de cette différenciation est garanti par la Cour de justice<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> De nombreuses décisions des Cours constitutionnelles des trois États étudiés précisent ces différents points et il serait trop long de toutes les citer ; on mentionnera simplement les décisions CCF 2 mars 1977, 2 BvE 1/76, *BVerfGE* 44, 125 [138] ; CCF 15 février 1978, 2 BvR 134, 268/76, *BVerfGE* 47, 253 [275] ; n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, *Rec.* p. 48 ; CCF 31 octobre 1990, 2 BvF 3/89, *BVerfGE* 83, 60 [71] ; n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, *Rec.* p. 84 ; Sent. n° 422/1995 du 12 septembre 1995, *Giur. cost.* 1995, p. 3255.

<sup>73</sup> Charles REICH, « Qu'est-ce que... le déficit démocratique ? », in *RMC-UE* n° 343 (1991), pp. 14 à 18 ; Gérard LAPRAT, « Réforme des traités : le risque du double déficit démocratique. Les Parlements nationaux et l'élaboration de la norme communautaire », in *RMC-UE* n° 351 (1991), pp. 710 à 721 ; Christopher JOHNSON, « Parlement européen : du chemin à faire », in *RMC-UE* n° 431 (1999), pp. 517 à 520. Sur les difficultés qu'il a soulevées, notamment en Allemagne, cf. CCF 12 octobre 1993, 2 BvR 2134, 2159/92, *Arrêt Maastricht*, *BVerfGE* 89, 155 [182].

<sup>74</sup> Sur cette question, cf. principalement Christophe GESLOT, *Élections municipales et citoyenneté européenne. L'article 88-3 de la Constitution du 4 octobre 1958*, L'Harmattan, Paris, coll. Logiques juridiques, 2003.

<sup>75</sup> Cela rejoint tant ce que l'on a pu appeler le « mythe de la séparation des pouvoirs », dont on doit la clarification à Charles EISENMANN, « L'Esprit des lois ' et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, pp. 165 à 192 que la distinction opérée par Kelsen entre les fonctions de production et d'application du droit (seule séparation envisageable du point de vue normativiste), Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.* (note 17), pp. 304 et s.

<sup>76</sup> CJCE 23 avril 1986, Aff. 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" c./ Parlement européen*, *Rec.* p. 1339, point 23, confirmé récemment par CJCE (Grande chambre) 3 septembre 2008, Aff. C-402/05 P et 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi et Al*

En troisième lieu, le principe d'une garantie minimale des droits fondamentaux est préservé de façon absolue par l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution allemande. De même, la Cour constitutionnelle italienne a reconnu l'existence de principes suprêmes de l'ordre juridique, parmi lesquels certains correspondent à des droits fondamentaux bénéficiant d'une garantie absolue. Reconnus de façon assez prétorienne et sans que de réels critères de reconnaissance ne soient établis, ces principes suprêmes peuvent être déduits de l'article 139 de la Constitution, c'est-à-dire de la garantie de la forme républicaine du gouvernement italien, cette dernière renvoyant à certains droits inviolables de la personne humaine que « la République garantit »<sup>77</sup>. En revanche, le droit constitutionnel français n'offre pas une telle garantie absolue aux droits fondamentaux. Dès lors, en Allemagne et en Italie, cette nécessité de préserver les droits fondamentaux constitue également une limite constitutionnelle à l'intégration européenne, d'autant plus que, initialement, l'ordre juridique des Communautés européennes ne les garantissait nullement et que c'est par la voie d'une reconnaissance de principes généraux du droit communautaire, issus des traditions constitutionnelles nationales qu'ils ont pu être reconnus et garantis en tant que normes de l'Union et que le problème d'un éventuel blocage du processus d'intégration a pu être évité. Cela concerne cependant l'impact que les limites constitutionnelles ont sur l'intégration européenne.

## II. L'IMPACT DES LIMITES CONSTITUTIONNELLES SUR LE PROCESSUS D'INTÉGRATION EUROPÉENNE

Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne sont des normes relevant de l'ordre juridique interne qui ont un impact sur des normes de l'ordre juridique de l'Union européenne : on a vu, notamment, en quoi elles pouvaient interdire la production d'une norme primaire de l'Union. Une fois les traités valablement conclus et entrés en vigueur, les normes produites sur leur fondement sont également susceptibles d'aller à l'encontre desdites limites. Ces dernières ont alors un impact sur le droit dérivé, limitant son application. C'est en les systématisant autour du concept de noyau constitutionnel identitaire, notamment utilisé par les juges constitutionnels nationaux, que l'on peut cerner les mécanismes régissant les solutions des conflits normatifs entre les principes constitutionnels absolus précédemment identifiés et les normes de l'Union. De plus, afin de prévenir les limitations d'application des normes dérivées, l'ordre juridique de l'Union a lui-même évolué en tenant compte des exigences posées par les limites, cette évolution demeurant cependant circonscrite à une limite ultime qu'il n'est pas possible de franchir : la constitutionnalisation de l'Union européenne. Les limites constitutionnelles ont donc un double impact sur l'intégration européenne : elles constituent un noyau constitutionnel identitaire qui limite les effets du droit de l'Union (1) et elles favorisent l'évolution de l'intégration laquelle ne peut toutefois pas aboutir à une constitutionnalisation (2).

---

*Barakaat International Foundation c./ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Rec. p. I-6351, point 281.

<sup>77</sup> Article 2 CI. Pour une déduction du caractère inviolable des principes suprêmes italiens par leur rattachement à l'art. 139 CI, cf. Manlio MAZZIOTTI DI CELSO, "Principi supremi dell'ordinamento costituzionale", préc. (note 38), p. 310 ; Franco MODUGNO, "Il problema dei limiti alla revisione costituzionale", préc. (note 71), pp. 1670 et s. ; Pour une discussion du pouvoir de la Cour constitutionnelle dans ce domaine, cf. Nicolò ZANON, "Premesse ad uno studio sui 'principi supremi' di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale", in *Giur. cost.* 1998, pp. 1891 à 1946.

**1) LES LIMITES CONSTITUTIONNELLES À L'INTÉGRATION EUROPÉENNE :  
UN NOYAU CONSTITUTIONNEL IDENTITAIRE LIMITANT  
LES EFFETS DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

L'ensemble des limites constitutionnelles à l'intégration européenne peut être systématisé en un noyau constitutionnel qui tend à forger l'identité constitutionnelle de l'État dès lors qu'il est opposé au droit de l'Union européenne pour en limiter les effets et l'application (a). L'application du principe de primauté du droit de l'Union européenne est alors conditionnée par le respect de ce noyau constitutionnel identitaire (b).

*a) Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne  
systématisées en un noyau constitutionnel identitaire*

Le concept de noyau constitutionnel permet de systématiser l'ensemble des limites constitutionnelles à l'intégration européenne que l'on a défini et identifié en première partie. Il renvoie ainsi à des principes absolus et intangibles qu'aucune procédure juridique ne peut remettre en cause. Si cette conceptualisation rejoint la théorie de Carl Schmitt et sa distinction entre la « constitution » (contenant les principes fondamentaux intangibles de l'ordre juridique) et les « lois constitutionnelles » (qui peuvent seules être révisées)<sup>78</sup>, elle s'en détache nettement sur le plan méthodologique car on a adopté une démarche purement normativiste tout au long de l'identification des normes composant ce noyau. Ce faisant, on peut introduire une distinction entre un noyau constitutionnel structurel, qui correspond aux éléments indispensables à toute constitution et sans lesquels une norme ne peut être qualifiée comme telle (il s'agit ainsi de la réglementation de la production des normes générales et abstraites, de la réglementation de la compétence de la compétence et de la réglementation d'un seuil minimal de compétences), et un noyau constitutionnel formel, dont le contenu dépend d'une volonté politique et idéologique d'octroyer à certains principes une garantie renforcée et qui n'est donc pas nécessairement inscrit dans toute constitution.

Ce noyau constitutionnel, dans ses dimensions structurelle et formelle, connaît certaines implications nouvelles dans le cadre du processus d'intégration européenne : il permet d'élaborer une identité constitutionnelle de l'État, laquelle pourra limiter le processus d'intégration européenne, soit en interdisant la production d'une norme relevant de l'ordre juridique de l'Union européenne, soit en limitant les effets (et l'application) du droit de l'Union européenne, soit encore en faisant évoluer l'intégration européenne. Apparaît ainsi un « noyau constitutionnel identitaire » qui correspond à l'ensemble des principes structurellement et formellement absolus opposés au droit de l'Union et qui limite l'intégration européenne<sup>79</sup> : ce noyau permet ainsi d'*identifier* tant un ordre juridique déterminé

<sup>78</sup> Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution* (trad. de Lilyane Deroche, Préface de Olivier Beaud), PUF, Paris, coll. « Léviathan », 1993, en particulier pp. 150 et s.

<sup>79</sup> Sur la signification de l'identité constitutionnelle, cf. Meinhard HILF, « Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten », in Albrecht RANDELZHOFFER, Rupert SCHOLZ, Dieter WILKE (dir.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, C.H. Beck, Munich, 1995, pp. 157 à 170 ; Anne LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in Jean-Claude MASCLET, *et al.* (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pédone, Paris, 2009, pp. 109 à 128 ; Michel TROPER, « Identité constitutionnelle », in Bertrand MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 123 à 131 ; Constance

que, surtout, sa nature étatique à travers les principes structurels du noyau et de le distinguer d'autres types d'ordres juridiques, en particulier l'ordre juridique (non étatique) de l'Union européenne. Cette identité constitutionnelle est alors invoquée par les juges, notamment constitutionnels allemand, français et italien, afin de laisser entendre que sa préservation, absolument nécessaire, pourrait conduire à limiter les effets du droit de l'Union européenne et, donc, l'intégration européenne<sup>80</sup>. La préservation de ce noyau constitutionnel identitaire est nécessaire car elle permet de garantir le caractère effectivement étatique de l'ordre juridique en question : l'atteindre reviendrait, d'une certaine façon, à anéantir l'ordre juridique étatique. Cela vaut principalement à propos du noyau structurel, sans lequel, en effet, un ordre juridique ne pourrait plus être considéré comme un ordre juridique étatique. Cela vaut également, pour des raisons initialement politiques et idéologiques, à propos du noyau formel, notamment préservé par les Constitutions française, allemande et italienne : selon ces dernières, les éléments composant le noyau constitutionnel formel sont fondamentaux et ne peuvent pas être remis en cause.

Cela tend alors à limiter les effets du principe de primauté du droit de l'Union européenne.

***b) Le principe de primauté du droit de l'Union européenne conditionné par le noyau constitutionnel identitaire***

Le principe de primauté du droit de l'Union européenne n'est nullement un principe spécifique au droit de l'Union : il s'agit d'un principe général du droit international qui découle directement de l'obligation de respecter les normes internationales<sup>81</sup>. En effet, si un État pouvait invoquer une norme interne à l'encontre des normes internationales, il ne serait plus véritablement tenu de les respecter et de respecter ses engagements. La particularité de l'application des normes de l'Union européenne n'est donc pas tant liée au principe de primauté qu'à l'association de ce dernier au principe d'effet direct<sup>82</sup>. Ainsi, lorsqu'il reconnaît le principe de primauté dans la célèbre affaire *Costa c./ E.N.E.L.*<sup>83</sup>, le juge communautaire ne règle pas lui-même un conflit entre deux normes mais indique et impose au juge national la marche qu'il doit suivre en cas d'un conflit entre une norme communautaire et une norme nationale. Le juge communautaire est en mesure d'agir ainsi en raison de l'effet direct dont bénéficie le droit communautaire : c'est uniquement parce que le juge national est tenu d'appliquer

---

GREWE et Joël RIDEAU, "L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : flash back sur le *coming-out* d'un concept ambigu", in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, 319 à 345.

<sup>80</sup> Cf. principalement CCF 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, *Arrêt Solange II*, BVerfGE 73, 339 [387] ; CCF 12 octobre 1993, préc. (note 73) ; CCF 30 juin 2009, préc. (note 2), p. 344 ; décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101 ; décision n° 2004-497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. p. 107 ; décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88 ; décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, préc. (note 2) ; Sent. n° 1146/1988 du 29 décembre 1988, préc. (note 38) ; Sent. n° 232/1989 du 21 avril 1989, *Giur. cost.* 1989, p. 1001 ; Sent. n° 102/2008 du 15 avril 2008, *Giur. cost.* 2008, p. 1194 ; Sent. n° 125/2009 du 30 avril 2009, préc. (note 2).

<sup>81</sup> Cf. notamment Bruno DE WITTE, "Retour à 'Costa'. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international", in *RTDE* 1984 (n° 3), pp. 425 à 454 ; ainsi que l'affaire du *Montijo* entre les États-Unis et la Colombie, Sentence du 26 juillet 1875, John Bassett MOORE, *History and Digest of the international Arbitrations to which the United States has been party*, Government Printing Office, Washington, 1898, vol. II, p. 1421 [1440] et CPJI 17 août 1923, *Vapeur Wimbledon*, Rec. CPJI, série A, n° 1, p. 15 [29].

<sup>82</sup> CJCE 5 février 1963, Aff. 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c./ Administration fiscale néerlandaise*, Rec. p. 3.

<sup>83</sup> CJCE 15 juillet 1964, Aff. 6/64, *Flaminio Costa c./ E.N.E.L.*, Rec. p. 1161.

systématiquement et *directement* le droit communautaire (à chaque fois que ce dernier est invocable) que le principe de primauté concerne *directement* l'attitude du juge national<sup>84</sup>. Grâce à cela, l'objectif initial de créer une véritable Communauté entre les États membres, à travers l'élaboration d'un droit commun, a pu être atteint.

Toutefois, des difficultés subsistent encore aujourd'hui à propos de l'application du droit de l'Union au sein des ordres juridiques étatiques : elles concernent principalement les rapports entre ce dernier et les Constitutions nationales et, en particulier au sein des trois ordres juridiques étudiés, les principes constitutionnels systématisés par le noyau constitutionnel identitaire<sup>85</sup>. La limitation de la primauté du droit de l'Union est rendue possible en raison de la compétence d'appliquer le droit de l'Union attribuée, par ce même droit de l'Union, aux organes des ordres juridiques partiels que sont les États membres, et notamment au juge. C'est exclusivement le juge national qui est compétent pour résoudre un conflit entre une norme de l'Union et une norme nationale, et non le juge de l'Union<sup>86</sup>. Par conséquent, le juge national est certes contraint par le droit de l'Union de faire prévaloir la norme européenne, mais seulement si aucune autre norme n'octroie une force dérogatoire supérieure à l'une des normes en conflit. Or, précisément dans le cas d'une norme relevant du noyau constitutionnel identitaire, cette dernière bénéficie d'une force dérogatoire telle qu'elle prévaut elle-même sur toute autre norme, même une norme de l'Union, en dépit de ce que pourrait indiquer le juge de l'Union : ce dernier ne peut ni intervenir dans la résolution du conflit, ni détruire la norme nationale, ni même récupérer lui-même une telle compétence.

Ainsi l'application décentralisée du droit de l'Union et la résolution des éventuels conflits qui peut en découler demeurent subordonnées à la répartition interne des compétences : la constitutionnalité renforcée dont bénéficient les limites constitutionnelles à l'intégration européenne leur confère également un caractère intouchable, en ce sens qu'aucun organe de l'ordre juridique n'est compétent pour les écarter. Si, bien que non révisables, elles pouvaient être écartées en raison de la force dérogatoire d'une autre norme (en l'espèce, une norme de l'Union), leur caractère absolu (intangibles et inviolables) dû au renforcement formel serait alors anéanti : il suffirait qu'une telle norme permettant cette dérogation soit créée pour que ces normes composant le noyau constitutionnel ne s'appliquent plus. Par conséquent, le renforcement formel dont elles bénéficient, qui aboutit à l'impossibilité de pouvoir les modifier, engendre une impossibilité de pouvoir y déroger : le juge national, compétent pour appliquer les normes de l'Union mais également compétent pour appliquer (ou écarter, le cas échéant) le droit national, n'est précisément pas compétent pour écarter ces normes particulières qui

<sup>84</sup> Dans le même sens, cf. Bruno DE WITTE, "Retour à 'Costa'", préc. (note 81), p. 427.

<sup>85</sup> Mattias KUMM et Victor FERRERES COMELLA, "The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union", in *I-Con. International Journal of Constitutional Law* 2005, n° 3, pp. 473 à 492 ; Stelio MANGIAMELLI, *L'esperienza costituzionale europea*, Aracne, Rome, 2008, pp. 14 à 48 ; Christoph GRABENWARTER, "Staatliches Unionsverfassungsrecht", in Armin VON BOGDANDY et Jürgen BAST (dir.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, Berlin, 2<sup>ème</sup> édition, 2009, pp. 123 à 135 ; Jean-Claude COLLIARD, "La lente ouverture du Conseil constitutionnel français au droit européen", in *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. Marii Kruk-Jarosz*, Wydawnictwo Sejmowe, Varsovie, 2009, pp. 202 à 209.

<sup>86</sup> Otto PFERSMANN, "La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée", in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 18 (2005), p. 140.

composent le noyau constitutionnel identitaire<sup>87</sup>. La délégation de la résolution des conflits entre normes nationales et normes de l'Union, opérée par le droit de l'Union au profit du juge national, constitue dès lors le fondement indirect de la limitation du principe de primauté. Afin d'éviter une telle limitation, le droit de l'Union peut alors réagir et tenir compte des exigences posées par les limites constitutionnelles.

## 2) LE NOYAU CONSTITUTIONNEL IDENTITAIRE ENGENDRANT UNE RÉACTION LIMITÉE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Le noyau constitutionnel identitaire ne tend pas seulement à bloquer le processus d'intégration européenne : il peut également en favoriser l'évolution lorsque l'ordre juridique de l'Union tient compte des exigences que posent les principes qu'il contient. Il y a alors une forme de réaction de cet ordre juridique qui intègre progressivement les garanties préservées par ces principes (a), cette réaction ne pouvant toutefois pas franchir un certain stade, selon des mécanismes juridiquement prévus : la constitutionnalisation de l'Union européenne demeure impossible (b).

### *a) La réaction progressive de l'ordre juridique de l'Union européenne au noyau constitutionnel identitaire*

C'est surtout l'absence de garantie des droits fondamentaux et l'existence d'un certain déficit démocratique qui ont conduit certains États membres, notamment l'Allemagne et l'Italie, à évoquer la possibilité de limiter les effets du droit de l'Union européenne. Ainsi, le désir de mettre en place une véritable *Communauté*, impliquant l'application uniforme d'un droit *communautaire*, va exiger que certains principes, garantis par les États membres en droit national, soient préservés au niveau de la Communauté afin que le droit qui en émane bénéficie d'une sorte de "gage de garantie" de ces principes et que l'écueil d'un contrôle national du droit communautaire soit ainsi évité. C'est pourquoi, afin de pallier les lacunes des traités constitutifs, le juge communautaire va développer lui-même une jurisprudence permettant de garantir des principes généraux du droit, à partir des garanties offertes par les droits nationaux : cela va progressivement forger une forme "d'identité européenne", à partir de l'identité constitutionnelle des États membres et à travers la reconnaissance de principes généraux du droit communautaire issus des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Aujourd'hui consacrée par le traité sur l'Union européenne et la charte des droits fondamentaux, la garantie de ces principes est le résultat d'une prise en compte, au niveau de l'Union et, donc, par des normes relevant de l'ordre juridique de l'Union, des exigences posées par les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Ainsi, celles-ci ne tendent pas seulement à bloquer le processus d'intégration mais peuvent également en favoriser la progression<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Cf. l'analyse de Xavier MAGNON, "L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les Cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne", in *Annuaire de droit européen*, vol. II (2004), pp. 119 à 147.

<sup>88</sup> Alain ONDOUA, *Étude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France. L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, L'Harmattan, Paris, coll. Logiques juridiques, 2001, pp. 133 à 148 ; Koen LENAERTS, "Le droit comparé dans le travail du juge communautaire", in *RTDE* 2001, n° 3, pp. 492 et s. ; Loïc



Désormais, certains mécanismes permettent de réglementer cette prise en compte des exigences nationales. D'une part, le traité sur l'Union européenne offre la possibilité d'une reconnaissance de nouveaux principes généraux du droit de l'Union issus des traditions constitutionnelles communes aux États membres permettant de tenir de l'éventuelle évolution de ces traditions<sup>89</sup>. D'autre part, la charte des droits fondamentaux autorise la possibilité d'une garantie plus élevée de ces droits au niveau national<sup>90</sup>. Enfin et surtout, le traité impose lui-même de respecter l'identité nationale des États membres laquelle n'est pas sans lien avec l'identité constitutionnelle issue du noyau constitutionnel. Ainsi, l'obligation de respecter l'identité nationale des États membres, désormais inscrite à l'article 4 TUE, peut constituer un moyen juridique de prendre en compte une résistance issue d'une disposition constitutionnelle nationale qui ne pourrait pas être écartée, même face au droit de l'Union. Cette prise en compte et la résolution du conflit entre la norme de l'Union et la disposition constitutionnelle relèvent ainsi d'une norme de l'ordre juridique de l'Union européenne, ce dernier permettant lui-même que l'identité nationale soit respectée et ne remet donc pas en cause le principe de primauté : si une norme inhérente à l'identité nationale à un État devait faire obstacle à l'application d'une norme de l'Union, cette norme nationale pourrait effectivement prévaloir sur le droit de l'Union puisque ce dernier impose lui-même son respect. Dans des affaires récentes et suivant les conclusions des avocats généraux, la Cour de justice a fait sien ce raisonnement<sup>91</sup>.

Cette prise en compte des limites constitutionnelles à l'intégration européenne au niveau de l'ordre juridique de l'Union européenne demeure toutefois confrontée à une limite ultime.

***b) La constitutionnalisation impossible de l'Union européenne, ou la limite constitutionnelle ultime à l'intégration européenne***

Si l'étape ultime de l'intégration européenne correspond à une " Europe constitutionnalisée " et à la création d'un État européen intégrant pleinement les États membres, cette étape ne pourra pas être franchie selon des voies juridiques car la constitutionnalisation de l'Union européenne, au sens conceptuel du terme, est juridiquement impossible. Ce sens conceptuel impliquerait l'existence d'une norme constitutionnelle suprême à l'origine de l'ordre juridique de l'Union européenne et la disparition du caractère suprême des normes constitutionnelles des États membres. Les théories démontrant l'existence d'une forme de constitutionnalisme européen reposent ainsi soit sur un simple discours

---

AZOULAI, " Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence ", in *RTDE* 2008, n° 1, p. 33 ; Francesca ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, CEDAM, Padoue, 2007, pp. 274 à 287.

<sup>89</sup> Article 6, § 3 TUE.

<sup>90</sup> Article 53 de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>91</sup> CJCE 14 octobre 2004, Aff. C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs-GmbH c./ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Rec. p. I-9609 ; CJCE 16 décembre 2008, Aff. C-213/07, *Michaniki AE c./ Ethniko Symvoulio Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, Rec. p. I-9999 ; CJCE 16 décembre 2008, Aff. C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres c./ Premier Ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Rec. p. I-9895. Cf. Vlad CONSTANTINESCO, " La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? ", in Jean-Claude MASCLÉ, *et al. (dir.), L'Union européenne : Union de droit, union des droits, op. cit.* (note 79), pp. 84 à 86 ; Florence BENOÎT-ROHMER, " Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit ? ", in *Chemins d'Europe, op. cit.* (note 79), pp. 66 à 73.

doctrinal, soit sur des prémisses extra-juridiques. La doctrine du constitutionnalisme européen<sup>92</sup> renvoie en effet à un discours scientifique prônant l'existence d'une " communauté constitutionnelle " reposant sur certaines valeurs communes aboutissant à une convergence des droits. Il s'agit cependant d'une analyse scientifique et doctrinale d'un phénomène à la fois juridique et politique – l'analyse mêlant elle-même les deux types d'arguments – qui ne tend pas à démontrer l'existence d'une norme constitutionnelle à l'origine de l'ordre juridique de l'Union.

En revanche, la théorie du *multilevel constitutionalism* (constitutionnalisme à multi-niveaux) s'efforce de démontrer l'existence d'ores et déjà effective d'une telle norme constitutionnelle, composée des normes primaires de l'Union et de l'ensemble des Constitutions nationales<sup>93</sup>. Toutefois, cette construction théorique ne permet pas de garantir le caractère purement juridique de sa conclusion, c'est-à-dire de la norme constitutionnelle dont elle cherche à démontrer l'existence, car elle mêle des arguments politiques, empiriques et juridiques tels que le constat d'une convergence matérielle entre normes de l'Union et normes nationales, aboutissant à une complémentarité entre elles, ou la volonté de l'individu en tant que pouvoir constituant et légitimation nécessaire de la validité de toute norme<sup>94</sup>.

La constitutionnalisation de l'Union européenne ne peut alors résulter que d'une révolution juridique, c'est-à-dire de l'entrée en vigueur d'une norme (constitutionnelle) qui n'a pas été réglée par le droit positif mais découle *ex nihilo*, la validité de la " nouvelle " norme devant alors être admise à l'instar de toute norme constitutionnelle première<sup>95</sup>. Cela pourrait ainsi résulter de la remise en cause de l'une des limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Toutefois, le dépassement d'une limite formelle ne serait que la traduction d'une nouvelle volonté politique, celle de poursuivre l'intégration européenne, remplaçant une volonté politique exprimée antérieurement, celle d'offrir une protection constitutionnelle renforcée à certains domaines constitutionnels. Dès lors que l'État en cause ne fait pas usage de son droit de se retirer de l'Union européenne, désormais expressément inscrit dans le traité<sup>96</sup>, il accepte politiquement de remettre en cause la limite formelle.

À l'inverse, le dépassement d'une limite constitutionnelle structurelle emporte la fin de l'ordre juridique étatique. S'il s'agit également d'une volonté politique, dans ce cas, celle-ci ne vient pas en remplacer une autre mais elle vient détruire la structure étatique d'un ordre juridique : en d'autres

<sup>92</sup> On regroupe sous cette appellation tant les travaux développés à l'initiative du professeur Peter Häberle et relatifs à l'élaboration d'un " constitutionnalisme convergent " ou " *ius commune europaeum* constitutionnel ", cf. notamment Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 5<sup>ème</sup> édition, 2008, pp. 210 et s. et Peter HÄBERLE, " Europa – eine Verfassungsgemeinschaft? ", in Frank RONGE (dir.), *In welcher Verfassung ist Europa, Welche Verfassung für Europa ? ZEI-Symposium*, Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 99 à 119, que les travaux du Professeur Joseph Weiler qui concernent davantage la reconnaissance d'un " constitutionnalisme politique ", cf. Joseph H. H. WEILER, *The constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999 et Joseph H. H. WEILER et Marlene WIND (dir.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

<sup>93</sup> Il s'agit de la théorie développée par le Professeur Pernice, cf. *supra*, note 3.

<sup>94</sup> Pour une critique approfondie de cette théorie, cf. Matthias JESTAEDT, " Der Europäische Verfassungsverbund. Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation ", in Rüdiger KRAUSE, Winfried VEELKEN et Klaus VIEWEG (dir.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, Duncker und Humblot, Berlin, 2004, pp. 637 à 674

<sup>95</sup> Sur le concept juridique de révolution, cf. Florence POIRAT, " Révolution ", in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, coll. Quadrige, 2003, pp. 1361 à 1366 ; Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (note 11), pp. 209 et 210 ; Sigmund ROHATYN, " Die juristische Theorie der Revolution ", in *Revue internationale de la théorie du droit. Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechtes* n° IV (1929-1930), pp. 193 à 227.

<sup>96</sup> Article 50 TUE.

termes, la révolution juridique emporte alors la destruction de, ou plus exactement des États membres (car la remise en cause du caractère suprême de la Constitution de l'un des États membres emporte la remise en cause du caractère suprême de toutes les Constitutions des États membres, sauf de ceux qui décideraient de se retirer). Ceux-ci deviennent alors des ordres juridiques pleinement intégrés à un nouvel ordre juridique étatique correspondant à celui qu'est devenu l'ordre juridique de l'Union européenne : le fondement de leur validité ne se situe plus dans leur Constitution respective mais dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Cela correspondrait à la naissance d'un " État européen ", en lieu et place de l'organisation internationale qu'est l'Union européenne, et à la disparition des États membres (en tant qu'ordres juridiques étatiques). C'est pourquoi il s'agit là de la limite constitutionnelle ultime à l'intégration européenne : l'ordre juridique étatique disparaît et il devient un ordre juridique puisant son fondement de validité dans un autre ordre juridique, en l'espèce celui de l'Union européenne.

\*

\*       \*

On a ainsi démontré, à travers cette analyse normative du noyau constitutionnel identitaire et des limites constitutionnelles à l'intégration européenne à la lumière d'une comparaison des Constitutions allemande, française et italienne, que le processus d'intégration européenne est constitutionnellement limité, au sens où l'on a entendu le concept de " limite " : ce processus peut être bloqué par des principes constitutionnels qui ne peuvent être ni supprimés, ni écartés. Par conséquent, soit l'intégration européenne se poursuit en deçà de ces limites et, dans ce cas, il est nécessaire de prendre en considération les exigences qu'elles posent ; soit elle les dépasse mais alors ce dépassement ne peut résulter que d'une révolution juridique et non d'une procédure juridiquement organisée. En ce sens, notamment et même s'ils peuvent être politiquement souhaitables et souhaités, les " États-Unis d'Europe ", entendus comme un État constitutionnellement souverain intégrant les actuels États membres en tant qu'entités fédérées non souveraines, ne peuvent pas voir le jour selon des mécanismes prévus et réglés par le droit positif.