



HAL
open science

Solidarité et clause(s) de respect des identités nationales dans le traité de Lisbonne : incompatibilité indépassable ou binôme indispensable ?

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. Solidarité et clause(s) de respect des identités nationales dans le traité de Lisbonne : incompatibilité indépassable ou binôme indispensable ?. in Les dix ans du Traité de Lisbonne. Quelle solidarité dans l'Union européenne ?, 2021. hal-03523092

HAL Id: hal-03523092

<https://amu.hal.science/hal-03523092>

Submitted on 2 Mar 2022

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

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

**SOLIDARITÉ ET CLAUSE(S) DE RESPECT DES IDENTITÉS NATIONALES
DANS LE TRAITÉ DE LISBONNE
INCOMPATIBILITÉ INDÉPASSABLE OU BINÔME INDISPENSABLE ?**

Xavier MAGNON¹

La formulation du sujet oppose *solidarité* et *identité*. Intuitivement, la solidarité apparaît comme une valeur qui rassemble, qui lie entre eux, en particulier, les États membres de l'Union, alors que l'identité renvoie au repli sur soi. La solidarité relève de l'universel, quand l'identité renvoie au particulier ; la première sert l'Union européenne, elle en est le ciment, quand la seconde la fragilise. Les questions posées par le sujet renvoient spontanément à deux manières de concevoir le rapport solidarité/identité : soit il n'est pas possible, au sein de l'Union européenne de concilier ces deux valeurs, soit seule la combinaison de ces deux valeurs permet de garantir la survie de l'Union. Autrement dit, soit l'incompatibilité entre ces deux valeurs fait obstacle à la construction européenne, soit cette dernière ne peut, aujourd'hui, demeurer pérenne que si, précisément, il existe un équilibre entre ces deux valeurs. Dans le prolongement de cette seconde lecture, l'on dira que la solidarité entre les États sera, en général, d'autant plus forte que si, chacun d'entre eux peut, parfois, se prévaloir de son identité pour échapper au commun. Le *commun* ne serait ainsi préservé, en général, que si le *particulier* peut être, ponctuellement, garanti. En définitive, tout pourrait être réduit à une question d'équilibre entre solidarité et identité : l'identité n'est indispensable à la solidarité que jusqu'à un certain seuil ; au-delà, elle peut lui être fatale. Il faut ici reprendre les conclusions de la thèse de K. Abderamane : « en tant que fondement de la régulation de l'espace économique et social de l'Union, la solidarité s'apprécie comme un principe d'équilibre, de conciliation d'exigences *a priori* contradictoires : entre « l'économique » et « le social », « le supranational » et la « souveraineté étatique »². Le binôme indispensable peut, faute de mesure, se transformer en incompatibilité indépassable. La tension solidarité/identité pourrait se résumer à une tension solidarité/souveraineté³.

¹ Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

² K. ABDERAMANE, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration européenne*, Tome 1, Thèse, Université de Poitiers, dactyl., p. 905. Voir également pour une synthèse sur la solidarité dans l'Union européenne : M. BLANQUET, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in *Solidarité(s) : perspectives juridiques*, sous la direction de M. HECQUARD-THÉRON, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, 2008, p. 155-195.

³ Voir sous ce dernier angle : J. HAYWARD, R. WURZEL (ed. by), *European disunion: between sovereignty and solidarity*, Palgrave Macmillan, Palgrave Studies in European Union Politics, 2012, 337 p. ; J. VAN DER WALT, J. ELLSWORTH (eds.), *Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 308 p.

Telle pourrait être ainsi résumée la problématique soulevée par le sujet s'il suffisait de s'en tenir à une approche intuitive de celui-ci. Sans doute, les choses sont-elles plus complexes. Il nous appartiendra de vérifier si cette complexité permet de mieux saisir les enjeux soulevés par une approche intuitive.

La principale difficulté du sujet réside dans le fait que solidarité et identité sont des « principes », le droit de l'Union est en effet un droit couvert par de nombreux « principes », qui renvoient, comme tous les principes (I) de l'Union, à des questions de sens (II), de concrétisation par le droit positif (III), de valeurs et d'équilibres normatifs (IV), autant d'éléments qu'il conviendra, enfin, d'apprécier à l'aune des possibles et de la pratique (V).

I. Solidarité et identité : des « principes » du droit de l'Union

Le droit de l'Union européenne repose sur des « principes », non consacrés de manière explicite par les traités, mais qui n'en sont pas moins reconnus, par la jurisprudence et/ou par la doctrine, comme des principes essentiels ou inhérents à l'Union européenne. Pensons d'abord au principe de primauté mais, également, à tout un ensemble de principes, qualifiés comme tels par la doctrine, dont on peut retrouver l'énumération dans les manuels de droit de l'Union. Pour ne retenir que l'un de ces manuels, il existerait des « principes inhérents à la nature spécifique de l'Union européenne » (maintien de l'acquis communautaire, fidélité ou coopération loyale et cohérence), des « principes de l'Union de droit » (droits fondamentaux, citoyenneté et solidarité), des principes directeurs de l'organisation constitutionnelle de l'Union européenne (équilibre institutionnel, transparence, nouvelle gouvernance et démocratie), des principes présidant à la délimitation des compétences de l'Union européenne (compétence d'attribution), ceux régissant l'exercice des compétences de l'Union (subsidiarité, proportionnalité, flexibilité) et le principe d'administration indirecte⁴. La construction juridique de l'Union s'appuie ainsi, non sans un certain ésotérisme, pour peu que l'on s'attache à identifier le droit positif dans le droit positif, à des principes *immanents, constitutionnels, fondateurs* ou *généraux* du droit de l'Union. Pour le dire autrement, le droit de l'Union repose, comme tout ordre normatif, sur un ensemble de valeurs, parfois explicitement reconnues par les traités, à partir desquelles a été dégagé tout un ensemble de normes par la voie jurisprudentielle. L'Europe s'est construite par le droit et, plus encore, sans doute, par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, organe juridictionnel centralisé de production normative au sein de l'Union, grâce, de manière décisive, au renvoi préjudiciel en interprétation ouvert à chacune des juridictions nationales.

Ces principes, quel que soit leur statut (*immanent, constitutionnel, fondateur* ou *généraux du droit*), n'en rejoignent pas moins, parfois et plus ou moins directement, des contraintes normatives juridiques consacrées par les traités. Le principe de primauté, par exemple, principe jurisprudentiel, du moins dans la manière dont il a été consacré par la Cour en tant que principe autonome du

⁴ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Manuel, 7^e édition, 2019, 1032 p., voir la table des matières.

droit de l'Union⁵, peut être défendu à partir de l'exigence de coopération loyale des États consacrée aujourd'hui par l'article 4 § 3 du TUE. Dans sa jurisprudence, la Cour mobilise d'ailleurs à la fois des principes et des stipulations de droit positif de manière combinée et complémentaire.

Cet état du droit est source de confusions, en particulier pour ce qui relève des deux principes, la solidarité et l'identité, qu'il s'agit d'appréhender dans leurs équilibres réciproques et dans les contraintes normatives qu'ils imposent. D'autant qu'il est encore nécessaire de définir ce que chacun des deux termes signifie.

II. « Solidarité » et « identité », quels sens ?

Les sens de la solidarité et de l'identité ne sont pas à rechercher dans le droit de l'Union. La question de sens se pose avant l'usage du terme par le droit positif, celui-ci saisissant celui-là et, en tout état de cause, le droit positif européen ne définit pas le sens de ces deux termes.

Pour la solidarité, les définitions proposées par le *Centre national de ressources textuelles et lexicales* sont tout à fait éclairantes :

- « lien contracté par des personnes répondant en commun d'une obligation solidaire » ;
- « dépendance mutuelle entre les êtres humains, existant à l'état naturel et due au besoin qu'ils ont les uns des autres » ;
- « responsabilité mutuelle qui s'établit entre les membres d'un groupe social » ;
- « devoir moral, résultant de la prise de conscience de l'interdépendance sociale étroite existant entre les hommes ou dans des groupes humains, et qui incite les hommes à s'unir, à se porter entraide et assistance réciproque et à coopérer entre eux, en tant que membres d'un même corps social »⁶.

Ces éléments renvoient déjà à deux types de sources d'obligations de la solidarité le « lien contracté », et donc à une dimension juridique du lien, et le « devoir moral ». La solidarité peut donc être le résultat d'une obligation, juridique ou morale. Elle recouvre également un état de fait, une « dépendance mutuelle » ou une « responsabilité mutuelle ». Elle suppose certains types de lien entre ceux qui sont régis par la solidarité : « s'unir, [...] se porter entraide et assistance réciproque et [...] coopérer entre eux », « une obligation solidaire ». La solidarité peut alors être définie comme désignant un état entre les membres d'un même corps social qui implique un certain nombre de comportements entre ceux-ci, en application d'une obligation morale, juridique ou de fait.

Il est aujourd'hui habituel de présenter l'identité sous les deux dimensions qui ont été mises en lumière par *Paul Ricœur*, l'*ipse* et l'*idem*⁷. Alors que l'identité *ipse* renvoie à ce qui singularise, à ce qui marque *la spécificité de chacun* ; l'identité *idem* met en évidence ce qui rassemble, ce qu'il y a de

⁵ Rattacher le principe de primauté à la règle *pacta sunt servanda* aurait permis de trouver un fondement normatif dans le droit international public positif.

⁶ Pour ne retenir que les éléments de définition qui nous paraissent pertinents, <https://www.cnrtl.fr/definition/solidarite>.

⁷ P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

commun. Dans la perspective qui est la nôtre, l'identité n'a donc pas seulement une dimension de repli sur soi, mais elle participe également d'une perspective de rassemblement. Ces sens posés, il convient d'en rechercher la consécration dans le droit positif de l'Union européenne.

III. Solidarité et identité, quelles consécration en droit positif ?

Les sens ainsi éclairés, la solidarité, d'une part, et pour ne s'en tenir, d'abord, qu'aux traités, apparaît sous différentes formes. Elle est :

- un *objectif* auquel parvenir, en tant que situation de fait souhaitable, de la construction européenne : « désireux d'approfondir la solidarité entre leurs peuples... » (préambule du TUE), « entendant confirmer la solidarité qui lie l'Europe et les pays d'outre-mer (préambule TFUE) ;
- une *valeur* sur laquelle reposent les sociétés et qui est commune aux États membres (art. 2 TUE⁸), une valeur à promouvoir entre les États (art. 3 TUE⁹) et sur la scène internationale (action extérieure de l'Union, art. 21 TUE) et une valeur qui guide l'action de l'Union (politique étrangère et de sécurité commune, art. 24 § 2 TUE¹⁰), des États (politique étrangère et de sécurité commune, art. 24 § 3 TUE¹¹, espace de liberté, sécurité et de justice, art. 67 § 2 TFUE¹², politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, art. 80¹³) ou des deux (politique économique, art. 122 TFUE¹⁴, énergie, art. 194 TFUE¹⁵), dans cette dernière situation, elle est une valeur à respecter dans l'application de normes ;
- à l'origine de *normes* avec le principe de coopération loyale (art. 4 § 3 TUE¹⁶), la clause de solidarité (Titre VII, art. 222¹⁷), l'assistance financière dans le cadre d'un mécanisme de stabilité

8 Art. 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

9 Art. 3 § 3 TUE : « L'Union [...] promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres ».

10 Art. 24 TUE : « 2. Dans le cadre des principes et objectifs de son action extérieure, l'Union conduit, définit et met en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune fondée sur un développement de la solidarité politique mutuelle des États membres, sur l'identification des questions présentant un intérêt général et sur la réalisation d'un degré toujours croissant de convergence des actions des États membres ».

11 Art. 24 TUE : « 3. Les États membres appuient activement et sans réserve la politique extérieure et de sécurité de l'Union dans un esprit de loyauté et de solidarité mutuelle et respectent l'action de l'Union dans ce domaine. Les États membres œuvrent de concert au renforcement et au développement de leur solidarité politique mutuelle. Ils s'abstiennent de toute action contraire aux intérêts de l'Union ou susceptible de nuire à son efficacité en tant que force de cohésion dans les relations internationales. Le Conseil et le haut représentant veillent au respect de ces principes. »

12 Art. 67 TFUE : « 2. Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers ».

13 Art. 80 TFUE : « Les politiques de l'Union visées au présent chapitre et leur mise en œuvre sont régies par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier. Chaque fois que cela est nécessaire, les actes de l'Union adoptés en vertu du présent chapitre contiennent des mesures appropriées pour l'application de ce principe ».

14 Art. 122 TFUE : « 1. Sans préjudice des autres procédures prévues par les traités, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut décider, dans un esprit de solidarité entre les États membres, des mesures appropriées à la situation économique, en particulier si de graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement en certains produits, notamment dans le domaine de l'énergie ».

15 Art. 194 TFUE : « 1. Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur et en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement, la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie vise, dans un esprit de solidarité entre les États membres : [...] »

16 Art. 4 TUE : « 3. En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités ».

17 Article 222 TFUE : « 1. L'Union et ses États membres agissent conjointement dans un esprit de solidarité si un État membre est l'objet d'une attaque terroriste ou la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine. L'Union mobilise tous les instruments à sa disposition, y compris les moyens militaires mis à sa disposition par les États membres, pour : a) – prévenir la menace terroriste sur le territoire des États membres ; – protéger les institutions démocratiques et la population civile d'une éventuelle attaque terroriste ; – porter assistance à un État membre sur son territoire, à la demande de ses autorités politiques, dans le cas d'une attaque terroriste ; b) porter assistance à un État membre

(art. 136 modifié du TFUE¹⁸) et le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, intitulé *Solidarité*, qui regroupe les droits économiques et sociaux.

En tant que *valeur* ou en tant qu'*objectif*, la solidarité ne fait pas l'objet de concrétisation normative explicite dans les traités ; elle implique une certaine manière d'agir, sans que l'on sache, pour autant, ce qui concrétise cette manière d'agir. Même lorsqu'elle s'inscrit dans une logique normative, elle semble devoir se concrétiser par d'autres normes, secondaires, qui sont plus ou moins déterminées dans les textes institutifs. Le degré de contrainte normative associé à la solidarité demeure donc relativement faible.

Ainsi, par exemple, dans l'article 222 du TFUE, la *clause de solidarité* et, plus précisément, l'action conjointe des États dans un esprit de solidarité implique que l'Union, pour ne retenir qu'une obligation qui pèse sur celle-ci, protège les institutions démocratiques ou porte assistance à un État membre. La contrainte normative est explicitée, bien que souple dans son degré de contrainte, même si son domaine d'application demeure réduit, à savoir une attaque terroriste ou une catastrophe naturelle ou d'origine humaine. À l'inverse, dans le cadre de la *coopération loyale*, l'assistance mutuelle des États, dans une formulation extrêmement large, concrétise cette obligation générale de coopération loyale. En tout état de cause, la formalisation normative de la solidarité demeure largement indéterminée. Les comportements susceptibles de concrétiser une obligation d'assistance mutuelle ou d'assistance à un État membre sont suffisamment nombreux pour considérablement diluer la contrainte première. Dans le cadre de la *clause de solidarité*, détacher un escadron de pompier d'une dizaine de membres concrétise parfaitement l'obligation de « porter assistance » d'un État membre victime d'une catastrophe naturelle, sans, pour autant, quelle que soit la qualité des hommes, que le comportement d'assistance apparaisse dans toute sa générosité.

La consécration de la solidarité par le droit positif de l'Union dans ces trois dimensions, en tant qu'*objectif*, *valeur* ou *norme*, demeure faiblement déterminée sous l'angle normatif et, en définitive, lorsque la détermination normative est la plus forte, l'on pense à la clause de solidarité de l'article 222

sur son territoire, à la demande de ses autorités politiques, en cas de catastrophe naturelle ou d'origine humaine. 2. Si un État membre est l'objet d'une attaque terroriste ou la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine, les autres États membres lui portent assistance à la demande de ses autorités politiques. À cette fin, les États membres se coordonnent au sein du Conseil. 3. Les modalités de mise en œuvre par l'Union de la présente clause de solidarité sont définies par une décision adoptée par le Conseil, sur proposition conjointe de la Commission et du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. Lorsque cette décision a des implications dans le domaine de la défense, le Conseil statue conformément à l'article 31, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne. Le Parlement européen est informé. Dans le cadre du présent paragraphe, et sans préjudice de l'article 240, le Conseil est assisté par le comité politique et de sécurité, avec le soutien des structures développées dans le cadre de la politique de sécurité et de défense commune, et par le comité visé à l'article 71, qui lui présentent, le cas échéant, des avis conjoints. 4. Afin de permettre à l'Union et à ses États membres d'agir d'une manière efficace, le Conseil européen procède à une évaluation régulière des menaces auxquelles l'Union est confrontée ».

Voir, par ailleurs, la décision du Conseil n° 2014-415 du 24 juin 2014 concernant les modalités de mise en œuvre par l'Union de la clause de solidarité, *JOUE L* 192 du 1.7.2014, p. 53-58.

18 Art. 136 TFUE « : 1. Afin de contribuer au bon fonctionnement de l'union économique et monétaire et conformément aux dispositions pertinentes des traités, le Conseil adopte, conformément à la procédure pertinente parmi celles visées aux articles 121 et 126, à l'exception de la procédure prévue à l'article 126, paragraphe 14, des mesures concernant les États membres dont la monnaie est l'euro pour : a) renforcer la coordination et la surveillance de leur discipline budgétaire ; b) élaborer, pour ce qui les concerne, les orientations de politique économique, en veillant à ce qu'elles soient compatibles avec celles qui sont adoptées pour l'ensemble de l'Union, et en assurer la surveillance. 2. Seuls les membres du Conseil représentant les États membres dont la monnaie est l'euro prennent part au vote sur les mesures visées au paragraphe 1. La majorité qualifiée desdits membres se définit conformément à l'article 238, paragraphe 3, point a). 3. Les États membres dont la monnaie est l'euro peuvent instituer un mécanisme de stabilité qui sera activé si cela est indispensable pour préserver la stabilité de la zone euro dans son ensemble. L'octroi, au titre du mécanisme, de toute assistance financière nécessaire, sera subordonné à une stricte conditionnalité ». Voir, en particulier, pour une approche de cette stipulation sous l'angle de la solidarité : V. BOERGER, « How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area », *European Constitutional Law Review*, 2013, n° 9, p. 7-36.

du TFUE, elle s'accompagne d'un domaine d'application extrêmement réduit. Autrement dit, même si la solidarité peut être considérée comme un pilier de la construction européenne, elle n'est pas déterminée sous l'angle normatif de manière forte. La marge d'appréciation des États, comme d'ailleurs celle des institutions européennes et, en particulier, de la Cour de justice, est préservée. Cette plasticité de la contrainte sert aussi bien les premiers que les seconds même si, parmi ces dernières, le dernier mot est confié à la Cour de justice. Elle traduit tout à la fois une prudence vis-à-vis des États, qui apparaissent, ainsi, comme n'étant pas trop contraints par la solidarité européenne, tout en laissant à la Cour de justice le soin d'adapter, en fonction des situations, le degré de contrainte pesant sur les États au nom de cette même exigence de solidarité.

Sous cet angle, l'on ne peut que constater que, dans la jurisprudence de la Cour de justice, la solidarité occupe une place décisive dans la structure fondamentale de l'Union européenne. E. A. Marias a synthétisé quatre usages du principe de solidarité par la Cour de justice qui demeurent, aujourd'hui encore, pertinents :

- « (1) comme un principe découlant de la nature même de la Communauté ;
- (2) comme un principe dérivant de la notion de préférence communautaire ;
- (3) en tant que principe fondé sur l'assistance mutuelle mentionné dans divers articles des traités des Communautés européennes ;
- (4) en tant que principe émanant des obligations, tant positives que négatives, des articles 5 CEE et 192 CEEA (aujourd'hui art. 4 § 3 TUE) »¹⁹.

Même si la jurisprudence est ancienne, et qu'il n'existe pas d'illustrations récentes, la place accordée par la Cour de justice à la solidarité dans le système constitutionnel européen est considérable. Ainsi, le principe de la solidarité communautaire est « inscrit parmi les fondements de la Communauté »²⁰. La solidarité « est à la base de ces obligations comme de l'ensemble du système communautaire conformément à l'engagement stipulé par l'article 5 du traité »²¹, au point qu'un « manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les États membres du fait de leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire »²². Longtemps dépourvue de fondement normatif explicite dans les traités, la solidarité n'est pas moins un « fondement » immanent de la Communauté, qui se mêle, cependant, à des obligations prévues par les traités, comme, pour l'écrire de manière synthétique, l'obligation de coopération loyale des États. Le volet constitutionnel de la solidarité demeure aujourd'hui hors traités, si l'on considère que l'article 3 § 3 TFUE n'évoque la solidarité qu'en rapport avec la cohésion économique, sociale et territoriale, et que la solidarité ne fait pas l'objet d'une jurisprudence récente de la Cour. L'on peut toutefois considérer que la solidarité institutionnelle est aujourd'hui couverte par l'obligation de coopération loyale²³, telle qu'elle est formulée depuis le traité de Lisbonne dans l'article 4 § 3 première phrase du TUE.

19 E. A. MARIAS, « Solidarity as an Objective of the European Union and the European Community », *Legal Issues of European Integration*, vol. 21, no. 2, 1994, p. 88-89, p. 88 et s. pour l'explicitation de chacun de ces usages.

20 CJCE, 29 juin 1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV*, Aff. 77/77, § 15, ECLI:EU:C:1978:141.

21 CJCE, 10 décembre 1969, *Commission des Communautés européennes contre République française*, Aff. jointes 6 et 11-69, § 16, ECLI:EU:C:1969:68.

22 CJCE, 7 février 1973, *Commission c. Italie*, Aff. 39/72, § 25, ECLI:EU:C:1973:13. Voir également : CJCE, 7 février 1979, *Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Aff. 128/78, § 12, ECLI:EU:C:1979:3.

23 Voir pour la thèse de référence sur cette question, bien qu'ancienne : M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE : Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, t. 108, 1994, 502 p.

D'autre part, les deux sens de l'identité, *ipse* et *idem*, se retrouvent, en droit de l'Union, dans les traités. L'identité, c'est d'abord, ce qui en a fait le succès en termes de production doctrinale, l'article 4 § 2 du TUE, dans une rédaction issue du compromis consécutif à l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, le traité de Lisbonne maintenant la référence à l'identité, tout en excluant la primauté, en vertu duquel : « 2. L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

L'identité *ipse* est ensuite explicite dans l'article 17 du TFUE dans le rapport qu'entretient l'Union avec les églises, les associations ou communautés religieuses et il n'est plus question ici d'État²⁴.

Il faut encore ranger, dans cette perspective d'identité *ipse*, la référence par les traités au respect de la diversité des États sous l'angle culturel et linguistique (art. 3 § 3 TUE²⁵, éducation, formation professionnelle, jeunesse et sport, art. 165 TFUE²⁶, culture art. 167 § 4 TFUE²⁷, politique commerciale commune, art. 207 § 4 TFUE²⁸), des pratiques nationales (politiques sociales, art. 151 et 152 TFUE²⁹),

24 Art. 17 TFUE : « 1. L'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres. 2. L'Union respecte également le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les organisations philosophiques et non confessionnelles. 3. Reconnaisant leur identité et leur contribution spécifique, l'Union maintient un dialogue ouvert, transparent et régulier avec ces églises et organisations ».

25 Art. 3 § 3 TUE : « L'Union [...] respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen ».

26 Art. 165 TFUE : « 1. L'Union contribue au développement d'une éducation de qualité en encourageant la coopération entre États membres et, si nécessaire, en appuyant et en complétant leur action tout en respectant pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique ».

27 Art. 167 TFUE : « 4. L'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures ».

28 Art. 207 TFUE : « 3. Si des accords avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales doivent être négociés et conclus, l'article 218 est applicable, sous réserve des dispositions particulières du présent article.

La Commission présente des recommandations au Conseil, qui l'autorise à ouvrir les négociations nécessaires. Il appartient au Conseil et à la Commission de veiller à ce que les accords négociés soient compatibles avec les politiques et règles internes de l'Union. Ces négociations sont conduites par la Commission en consultation avec un comité spécial désigné par le Conseil pour l'assister dans cette tâche et dans le cadre des directives que le Conseil peut lui adresser. La Commission fait régulièrement rapport au comité spécial, ainsi qu'au Parlement européen, sur l'état d'avancement des négociations. 4. Pour la négociation et la conclusion des accords visés au paragraphe 3, le Conseil statue à la majorité qualifiée. Pour la négociation et la conclusion d'un accord dans les domaines du commerce de services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, ainsi que des investissements étrangers directs, le Conseil statue à l'unanimité lorsque cet accord comprend des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes. Le Conseil statue également à l'unanimité pour la négociation et la conclusion d'accords : a) dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels, lorsque ces accords risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union ; ».

29 Art. 151 TFUE : « L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions.

À cette fin, l'Union et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de l'Union. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché intérieur, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par les traités et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ».

Article 152 TFUE : « L'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie.

Le sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi contribue au dialogue social.

de leur région (environnement, art. 191 § 2 TFUE³⁰) ou de leur diversité nationale et régionale (culture, art. 167 TFUE³¹). Le respect de la diversité peut être lu comme un respect de l'identité *ipse* des États.

Enfin, plus largement, à chaque fois que le traité ou la jurisprudence de la Cour de justice permet d'échapper aux règles communes, il est question d'identité *ipse*. Tel est le cas, par exemple, en vertu du TFUE, en matière d'interdiction des restrictions quantitatives en matière de libre circulation des marchandises (art. 34 et 34 TFUE), de l'exception « justifiée par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale » (art. 36 TFUE) ou, en vertu de la jurisprudence de la Cour, en matière de libre circulation des personnes, de la restriction à cette liberté pouvant être justifiée si elle est fondée sur des considérations objectives d'intérêt général et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national. Il fait d'ailleurs sens que le respect de l'identité nationale de l'article 4 § 2 du TUE ait pu être également avancé à l'appui d'une dérogation à la libre circulation des personnes, en plus du respect de l'« ordre public »³² ou en tant qu'« intérêt légitime de nature à justifier » une restriction à la libre circulation³³. Dans cette dernière situation, les cas dans lesquels il est possible d'échapper à la règle commune, qui renvoie à l'identité *ipse*, sont clairement explicités, l'on y verra une revendication à des identités *spéciales*, différente de l'identité *générale* de l'article 4 § 2 du TUE.

L'on peut aussi penser, dans le prolongement d'une identité *ipse* permettant d'échapper au droit commun, mais sans doute de manière plus constructive au regard de l'intégration européenne, que cette identité peut plaider en l'occurrence, de manière « positive », en faveur d'une intégration différenciée entre les États³⁴.

L'identité *ipse* apparaît dans ces différentes situations comme une notion permettant d'échapper à la règle commune. Elle est ainsi intégrée à des énoncés normatifs justifiant que l'on puisse échapper à la règle commune dans la situation visée, l'identité *ipse*. Cette dernière situation ne saurait toutefois recouvrir que ce qui constitue le cœur de la spécificité de chaque État, leurs « structures fondamentales politiques et constitutionnelles », la culture ou la langue. La limite tirée de l'identité renvoie à la question de la préservation de ce qui fait le cœur de l'État.

30 Art. 191 TFUE : « 2. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant aux exigences en matière de protection de l'environnement comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union ».

31 Art. 167 TFUE : « 1. L'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun ».

32 Voir, par exemple : CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, Aff. C-208/09, § 81 et s., ECLI:EU:C:2010:806 ; 5 juin 2018, *Coman*, Aff. C-673/16, § 42, ECLI:EU:C:2018:385.

33 Voir, par exemple : CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, Aff. C-438/14, § 64, ECLI:EU:C:2016:401 ; 16 avril 2014, *Las*, C-202/11, § 27, ECLI:EU:C:2013:239.

34 Voir sur cette question: G. AMATO, « Solidarity, identity and Differentiated Integration in the European Union », *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 3, no. 1, 2009, p. 74-83.

L'identité n'est cependant pas seulement l'identité des États, l'identité *ipse*, c'est aussi l'identité de l'Europe et donc de ce qui a de commun aux États : l'Europe est identité *idem*. S'il faut cependant voir l'identité *idem* des États dans l'Europe, il est une notion qui synthétise parfaitement cette situation, il s'agit des traditions constitutionnelles communes aux États membres, consacrées par l'article 6 § 3 TUE, élément d'autant plus fédérateur qu'il apparaît, du moins si l'on situe l'identité *ipse* des États au niveau constitutionnel, comme l'exact opposé de l'identité constitutionnelle des États. À travers les traditions constitutionnelles communes, l'identité *idem* est une catégorie normative ouverte à travers les principes généraux du droit protégeant les droits fondamentaux.

Envisagées jusqu'à présent de manière séparée, on peut trouver une confrontation directe entre ces deux valeurs dans les traités et, plus exactement, la déclaration ad article 222 du TUE en vertu de laquelle : « Sans préjudice des mesures adoptées par l'Union pour s'acquitter de son obligation de solidarité à l'égard d'un État membre qui est l'objet d'une attaque terroriste ou la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine, aucune des dispositions de l'article 222 ne vise à porter atteinte au droit d'un autre État membre de choisir les moyens les plus appropriés pour s'acquitter de son obligation de solidarité à l'égard dudit État membre ». Il s'agit bien ici d'adapter les contraintes normatives imposées par la clause de solidarité en fonction de ce que l'État juge comme étant le moyen le plus approprié de s'acquitter de son obligation.

IV. Solidarité et identité, des valeurs aux équilibres normatifs

Sous l'angle des valeurs, de manière superficielle et sans aucune rigueur, l'on peut voir dans l'identité *idem* de l'Union européenne un facteur de renforcement de la solidarité entre les États. Plus ces derniers se reconnaissent dans l'identité européenne entendue comme un élément rassembleur, plus la solidarité se développe. Les processus d'adhésion à cette identité comme la construction de cette identité empruntent des schémas qui dépassent la seule analyse juridique et, sans doute, le droit n'est-il là que pour être le réceptacle des valeurs de l'Union européenne, sans que l'on ne puisse jamais imposer une identité commune aux États qui se révélerait dans l'identité de l'Union. Dans le prolongement, l'on peut considérer que l'identité *ipse*, et donc la revendication à sa propre spécificité pour échapper au commun, constitue une soupape de décompression aux mains des États qui permet, précisément, de préserver, en général, la solidarité. Un engagement solidaire peut sans doute d'autant plus perdurer que s'il est possible d'y échapper, parfois, ponctuellement, parce qu'est en cause un élément essentiel de l'État.

Ces dimensions n'occupent pas la même place sous l'angle juridique. L'identité européenne *idem* ne fait l'objet d'aucune norme particulière, l'on se saurait considérer que faire des traditions constitutionnelles communes une source de consécration des principes généraux du droit de l'Union suffit à construire une identité européenne, et ce sont donc essentiellement la solidarité et l'identité *ipse*, à savoir celle des États, qui concentrent le volet normatif de l'équilibre entre ces deux valeurs.

Sous l'angle normatif, l'on doit souligner que la formulation explicite, détaillée et précise dans les traités d'une clause générale d'action solidaire, avec la coopération loyale, et d'une clause générale de respect de l'identité³⁵ est consécutive au traité de Lisbonne. Autrement dit, ce qui n'était jusqu'alors affirmé que de manière ponctuelle, et ce pour les deux valeurs, si l'on exclut l'affirmation générale du principe de solidarité par la voie jurisprudentielle, l'est de manière générale, ce qui témoigne de nouveaux équilibres, même si les orientations sous-tendues par chacune de ces deux valeurs sont différentes : la solidarité réunit, alors que l'identité, du moins celle générale de l'article 4 § 2 du TUE, permet d'échapper aux obligations communes.

Il faut encore approfondir cette dimension juridique. Il faut voir dans la dichotomie solidarité/identité un équilibre normatif entre les exigences communes à tous, posées par le *centre*, et la préservation de chaque élément, relevant de la *périphérie*. Plus globalement, cet équilibre normatif peut être formulé à partir d'énoncés déontiques. Il serait ainsi question d'un équilibre entre des obligations et des interdictions d'agir, ce que nous synthétiserons par la formule de « *volet contraignant* », d'un côté, et des permissions et des habilitations d'agir, un « *volet permissif* », de l'autre, entre d'une part un ordre juridique global, l'État, et des ordres juridiques partiels de celui-ci, les entités décentralisées.

La *solidarité* apparaît ainsi pour les États sous l'angle du *contraignant* et, plus précisément, sous l'angle d'obligations de comportements pour les États, l'*identité* sous celui du *permissif* et, plus exactement, des permissions d'échapper à des normes obligeant à certains comportements, étant entendu que c'est l'*ordre global*³⁶, le *centre*, qui contraint ou qui permet les *ordres partiels*, la *périphérie*. Identité et solidarité sont deux instruments aux mains de l'ordre global, le droit de l'Union, pour équilibrer les tensions et les rapports de forces entre ce qu'il *impose* aux entités décentralisées, les États membres, et ce qui leur *permet*.

L'équilibre contraignant/permissif fait l'objet d'une concrétisation normative par le droit positif qui prend en compte les rapports de forces existant, les tensions entre le *centre* et la *périphérie*. Autrement dit, le droit positif est, dans la gestion de ces équilibres, contingent et dépend des données de fait qui doivent être saisies par le droit. L'on ne saurait proposer de modèle dans la répartition des contraintes et des permissions permettant de garantir l'équilibre entre le centre et la périphérie. Tout au plus, peut-on constater que, tel qu'il est prévu par les traités institutifs, l'équilibre solidarité/identité regroupe des clauses générales et des clauses particulières, autrement dit, une *obligation générale* de solidarité et des *obligations spéciales* de solidarité et, de la même manière, une *réserve générale* de l'identité et des *réserves spéciales* de l'identité. Il n'est pas anodin d'ailleurs de constater

35 Le respect par l'Union européenne de l'identité nationale est prévue dès 1992 dans l'article F § 1 du traité (« L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques », qui deviendra l'article F § 3 après Amsterdam, sous la formulation suivante « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres », puis article 6 § 3 après le traité de Nice, dans la même rédaction) Elle est donc antérieure au traité de Lisbonne mais, alors, l'Union et la Communauté sont deux entités distinctes ou plus exactement l'Union se superpose à la Communauté, mais seule l'Union est tenue respecter l'identité. De plus, la formulation de la clause du respect de l'identité est beaucoup plus brève que dans la formulation consécutive au traité de Lisbonne.

36 Et, plus précisément l'ordre répartiteur mais, afin de préserver l'intelligibilité générale et ne pas renvoyer à une autre question qui mériterait d'autres développements, et parce que les traités fondateurs de l'Union contiennent à la fois des normes de l'ordre répartiteur et des normes de l'ordre global, il est possible de s'autoriser ce raccourci. Voir cependant pour une présentation de l'ordre juridique de l'Union européenne à partir du triptyque ordre répartiteur, ordre global, ordres partiels : O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supraconstitutionnalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, n° 2, 1996, p. 171-185.

que dans l'équilibre contrainte/permission, la formulation normative dans le droit positif des obligations étatiques liées à la solidarité soit faiblement déterminée, dans son expression générale comme dans ses expressions spéciales, alors que celle des réserves est plus précise, y compris dans leur expression générale, il est question d'« identité nationale, inhérente (aux) structures fondamentales politiques et constitutionnelles » de l'État, dès lors qu'il s'agit de motifs permettant d'échapper à la règle commune. L'équilibre solidarité/identité comme ciment de la construction européenne est peut-être là : des contraintes normatives souples et plastiques liées à la solidarité pesant sur les États et une explicitation précise des motifs susceptibles d'être invoqués par ces derniers afin d'échapper à la règle commune sous l'angle de l'identité.

À s'engager dans une telle lecture, il est difficile de ne pas avoir à l'esprit le modèle de l'État fédéral et, plus largement, l'équilibre État/entités décentralisées au sein de celui-ci, l'équilibre entre *centralisation* par l'État et *décentralisation* des entités territorialisées, et donc l'étendue de l'autonomie normative de celles-ci, ou, pour le dire de manière plus précise, les rapports normatifs existant entre un ordre juridique global, l'État, et des ordres juridiques partiels, les entités décentralisées qui le composent. Afin de contextualiser la contingence des équilibres solidarité/identité, les exemples des États fédéraux paraissent pertinents dans la mesure où ils traduisent un équilibre centre/périphérie dans lequel le volet permissif accordé aux entités décentralisées est fort, plus fort qu'il ne l'est dans un État dit régional ou « unitaire », ce qui le rapproche le plus du modèle de l'Union européenne au sein duquel l'autonomie des entités décentralisées est très forte, « l'autonomie institutionnelle et procédurale », pour en retenir une illustration empruntant au vocabulaire de l'Union.

Sous cet angle de comparaison, il y a lieu de constater que si l'on trouve des illustrations de consécutions d'exigences normatives de solidarité dans les Constitutions d'États fédéraux, tel n'est pas le cas de l'identité.

Concernant la solidarité, s'il est vrai qu'il n'existe pas de référence à la solidarité entre les entités décentralisées dans la Constitution américaine du 17 septembre 1787 (art. IV en particulier relation aux relations des États entre eux et avec l'Union), l'on en retrouve en Allemagne et en Suisse. L'article 35 de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 consacre une clause de solidarité proche de celle de l'article 222 du TFUE, et, plus précisément, une clause d'entraide judiciaire et administrative, et d'aide en cas de catastrophe, alors que son article 37 pose une contrainte fédérale en cas de non-respect par un Land des obligations de caractère fédéral. Dans la Constitution suisse du 18 avril 1999, l'article 44 dispose que : « 1 La Confédération et les cantons s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches et collaborent entre eux. 2. Ils se doivent respect et assistance. Ils s'accordent réciproquement l'entraide administrative et l'entraide judiciaire. 3. Les différends entre les cantons ou entre les cantons et la Confédération sont, autant que possible, réglés par la négociation ou par la médiation ». En outre, son article 53 prévoit que la Confédération « intervient lorsque l'ordre est troublé ou menacé dans un canton et que celui-ci n'est pas en mesure de le préserver, seul ou avec l'aide d'autres cantons ».

L'on retrouve également des obligations de solidarité dans un État régional comme l'Espagne. Ainsi, la Constitution espagnole prévoit précisément une solidarité en général (article 2 de la Constitution du 27 décembre 1978), concrétisée, en particulier, par « l'établissement d'un équilibre économique approprié et juste entre les différentes » (article 138 § 1 de la même Constitution) communautés autonomes, qui constitue, précisément, un point d'achoppement entre les communautés autonomes riches et l'État central, au-delà même des querelles identitaires. Il faut y voir une volonté de l'État d'imposer aux entités décentralisées alors que, précisément, celles-ci résistent à cette solidarité. L'inscription de la solidarité dans la Constitution apparaît comme nécessaire face à la difficulté de disposer d'une solidarité réelle. Pour l'écrire de manière plus juridique, cette inscription permet d'imposer juridiquement des obligations aux entités décentralisées pour les maintenir dans une logique collective, sous la coupe de l'ordre juridique central.

Au regard de l'identité, la revendication de la spécificité d'une entité fédérée contre le droit fédéral constitue une méconnaissance de la primauté du droit fédéral, d'où l'absence de consécration normative d'une telle spécificité dans les Constitutions fédérales. Avec le droit de l'Union, l'identité peut être revendiquée contre la primauté, même si c'est en vertu du droit de l'Union lui-même qu'il est possible de le faire. Le droit de l'Union habilite lui-même les États à valablement opposer leur identité afin de ne pas appliquer le droit de l'Union et la portée de cette habilitation, quelles que soient les limites que cette habilitation implique pour l'application du droit de l'Union, est forte car elle européenise les *contre-limites* nationales³⁷ au respect du droit de l'Union en les transformant en droit de l'Union. Cette transformation confère ainsi le dernier mot à la Cour de justice dans la lecture de cette limite, c'est donc le droit de l'Union qui décide et qui apprécie, en dernier lieu, par le biais de l'organe juridictionnel central qu'il institue, de ce que peuvent être les éléments de l'identité des États susceptibles d'être valablement opposés au respect du droit de l'Union.

V. La mesure des équilibres solidarité/identité : entre possibles et pratiques

C'est sans doute du côté de cette singularité européenne de l'identité qu'il convient de rechercher la réponse au sujet qui nous est proposé dans l'équilibre « solidarité/identité » : incompatibilité indépassable ou binôme indispensable ? Des réponses peuvent être recherchées soit dans les *possibles*, soit dans la *pratique* de la revendication par les États dans un sens large de l'identité contre la solidarité. L'on peut dire encore que la pratique de la revendication de l'identité est sans doute conditionnée par le degré d'acceptabilité par l'État des contraintes qui pèsent sur celui-ci au nom du droit de l'Union. La revendication de l'identité sera d'autant moins forte que les contraintes seront acceptées. De plus, s'il existe une clause générale d'identité, justifiant que l'on puisse échapper au respect du droit de l'Union dans son ensemble, seul un motif, restrictif, le justifie. Ce n'est pas tout ce qui relève de l'identité de l'État qui est opposable, mais seulement ce qui remet en cause profondément

³⁷ Nous tiendrons pour acquise cette expression, issue de la doctrine italienne, qui entend désigner toutes les limites posées par le droit constitutionnel formel ou jurisprudentiel au respect du droit de l'Union dans l'ordre juridique national. Si le droit de l'Union apparaît comme une *limite* à la souveraineté de l'État, la limite à cette limite se révèle être une *contrelimite*.

ce qui caractérise l'État, ce qui participe de son ontologie. Dans cette perspective, la généralité des situations dans lesquelles l'identité peut être revendiquée est contrebalancée par le caractère réduit du motif susceptible d'être invoqué

Sous l'angle des *possibles*, il semble que ce soit sous l'angle juridictionnel que la revendication par l'État du respect de son identité puisse se concrétiser, la Cour de justice ayant le dernier mot pour juger du caractère valable de cette revendication. Cette revendication peut provenir des États pour échapper à leurs obligations, que ce soit dans le cadre du recours en manquement ou dans celui du renvoi préjudiciel en interprétation ou encore, dans ces situations, à l'appui de revendications dans d'autres affaires. Ce peut être également et, surtout, alors que la référence à l'identité renvoie aux *contre-limites* dégagées par les cours constitutionnelles nationales, même si celles-ci sont parfois plus larges³⁸, de la part de ces juridictions qu'un renvoi préjudiciel peut être utilisé pour assurer une compatibilité entre le droit de l'Union et cette identité. À partir du moment où les cours constitutionnelles se reconnaissent compétentes pour procéder à un renvoi préjudiciel, elles peuvent user pour désamorcer, du moins dans un premier temps, un potentiel conflit constitutionnel entre le droit de l'Union et la Constitution. Ce désamorçage peut d'ailleurs couvrir toutes les situations de conflits potentiels, au-delà de la question de l'identité constitutionnelle. L'on peut penser également que le renvoi préjudiciel peut être opéré par les juridictions de droit commun avant de soulever une question de constitutionnalité comme c'est le cas en France, selon la jurisprudence du Conseil d'État³⁹.

En tout état de cause, le *renvoi préjudiciel en appréciation de validité* peut être entrepris lorsqu'il existe soit un conflit du droit dérivé de l'Union contesté avec un principe du droit de l'Union équivalent à la disposition constitutionnelle invoquée, soit parce que ce même droit est en conflit avec un principe constitutionnel spécifique. Dans le premier cas, il s'agira d'invoquer la violation d'un principe du droit de l'Union équivalent au droit constitutionnel dont la violation est soutenue ; dans le second, celle de l'identité constitutionnelle de l'État au sens de l'article 4 § 2 du TUE. Une telle voie laisse entrevoir deux incertitudes : la première porte sur le choix de la Cour de justice d'invalider ou de ne pas invalider l'acte de droit dérivé contesté ; la seconde, en cas de validation par la Cour, sur le choix de la Cour constitutionnelle d'exercer un contrôle de constitutionnalité susceptible, le cas échéant, d'aboutir à une déclaration d'inconstitutionnalité, conflictuelle vis-à-vis du principe de primauté du droit de l'Union. Les équilibres sont fragiles et le rapport de force est significatif entre la Cour de justice et la Cour constitutionnelle de renvoi dans l'exercice respectif de leur office.

Le *renvoi préjudiciel en interprétation* peut être également une voie procédurale utilisable afin d'obtenir une interprétation du droit de l'Union en conformité avec l'identité nationale. L'éventuel refus de la Cour de justice de procéder à une interprétation du droit de l'Union conforme à cette identité laisse également ouverte la possibilité pour la Cour constitutionnelle d'invalider l'acte de droit dérivé concerné. Dans cette situation, la demande d'interprétation conforme par le biais du renvoi préjudiciel présuppose une incompatibilité avec l'identité nationale.

38 Pensons seulement au contrôle de l'*ultra vires* revendiqué par la Cour constitutionnelle fédérale allemande à l'encontre d'acte dérivé du droit de l'Union qui dépasserait les compétences reconnues par les traités sur l'Union européenne.

39 CE, Ass., 31 mai 2016, *Jacob*, n° 393881.

Au-delà des possibles identifiées, la *pratique* des renvois préjudiciels des cours constitutionnelles en général et ceux qui utilisent, plus spécifiquement, l'identité nationale est quelque peu décevante, du moins si l'on voyait dans l'identité une nouvelle clé dans l'articulation des rapports de systèmes. Du côté des cours constitutionnelles, le renvoi préjudiciel a pu être mobilisé pour apprécier la validité d'un acte de droit dérivé avant d'exercer un éventuel contrôle de constitutionnalité⁴⁰, pour obtenir l'interprétation du droit de l'Union⁴¹, pour apprécier le lien de nécessité existant entre le droit national et le droit de l'Union⁴² ou pour solliciter une interprétation du droit de l'Union conforme à la Constitution⁴³. Face à ces différentes situations, la Cour de justice a pu refuser une interprétation du droit de l'Union conforme à la Constitution d'un État⁴⁴, nuancer une interprétation antérieure pour éviter un conflit avec la Constitution⁴⁵ ou refuser de prononcer l'invalidité du droit de l'Union face à un risque de contrôle de constitutionnalité⁴⁶. Pourtant, dans aucune de ces situations, il n'a été question d'identité nationale au sens de l'article 4 § 2 du TUE comme clé de voûte des rapports de systèmes. Plus précisément, les conflits systémiques tels qu'ils sont formalisés par les cours constitutionnelles dans les questions préjudicielles posées à la Cour de justice ne convoquent pas l'identité nationale telle qu'elle est consacrée par le droit de l'Union européenne, même s'il en est parfois question d'identité dans la motivation des décisions de renvoi⁴⁷. L'identité nationale n'est pas utilisée dans les questions préjudicielles pour fonder les éventuelles limites à l'application du droit de l'Union.

Pour autant, l'identité nationale n'est pas absente de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne mais, conformément à ce que nous venons de constater, jamais lorsqu'elle a été saisie par une Cour constitutionnelle. À partir d'une recherche par mots-clés sur la base de données de la Cour de justice des termes « identité nationale »⁴⁸, 17 arrêts de celles-ci sont dénombrés,

40 Au regard de la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour contrôler l'« ultra vires » européen : CCFA, 14 janvier 2014, *Outright Monetary Transactions*, OMT, 2 BvR 2728/13 e.a., *Recueil BVerfGE* 134, p. 366 ; voir sur cette décision : S. PEYROU, « Cour constitutionnelle allemande et pouvoirs de la banque centrale européenne : le premier renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne (décision du 14 janvier 2014) », *RFDC*, 2015/1, n° 101, p. 145-163 ; CJUE, 16 mai 2015, *Gauweiler e.a.*, Aff. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400. De manière générique, considérant qu'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité n'est pas nécessaire à l'examen de la question de constitutionnalité : n° 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, *M. Vincent R. [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité]*, cons. 4.

41 Pour une référence générique à un renvoi préjudiciel en interprétation qui serait nécessaire avant de résoudre une question de constitutionnalité : CC, n° 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*, cons. 8.

42 CC, n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]* et CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, Aff. C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358.

43 TCE, 9 juin 2011, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscal* et CJUE, 26 février 2013, Aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

CCI, n° 24, 26 janvier 2017, *Taricco*.

44 CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministero Fiscal*, Aff. C-399/11, *précit.*

45 CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, Aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936. Voir pour une lecture radicale de l'assouplissement de la jurisprudence de la Cour de justice afin de préserver le respect des principes suprêmes de la Constitution italienne : E. DUBOUT, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *RTD eur.*, p. 563-586.

46 CJUE, 16 juin 2015, *Gauweiler e.a.*, Aff. C-62/14, *précit.* La Cour constitutionnelle fédérale Allemagne acceptant ensuite, suite à la réponse de la Cour, d'admettre, sous certaines conditions, que l'*ultra vires* dénoncé n'en était finalement pas un (CCFA, 21 juin 2016 – 2 BvR 2728/13 e.a., *Recueil BVerfGE* 142, p. 123, voir : C. LANGENFELD, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union », *Titre VII*, 2019/1, n° 2, p. 69-80).

47 Voir, par exemple : CCI, n° 115, 10 avril 2018, *in diritto* § 11.

48 Ce qui implique toutefois d'écarter les arrêts dans lesquels les termes renvoient à une « carte d'identité... nationale » (CJUE, 2 septembre 2015, *CGIL et INCA*, Aff. C-309/14, ECLI:EU:C:2015:523 ; TUE ; 11 septembre 2019, *Othman Conseil*, Aff. T-58/19, ECLI:EU:T:2019:593) ou à l'existence d'un ministre (CJUE, 14 juin 2012, *ANAFE*, Aff. C-606/10, ECLI:EU:C:2012:348) ou un sous-directeur (TUE, 30 juin 2016, *CW Conseil*, Aff. T-224/14, ECLI:EU:T:2016:375) de « l'identité nationale ».

dont 11 questions préjudicielles, 10 en interprétation⁴⁹ et une en appréciation de validité⁵⁰, 1 recours en annulation⁵¹ et 5 recours en manquement⁵² ainsi que 6 jugements du Tribunal de l'Union européenne, dont 5 recours en annulation⁵³ et 1 recours en carence⁵⁴.

La jurisprudence ainsi rendue ne fournit que des enseignements limités sur l'usage par la Cour et, dans un sens large, par les « États », de l'identité. Les juridictions nationales peuvent demander, par la voie préjudicielle, une interprétation du droit de l'Union conforme à l'identité nationale telle qu'elle est consacrée par l'article 4 § 2 du TUE⁵⁵. Il est encore, et surtout, invoqué par les États dans le cadre d'un recours au manquement⁵⁶, et même dans celui du renvoi préjudiciel⁵⁷, qu'ils soient ou non directement concernés par l'affaire, c'est-à-dire y compris par le biais d'observations déposées dans une affaire, pour échapper, respectivement, à une condamnation ou pour appuyer une revendication à une marge d'action. La Commission européenne a encore pu s'y référer devant la Cour dans un arrêt en manquement⁵⁸. La Cour de justice a pu elle-même recourir à l'identité nationale pour reconnaître, en vertu du droit de l'Union, l'autonomie de l'État en matière de répartition des compétences en son sein⁵⁹.

Sur l'identification de ce qui peut être valablement revendiqué au titre de l'« identité nationale », il faut mentionner « la répartition des compétences au sein d'un État membre »⁶⁰, les « structures fondamentales politiques et constitutionnelles » et les « fonctions essentielles » de l'État⁶¹, la « forme républicaine de l'État »⁶² ou « la protection officielle de la langue nationale de l'État »⁶³. La Cour a pu admettre, suivie en l'occurrence par le gouvernement de l'État en question, qu'une norme constitutionnelle ne relevait pas, du seul fait qu'elle soit formellement constitutionnelle, de l'identité nationale de l'État, à propos d'une disposition constitutionnelle subordonnant l'accès à la profession d'avocat à l'obtention d'un concours⁶⁴. Autrement dit, le respect de l'identité nationale ne signifie

49 CJUE, 18 juin 2020, *Porin kaupunki*, Aff. C-328/19, ECLI:EU:C:2020:483 ; 13 juin 2019, *Correia Moreira*, Aff. C-317/18, ECLI:EU:C:2020:45 ; 5 juin 2018, *Coman e.a.*, Aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 ; 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, Aff. C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401 ; 21 décembre 2016, *Remondis*, Aff. C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 ; 12 juin 2014, *Digibet et Albers*, Aff. C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756 ; 16 avril 2014, *Las*, Aff. C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239 ; 1^{er} mars 2012, *O'Brien*, Aff. C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110 ; 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, Aff. C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291 ; 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, Aff. C-208/09, précit.

50 CJUE, 17 juillet 2014, *Torresi*, Aff. C-58/13, ECLI:EU:C:2014:2088.

51 CJUE, 4 mars 2004, *Allemagne/Commission*, Aff. C-344/01, ECLI:EU:C:2004:121.

52 CJUE, 3 septembre 2014, *Commission Espagne*, Aff. C-127/12, ECLI:EU:C:2014:2130 ; 16 octobre 2012, *Hongrie/Slovaquie*, Aff. C-364/10, ECLI:EU:C:2012:630 ; 24 mai 2011, *Commission/Luxembourg*, Aff. C-51/08, ECLI:EU:C:2011:336 ; 12 septembre 2006, *Espagne/Royaume-Uni*, Aff. C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543 ; 2 juillet 1996, *Commission/Luxembourg*, Aff. C-473/93, ECLI:EU:C:1996:263.

53 TUE, 28 février 2019, *Région de Bruxelles-Capitale/Commission*, Aff. T-178/18, ECLI:EU:T:2019:130 ; 24 septembre 2019, *Roumanie/Commission*, Aff. T-391/17, ECLI:EU:T:2019:672 ; 10 mai 2016, *Izsák et Dabis/Commission*, Aff. T-529/13, ECLI:EU:T:2016:282 ; ord., 6 mars 2012, *Northern Ireland Department of Agriculture and Rural Development/Commission*, Aff. T-453/10, ECLI:EU:T:2012:106 ; 20 novembre 2008, *Italie/Commission*, Aff. T-185/05, ECLI:EU:T:2008:519.

54 TUE, ord., 17 juillet 2020, *Wagenknecht / Conseil européen*, Aff. T-715/19, ECLI:EU:T:2020:340.

55 CJUE, 18 juin 2020, *Porin kaupunki*, précit. ; 13 juin 2019, *Correia Moreira*, précit. ; 17 juillet 2014, *Torresi*, précit.

56 CJUE, 3 septembre 2014, *Commission Espagne*, précit. ; 16 avril 2014, *Las*, précit. ; 16 octobre 2012, *Hongrie/Slovaquie*, précit. ; 24 mai 2011, *Commission/Luxembourg*, précit. ; 4 mars 2004, *Allemagne/Commission*, précit. ; 2 juillet 1996, *Commission/Luxembourg*, précit.

57 CJUE, 5 juin 2018, *Coman e.a.*, précit. ; 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, précit. ; 1^{er} mars 2012, *O'Brien*, précit. ; 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, précit. ; 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, précit.

58 CJUE, 12 septembre 2006, *Espagne/Royaume-Uni*, précit.

59 CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis*, précit., § 40 ; 12 juin 2014, *Digibet et Albers*, précit., § 34.

60 CJUE, 18 juin 2020, *Porin kaupunki*, précit., § 46 ; 21 décembre 2016, *Remondis*, précit., § 40 ; 12 juin 2014, *Digibet et Albers*, précit., § 34.

61 CJUE, 17 juillet 2014, *Torresi*, précit., § 58 (interprétation *a contrario*).

62 CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, précit., § 92.

63 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, précit., § 86.

64 CJUE, 17 juillet 2014, *Torresi*, précit.

pas, *ipso facto*, le respect des dispositions constitutionnelles d'un État, si celles-ci ne concernent pas les « structures fondamentales politiques et constitutionnelles » ou des « fonctions essentielles » de l'État⁶⁵.

Si l'on se tourne du côté de la jurisprudence du Tribunal et, surtout, de la singularité des situations par rapport à celles qu'a connues la Cour, on retiendra que l'identité constitutionnelle a pu être mobilisée pour rejeter un recours en carence⁶⁶ ou invoquée à l'appui d'un recours en annulation⁶⁷ ou utilisée par la Cour dans le cadre d'un tel recours⁶⁸ ou encore, revendiquée par un État, et plus exactement l'autonomie régionale, dans le cadre d'un tel recours pour que soit reconnu recevable un recours exercé par une autorité locale⁶⁹.

De manière synthétique, l'identité nationale, en tant que réserve générale à l'application du droit de l'Union, n'apparaît pas comme un instrument mobilisé de manière significative devant le juge de l'Union par les États, dans un sens large, pour échapper au droit commun de l'Union européenne au nom du respect de leur spécificité. Il faut sans doute constater là que l'identité *ipse* est sans doute plus fréquemment mobilisée par les États de manière ponctuelle, en tant que *réserve spéciale*, à chaque fois que le droit de l'Union permet d'échapper à la règle commune au nom d'un intérêt légitime ou de l'ordre public, notamment pour déroger au principe de libre circulation. L'identité *ipse* est une revendication sectorielle, en fonction des domaines spécifiques couverts par le droit de l'Union, plutôt que générale, à travers l'affirmation de l'article 4 § 2 du TUE.

À conclure par un aphorisme sans nuance, l'on pourrait se risquer à une réécriture de l'intitulé de cette contribution : *solidarité et identité, un binôme indispensable pour surmonter les incompatibilités inévitables*.

65 CJUE, 17 juillet 2014, *Torresi*, précit., § 58 (interprétation *a contrario*).

66 TUE, ord., 17 juillet 2020, *Wagenknecht / Conseil européen*, précit.

67 TUE, 28 février 2019, *Région de Bruxelles-Capitale/Commission*, précit. ; 24 septembre 2019, *Roumanie/Commission*, précit. ; 20 novembre 2008, *Italie/Commission*, précit.

68 TUE, 10 mai 2016, *Izsák et Dabis/Commission*, précit.

69 TUE, ord., 6 mars 2012, *Northern Ireland Department of Agriculture and Rural Development/Commission*, précit.