

CHRONIQUE DE DROIT CONSTITUTIONNEL ALLEMAND¹

Mai 2016/Janvier 2017

*Alexis FOURMONT, Docteur en droit public de l'Université
Panthéon-Assas Paris II*

Sur le fondement de l'article 93-1 de la Loi fondamentale (LF), la Cour de Karlsruhe statue sur l'interprétation de la Loi fondamentale, « à l'occasion de litiges [portant] sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême, ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême ». Tourmentée par « le spectre des conflits constitutionnels »², la République fédérale d'Allemagne a établi cette procédure de l'*Organstreit* dès 1949. Par ce biais, il s'agissait d'assujettir au droit l'ensemble du jeu institutionnel, en ne négligeant aucune lacune que la pratique pourrait dévoiler. Sans équivalent en France, ce mécanisme est le fruit d'une très ancienne tradition remontant à l'ère du *Konstitutionalismus*³. Dès le XIX^e siècle, de remarquables précédents en ont préparé le terrain, avant que cette procédure ne se généralise sous la République de Weimar. Lorsque les *Länder* ne disposaient pas de cour constitutionnelle ni de recours analogue, il revenait à une juridiction fédérale de statuer.

Désormais, les organes constitutionnels (comme le Gouvernement fédéral, le Bundestag, et le Bundesrat) disposent de la faculté de saisir la Cour de Karlsruhe au titre du litige inter-organes. Tel est également le cas des « autres parties » pourvues de prérogatives propres par la Loi fondamentale, ou encore par le règlement intérieur d'un organe suprême comme celui de la Diète. De ce point de vue, le cercle des (possibles) bénéficiaires de cette faculté s'agrandit sensiblement, puisque cela concerne diverses minorités qualifiées de députés. Il peut s'agir tantôt d'un seul et unique membre de la Diète, parfois d'un quart d'entre eux, quelquefois d'un tiers des élus, et dans d'autres cas du porte-parole d'un groupe, ou bien encore de chaque groupe. Il en va de même s'agissant des députés considérés isolément, des commissions, ainsi que des groupes et des groupements parlementaires. La violation de l'un de leurs droits statutaires (*Statusrechte*) constitue le prérequis au déclenchement de la procédure de l'*Organstreit*.

¹ Je remercie chaleureusement Monsieur le Professeur Antoine Basset pour sa relecture.

² A. LE DIVELLE, « Des conflits constitutionnels dans un État constitutionnel : le mécanisme des litiges entre organes devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », in J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels*, PUR, 2010, p. 99.

³ À cet égard, voir J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, PUF, 2002.

Selon une jurisprudence constante⁴, les partis politiques possèdent la faculté de saisir les juges de Karlsruhe d'un différend de cet ordre. Les « démembrements d'un organe constitutionnel » (*Organteile*) sont également habilités à faire valoir les attributions dudit organe (§ 63 et 64 BVerfGG)⁵. Parmi ceux-ci, l'on retrouve les groupes parlementaires⁶, par le biais desquels l'opposition agit généralement pour mettre en cause les pratiques du couple majoritaire, allant parfois à l'encontre de l'égalité des chances, ou bien de la participation des minorités à la détermination de la volonté générale et des activités de contrôle. Cette dernière catégorie de requérants comprend également les groupements⁷, ainsi que les présidents du Bundestag⁸ et du Bundesrat, lesquels peuvent tout à fait être hostiles à la coalition majoritaire. L'opposition de la Diète fédérale déclenche assez régulièrement l'arbitrage de la Cour constitutionnelle fédérale, à tel point que celle-ci considère l'*Organstreit* comme une « protection pour la minorité parlementaire incarnée dans les groupes »⁹.

Ainsi les différends constitutionnels sont-ils susceptibles d'être tranchés par cette voie, ce qui est absolument fondamental, puisque le fait majoritaire est loin d'être neutre s'agissant du « rendement »¹⁰ du droit. De la sorte, il est possible de contester « utilement » la concrétisation du droit écrit, ce qui est impossible en France. Le litige inter-organes constitue un vecteur privilégié de la *Rechtsfortbildung* (c'est-à-dire du « développement du droit »), à laquelle se livre ponctuellement la Cour constitutionnelle fédérale. Au titre de l'*Organstreit*, celle-ci s'est dernièrement penchée sur le thème des droits de l'opposition siégeant au Bundestag (I), sur la Commission dite G 10 (III), ainsi que sur le NSA (IV). Dans le cadre d'autres procédures, le Tribunal s'est, par ailleurs, prononcé sur la notion d'identité constitutionnelle lors de la décision dite OMT (II), puis à propos de la demande d'interdiction du NPD en vertu de la procédure prévue à l'article 21-2 LF (V).

⁴ En ce sens, BVerfGE 44, 125 du 2 mars 1977 ; 60, 53 du 9 février 1982 ; 73, 1 du 14 juillet 1986 ; 73, 40 du 14 juillet 1986.

⁵ De la sorte, le SPD et le FDP s'étaient enquis de l'envoi de troupes militaires en Somalie, sans que le Bundestag ait été préalablement consulté. Ce faisant, ces groupes ont œuvré à la défense des droits et prérogatives du Parlement fédéral dans son ensemble (BVerfGE 90, 286 du 12 juillet 1994).

⁶ BVerfGE 1, 372 du 29 juillet 1972 ; 2, 143 du 7 mars 1953 ; 2, 347 du 30 juin 1953 ; 45, 1 du 25 mai 1977 ; 60, 319 du 24 avril 1982 ; 68, 1 du 14 décembre 1984 ; 90, 286 du 12 juillet 1992.

⁷ BVerfGE 84, 304 du 16 juillet 1991.

⁸ BVerfGE 60, 374 du 2 juin 1982.

⁹ BVerfGE 68, 1 du 18 décembre 1984, § 123.

¹⁰ Au sens d'efficacité concrète. En ce sens, voir B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC*, Vol. 1, n° 4, p. 397.

I. Les limites du principe d'« opposition effective » – décision 2 BvE 4/14 du 03 mai 2016¹¹

Reconnus à divers quorums de députés, sans que leur appartenance politique n'entre en ligne de compte, les droits de la minorité (*Minderheitenrechte*) permettent aux parlementaires d'être à l'initiative et de ne pas être réduits à réagir face aux entreprises du cabinet. Tandis que certains de ces droits sont absolus, la majorité ne pouvant entraver les actions des minorités (comme la création d'une commission d'enquête, ce qui est loin d'être le cas en France), d'autres sont dotés d'une portée plus relative. Alliés à la tendance consensuelle des acteurs politiques allemands, ces droits collectifs tendent à renforcer sensiblement la centralité du Bundestag au sein du système politique, mais les seuils s'avèrent être parfois trop élevés pour les formations les plus marginales (comme les Verts, *Die Linke* ou, avant la XVIII^e législature, le FDP). Tel est *a fortiori* le cas en période de « grande coalition » (*große Koalition*).

L'actuelle législature (2013-2017) connaît une configuration de cette sorte : ainsi les Verts et *Die Linke* s'opposent-ils à la majorité, constituée de deux grands partis de masse (*Volksparteien*) que sont l'Union (CDU/CSU) et le SPD. La traditionnelle faiblesse numérique des deux premières formations les empêche de se saisir de certains instruments du droit parlementaire, en particulier les prérogatives requérant au minimum un quart des membres de la Diète. En d'autres termes, les droits de susciter une enquête parlementaire, de déclencher le contrôle abstrait d'une norme, et de déposer une motion de défiance constructive ne peuvent guère être actionnés en temps de « grande coalition » par l'opposition. Le droit formel allemand n'offrant pas toujours des garanties suffisantes, le Règlement du Bundestag a dernièrement été révisé, afin d'y introduire des dérogations aux règles prévalant d'ordinaire. Selon le § 126-a GOBT, disposition transitoire et propre à la XVIII^e législature, la plupart des prérogatives nécessitant d'ordinaire l'acquiescement d'un quart des députés est désormais accessible à 120 élus, ou bien aux groupes d'opposition en commission, pourvu que leurs membres soient tous d'accord. Le Bundestag a certes (temporairement) pris acte de l'impuissance des opposants en cas de « grande coalition », mais *Die Linke* n'a pas jugé cette évolution suffisamment satisfaisante.

Saisie par cette formation en vue de contraindre la majorité à l'amélioration du régime juridique de l'opposition, la Cour constitutionnelle fédérale a dernièrement rendu sa décision. Si la plupart des recours de *Die Linke* ont été admis, les juges ont néanmoins déçu les espoirs de la requérante, puisqu'ils n'y ont pas fait droit. Selon la juridiction, la Loi fondamentale ne fonde explicitement aucun droit spécifique au bénéfice des groupes d'opposition siégeant au sein de la Diète fédérale. L'édiction d'un tel statut ne saurait pas davantage en dériver. Certes la Loi fondamentale contient un principe général d'« opposition effective » (*effektive*

¹¹ Pour davantage de détails, voir A. LE DIVELLEC, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, LGDJ, 2004, p. 399 sq. Voir également notre thèse de doctorat : *L'opposition parlementaire en droit constitutionnel allemand et français*, 2016, Université Panthéon-Assas Paris II (p. 301 sq.).

Opposition), concrétisé par le Tribunal de Karlsruhe au gré de ses décisions, mais ce principe n'englobe « pas d'impératif [de création] de droits spécifiques aux groupes d'opposition » (*kein Gebot spezifischer Oppositionsfraktionsrechte*). Pourtant, relèvent les juges, la protection constitutionnelle de l'opposition plonge ses racines dans le principe même de démocratie (*Demokratieprinzip*). Du principe majoritaire et des droits parlementaires de la minorité découlent le respect de la décision de la majorité parlementaire et la garantie d'une chance (réaliste) de la minorité parlementaire de devenir majoritaire. L'idée d'une compétition ouverte entre les différentes forces politiques sous-tend cette représentation et présuppose que l'opposition ne sera pas annihilée par ses rivaux. De ce point de vue, la formation et la pratique d'une opposition politique organisée est considérée comme « constitutive de l'ordre fondamental libéral-démocratique » (*konstitutiv für die freiheitliche demokratische Grundordnung*).

Ancré dans le principe de l'État de droit, le précepte de distribution des pouvoirs doit, selon le Tribunal constitutionnel, prendre en compte les conditions du fonctionnement du système de gouvernement parlementaire, telles qu'elles sont établies par la Loi fondamentale et concrétisées en pratique. Ainsi la formation d'une majorité stable et son concours durable sont-ils présentés comme le préalable à un Gouvernement capable d'agir. Quant à eux, les députés et les groupes qui ne le soutiennent pas en sont « les adversaires naturels » (*die natürlichen Gegenspieler*). Afin que l'opposition puisse remplir sa fonction de contrôle, les droits de la minorité prévus dans la Loi fondamentale (art. 23, 1 ; 39, 3 ; 44, 1 ; 45, 2 et 93, 1) constituent autant de ressources essentielles. Le rôle central de la minorité opposante se reflète dans sa faculté d'initier un contrôle abstrait des normes¹², ainsi que dans la possibilité d'être partie à un litige inter-organes. De la sorte, la « minorité parlementaire organisée comme adversaire de la majorité gouvernementale » (*organisierte parlamentarische Minderheit als Gegenspieler der Regierungsmehrheit*) est à même de faire valoir les droits du Bundestag et, par conséquent, de rendre effectif le contrôle parlementaire.

Malgré tout, le droit à l'opposition – tant structurelle que de situation – contre la ligne politique du Gouvernement et de ses soutiens demeure une prérogative fondamentalement individuelle. Cette possibilité découle de la liberté et de l'égalité des députés (art. 38 LF). En tant que représentants de *tout* le peuple, ceux-ci ne sont pas liés par les éventuelles instructions de leurs électeurs. Ils ne sont soumis qu'à leur conscience. Cette liberté, « d'une signification particulière pour l'opposition » selon la Cour, est également assurée par l'irresponsabilité et l'immunité (art. 46 LF), ainsi que par le droit des députés de refuser de témoigner (art. 47 LF).

Par surcroît, conformément à sa jurisprudence¹³, le Tribunal de Karlsruhe estime que la Loi fondamentale ne réserve aucun traitement juridique propre aux groupes d'opposition de la Diète fédérale. Le juge constitutionnel ne considère pas

¹² Celle-ci est reconnue à un tiers des membres la Diète fédérale ainsi qu'aux Gouvernements des *Länder* qui sont hostiles au Gouvernement fédéral.

¹³ En ce sens, voir notamment BVerfGE 2, 143 du 07 mars 1953.

l'opposition parlementaire comme un démembrement à part entière du Bundestag. Le plus souvent, ce n'est qu'indirectement qu'elle est saisie par le droit allemand, c'est-à-dire par le biais des groupes, des minorités qualifiées, ou bien encore des députés eux-mêmes. Les membres du Bundestag doivent atteindre des quorums déterminés, en fonction des prérogatives qu'ils souhaitent actionner. Au sein de l'ordre constitutionnel, aucune disposition n'instaure de droits au bénéfice exclusif de certains groupes, comme les formations d'opposition. D'après la Cour, la Loi fondamentale ne limite pas la possibilité de l'exercice des droits parlementaires de la minorité aux seuls acteurs oppositionnels – comme les groupes d'opposition –, mais les ouvre à tous les députés atteignant les quorums prévus, sans aucun égard pour leur couleur politique.

Par ailleurs, l'introduction de droits spécifiques au profit des groupes d'opposition irait à l'encontre de l'égalité des députés et de leurs regroupements (art. 38 LF). Chaque député est appelé à prendre part au travail du Bundestag, à ses débats, ainsi qu'à ses décisions. Cela concerne notamment la fonction de contrôle du Parlement à l'égard du Gouvernement. Par conséquent, l'éventualité de l'opposition est également ouverte aux députés qui soutiennent durablement le Gouvernement. Ces règles valent également pour les groupes. Une rupture du principe d'égalité des députés et de leurs regroupements n'est constitutionnellement justifiée que par la survenance de raisons particulières, lesquelles sont prévues et, ce faisant, légitimées par la Loi fondamentale. Ce type d'atteinte doit être « équilibré ». En l'espèce, estime toutefois la Cour constitutionnelle fédérale, aucune raison à un traitement préférentiel des députés de l'opposition (par rapport à ceux de la majorité) n'apparaît. Il en va de même s'agissant d'une différence dans le régime juridique de leurs regroupements respectifs. À cet égard, la réticence concrète des élus de la majorité au contrôle *public* du Gouvernement ne justifie nullement leur exclusion de l'exercice de certains droits de la minorité¹⁴. La mention des fonctions particulières de l'opposition parlementaire ne justifie pas davantage l'inégalité souhaitée par *Die Linke*. L'instauration de droits particuliers au bénéfice de l'opposition parlementaire aurait pour effet de discriminer les élus de la majorité, en les plaçant dans une situation défavorisée par rapport à leurs adversaires, et, par suite, d'affaiblir le « contrôle interne » (*interne Kontrolle*) et officieux qu'ils accomplissent en permanence vis-à-vis du Gouvernement.

D'autres arguments sont réfutés par la Cour constitutionnelle fédérale. Selon les juges, un abaissement des quorums prévus par la Loi fondamentale est impossible, y compris à travers une exégèse – respectueuse de l'égalité de tous les élus – prenant en considération l'impossibilité pratique d'exercer certains droits de

¹⁴ Au sujet des différentes formes du contrôle parlementaire, pratiquées tant par la majorité que par l'opposition, voir A. LE DIVELLEC, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, p. 421 ; « Des effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, n° 134, p. 123-139 : les fonctions législative et de contrôle sont liées, et ceci dès la préparation des textes de loi en raison de la concertation avec la majorité. Ensuite, il arrive que des procédures de contrôle soient utilisées, comme les résolutions. Les assemblées se caractérisent aussi par la réécriture des lois, afin de les adapter. Parfois, le cabinet anticipe les réactions de ses soutiens, si bien que d'aucuns évoquent une « co-direction ». Tel est spécialement le cas au-delà du Rhin. Néanmoins, il s'agit tout au plus d'« une contribution à la régulation de l'activité de la majorité gouvernementale » (A. LE DIVELLEC, *ibid.*, p. 319 sq.).

la minorité, lorsque les forces de l'opposition se trouvent dans une situation d'extrême faiblesse numérique. La teneur de la Loi fondamentale exclut la voie d'une interprétation (constructive) allant dans le sens d'une réduction téléologique des quorums. Il n'existe pas de norme susceptible de fonder un raisonnement de ce type.

Par surcroît, il ne saurait être question de quelque « mutation constitutionnelle » (*Verfassungswandel*)¹⁵ : la possibilité d'une « grande coalition » au Bundestag existe depuis la première législature, ce qui a pour conséquence que certains quorums soient trop élevés pour les groupes qui ne soutiennent pas le Gouvernement. Cette éventualité s'est effectivement réalisée à plusieurs reprises. Mais, expliquent les juges, les quorums tendent à renforcer la stabilité des rapports politiques effectifs et, par suite, l'efficacité du système de gouvernement établi en 1949.

Invoqué par *Die Linke*, le thème du « droit constitutionnel inconstitutionnel » (*die [...] Rechtsfigur verfassungswidrigen Verfassungsrechts*) ne convainc pas plus le Tribunal de Karlsruhe. En effet, la Loi fondamentale ne peut se comprendre que comme une « unité » (*Einheit*). Cela exclut de distinguer une hiérarchie des normes constitutionnelles, suivant laquelle certaines règles seraient supérieures à d'autres. À cet égard, la référence (par la requérante) à la constellation particulière de la « clause d'éternité » (*Ewigkeitsklausel*) prévue à l'article 79 LF n'est pas pertinente ici. Dans cette mesure, expliquent les juges, les quorums prévus dans la Constitution représentent la concrétisation du principe d'« opposition effective », voulue par le pouvoir constituant, puis par le pouvoir de révision.

Un abaissement des seuils ne constitue « pas une nécessité ». De l'histoire de ces dispositions ne transparaît aucune « lacune juridique » (*Regelungslücke*). Ce système résulte du vœu de ne pas laisser place à d'éventuels abus, en conjurant le souvenir du mésusage systématique des ressources du droit parlementaire durant la République de Weimar¹⁶. L'obstruction principielle des communistes et des nazis avait eu raison du régime. L'argument tiré de l'évolution du système politique vers le multipartisme ne convainc pas les juges, puisque le (malheureux) précédent weimarien demeurerait dans les mémoires en 1949. Par surcroît, de nombreux partis étaient, à cette époque, représentés au Parlement. Le pouvoir de révision n'a pas jugé utile de revoir le cadre constitutionnel en vigueur, et cela ni en 1983 avec le passage de quatre à cinq formations siégeant à la Diète ni en 1990 avec l'arrivée d'un sixième groupe. Selon le Tribunal, l'introduction d'un nouveau droit de la minorité, à savoir l'action en subsidiarité (*Subsidiaritätsklage*), ainsi que la diminution du quorum visant à déclencher le contrôle abstrait des normes d'un tiers à un quart des députés en 2008 ne représentent à proprement parler « pas une décision fondamentale déviante » (*keine abweichende Grundentscheidung*).

¹⁵ Par opposition au mécanisme de la « révision constitutionnelle » (*Verfassungsänderung*), suivant la distinction naguère théorisée par Georg Jellinek.

¹⁶ Sur ce point, voir N. PATIN, *La catastrophe allemande. 1914-1945*, Fayard, 2014, p. 129-172. Du même auteur, « Députés antiparlementaires. Théories et pratiques de l'antiparlementarisme chez les députés du Reichstag sous la République de Weimar », *Siècles*, n° 32, 2010.

En l'état actuel du droit, la Cour constitutionnelle fédérale ne considère pas qu'il soit nécessaire d'introduire des droits de contrôle propres à la minorité parlementaire opposante, et cela à aucun niveau de la hiérarchie des normes. Ainsi la situation juridique de l'opposition parlementaire siégeant au Bundestag se distingue-t-elle du sort (formellement) reconnu à son homologue au sein des *Länder* ainsi qu'en deçà du Rhin. Alors qu'elle est essentiellement indirecte et technique en Allemagne fédérale, la « juridicisation » de l'opposition parlementaire est depuis juillet 2008 plus directe et symbolique en France (art. 48 et 51-1 CF). Ces diverses logiques juridiques témoignent de l'extrême difficulté à définir et, par suite, à saisir pleinement ce phénomène éminemment politique.

Pourtant, il convient de ne pas s'en tenir à une vision purement littérale et statique du droit constitutionnel et parlementaire. À l'égard de l'opposition, la pratique est ordinairement plus accommodante et consensuelle en Allemagne qu'en France, où la conflictualité et la théâtralité règnent bien souvent sans partage. Cela tient aux spécificités du parlementarisme « positif », tel qu'il est pratiqué outre-Rhin, par contraste avec la variante « négative » de la V^e République. Plutôt que d'être cantonné à une participation réactive, voire à une certaine passivité, comme il l'est habituellement en France, le Parlement est régulièrement à l'initiative au-delà du Rhin. Du reste, le Tribunal de Karlsruhe a ponctuellement œuvré à la concrétisation du principe d'« opposition effective », en reconnaissant (indirectement) à la minorité hostile au cabinet divers droits et obligations, à telle enseigne qu'Hans-Peter Schneider a présenté le traitement juridique de l'opposition comme étant fondamentalement une sorte de « droit jurisprudentiel » (*Richterrecht*)¹⁷. Cette construction prétorienne se heurte, néanmoins, à d'indéniables limites. Tel est le cas du principe d'égalité des députés et de leurs regroupements au sein du Parlement (art. 38, 1 LF). Jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, le Conseil constitutionnel recourait à une approche semblable du droit parlementaire¹⁸, pourtant à rebours de la logique de groupes imprégnant le parlementarisme moderne.

II. Le « droit à la démocratie », un fondement essentiel de l'identité constitutionnelle allemande – décision 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13 du 21 juin 2016¹⁹

Après maints débats et rebondissements, la Cour constitutionnelle fédérale a finalement admis, le 21 juin 2016, la conformité à la Loi fondamentale du programme de rachat de dette publique de la Banque centrale européenne (BCE),

¹⁷ *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Klostermann, 1974, p. 209.

¹⁸ Décision n° 2006-537 DC du 22 juin 2006.

¹⁹ Pour davantage de détails, voir notre article : « L'identité constitutionnelle allemande à l'aune de la décision du 21 juin 2016 », *Constitutions*, n° 3, 2016, p. 414-418 ; N. MEYER-LANDRUT, « Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans les décisions de politique européenne », *AJDA*, 2016, p. 1617.

c'est-à-dire les opérations monétaires sur titres (OMT)²⁰. Elle avait été saisie, en 2013, par des particuliers et un ancien député hostile à la construction européenne. Il s'agissait notamment de savoir si l'institution de Francfort-sur-le-Main avait outrepassé ses attributions. Le Tribunal de Karlsruhe avait décidé de surseoir à statuer, en transmettant une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Le 16 juin 2015, le juge européen avait estimé que ce programme ne transgressait pas le droit de l'UE, tout en insistant sur les limites qui s'imposent à la BCE tant en termes de volumes que de temporalité des achats d'obligation²¹.

Dans la décision de juin 2016, la Cour constitutionnelle fédérale s'est exprimée sur ce qu'elle appelle le « droit à la démocratie », qu'elle tient pour un élément fondamental de l'identité constitutionnelle allemande. À l'égard du droit de l'Union, la doctrine patiemment élaborée par la Cour se caractérise par une certaine réserve²², alors que la stratégie des juridictions françaises est désormais plutôt « coopérative ». De façon parfois audacieuse, le juge allemand dévoile régulièrement certains linéaments de l'identité constitutionnelle du pays, sorte de « traduction normative de la culture constitutionnelle nationale »²³, dont les contours sont (pour partie) indéterminés. Cela est susceptible d'agir, pour certains, comme une sorte de « venin »²⁴ vis-à-vis de l'intégration européenne. Ainsi a-t-il précocement été précisé que les transferts de souveraineté ne sauraient s'accomplir qu'à l'aune de « l'ensemble de la Constitution »²⁵. Tels qu'ils sont consacrés aux articles 1 à 20 LF, les droits fondamentaux font partie intégrante de l'identité constitutionnelle. Mais le Tribunal a admis que la Cour de justice en assure également la protection, pour autant que ses garanties soient efficaces²⁶. Par la suite, d'autres décisions ont concouru à parfaire la construction prétorienne de l'identité constitutionnelle allemande²⁷.

En juin 2016, le juge allemand a certes acquiescé au programme OMT, mais il a inscrit le « droit à la démocratie » dans la logique prudente (voire défensive) qui est traditionnellement la sienne vis-à-vis du droit de l'Union. Il en irait de la souveraineté du peuple allemand, celui-ci devant pouvoir prendre position (directement ou médiatement, *i.e.* par l'intermédiaire du Bundestag) sur les compétences exercées par les institutions européennes. Ainsi le droit de l'Union doit-il être démocratiquement légitimé. Le citoyen allemand ne saurait être confronté à des pouvoirs publics, qu'il serait incapable de légitimer et d'influencer, suivant des procédures prévues par le cadre constitutionnel. Telles sont les limites de

²⁰ Sur ce point, voir F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines », *Cahiers de droit européen*, 2015, n° 2-3, p. 493-534.

²¹ Affaire C-62/14 Gauweiler e.a.

²² En ce sens, voir F.-X. MILLET, *L'UE et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013 ; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011.

²³ M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, 2010, p. 249.

²⁴ D. SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, mars 2007, Étude n° 3.

²⁵ BVerfGE 37, 271 du 29 mai 1974, § 43.

²⁶ BVerfGE 73, 339 du 22 octobre 1986, § 104.

²⁷ BVerfGE 89, 155 du 12 octobre 1993 ; 123, 267 du 30 juin 2009 ; 2 BvR 2661/06 du 06 juillet 2010.

ce que le juge de Karlsruhe dénomme l'« étaticité ouverte » (*offene Staatlichkeit*)²⁸, quoiqu'il prenne soin de réaffirmer son ouverture au droit de l'Union européenne.

III. L'impossibilité de la Commission G 10 d'être partie à un litige inter-organes – décision 2 BvE 5/15 du 20 septembre 2016

Le droit de regard du Bundestag sur les activités des services de renseignement semble plus poussé qu'au sein des assemblées hexagonales²⁹. Avec d'autres instances de la Diète fédérale, telles que le Comité parlementaire de contrôle (*parlamentarisches Kontrollgremium*) et le Comité dit de confidentialité (*parlamentarisches Vertrauensgremium*), le Comité dit « G 10 » (*G 10 Gremium*) participe à la surveillance des services de renseignement. Comprenant neuf membres élus au sein de la Diète, le Comité est tenu informé, tous les six mois, par le Gouvernement de l'activité des services d'interception des écoutes et correspondances privées. Chaque année, le Comité G 10 établit un rapport à l'attention du Bundestag sur les activités entreprises par les services de renseignement dans ce domaine.

À cet égard, le ministre compétent doit absolument recueillir l'approbation de la « [Commission G 10](#) » (*G 10-Kommission*), laquelle est composée de quatre non-parlementaires, dont un magistrat qui la préside, et de trois assesseurs³⁰. Les membres de la Commission sont élus par le Comité de confidentialité³¹, et leur mandat s'achève avec celui de la législature, mais ils siègent jusqu'à l'élection de leurs successeurs. Les délibérations de la Commission G 10 sont secrètes, et ses membres tenus à une obligation de réserve (*Geheimhaltungspflicht*). Celle-ci s'impose aux commissaires, y compris après la cessation de leurs fonctions. Si l'instance élabore elle-même son règlement, celui-ci doit toutefois être approuvé par le Comité. En tout état de cause, elle se réunit au moins une fois tous les trois mois. Il incombe au Gouvernement de la tenir informée mais, à certaines conditions, il est loisible à ce dernier de s'opposer à la communication d'informations. Dans une pareille hypothèse, la Commission peut le contraindre à s'expliquer.

Une telle situation est dernièrement survenue. Les services secrets de la République fédérale d'Allemagne (BND) mènent avec la *National Security Agency* (NSA) une coopération en matière de surveillance des télécommunications. Dans ce cadre, le BND a filtré les données recueillies dans un point d'échange Internet, selon des caractéristiques définies par la NSA (à savoir les sélecteurs³²). Après que la

²⁸ 2 BvR 2728/13, § 137.

²⁹ A. LE DIVELLEC, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, p. 479-483.

³⁰ La nature de cette Commission fait débat : tribunal, élément de l'exécutif, ou encore organe *sui generis* ? Sur ce point, C. ARNDT, « *Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste* », in H.-P. SCHNEIDER, W. ZEH (dir.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Gruyter, 1989, p. 1384-1385.

³¹ § 15 de loi sur les restrictions au secret de correspondance (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*).

³² Ce terme désigne les termes-clés (comme les numéros de téléphone et les adresses électroniques notamment) utilisés par les services de renseignement. En l'espèce, cela permet à la NSA de cibler la

presse ait rapporté, durant l'été 2013, que les télécommunications des représentations de l'Union européenne et de citoyens allemands avaient été visées par les surveillances effectuées par le BND et la NSA, les services de renseignement allemands ont mené une enquête interne. Il s'est avéré que, malgré un filtrage automatique, des sélecteurs critiques ont été constitués et que ceux-ci soit violaient des intérêts allemands soit concernaient des utilisateurs protégés par la loi sur les restrictions au secret de correspondance. À la suite de l'instauration de la Commission d'enquête sur la NSA par le Bundestag, le 20 mai 2014, les sélecteurs dont le BND ne se servait plus ont été réunis dans les listes de sélecteurs NSA. Sans succès, la Commission G 10 exigeait du Gouvernement fédéral et du chef de la Chancellerie fédérale qu'ils publient les listes de sélecteur de la NSA, ou bien qu'ils les rendent consultables, afin de constater d'éventuelles violations du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications. En appelant à la Cour constitutionnelle fédérale par le biais de l'*Organstreit*, la Commission G 10 souhaitait faire valoir la violation de ses droits constitutionnels (art. 10-2 LF), résultant du refus ministériel de la publication et de la mise à disposition des informations demandées.

Le 20 septembre 2016, le second Sénat de la Cour constitutionnelle fédérale a jugé ces requêtes irrecevables. D'après le Tribunal de Karlsruhe, la Commission G 10 ne peut pas être partie (*nicht parteifähig*) à la procédure du litige inter-organes. Aux termes de l'article 10-2 LF, les limitations apportées au secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications ne sont possibles que sur le fondement d'une loi. Si la restriction est destinée à défendre l'ordre constitutionnel libéral-démocratique, ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land, alors la loi peut disposer que l'intéressé n'en sera pas informé, et que le recours juridictionnel est remplacé par le contrôle d'« organes et [d']organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple » (*der von der Volksvertretung bestellten Organe oder Hilfsorgane*). Avec la Commission G 10, le législateur a certes créé un organe se substituant à la procédure juridictionnelle, mais ce n'est pas à proprement parler un tribunal. La Commission, expliquent les juges constitutionnels, agit au sein du domaine fonctionnel de l'exécutif, sans y être incorporée. Elle exerce un contrôle juridique, mais elle peut également prendre des décisions en opportunité. Il s'agit là d'un organe de contrôle *sui generis*, situé hors du pouvoir juridictionnel, qui sert de substitut à la sauvegarde juridique des droits.

Dans cette perspective, la Commission G 10 ne peut pas être partie à un litige inter-organes en tant qu'organe fédéral suprême (*oberstes Bundesorgan*). Son existence, son statut et ses compétences essentielles ne relèvent pas de la Loi fondamentale. De la signification objective de l'article 10-2 LF ne ressort, selon la Cour de Karlsruhe, aucune protection des compétences « des organes et organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple ». Cet article ne comporte « pas [davantage] de mission constitutionnelle contraignante » (*keinen verbindlichen Verfassungsauftrag*). La disposition rend possible une restriction du devoir

surveillance des télécommunications et de leurs métadonnées (c'est-à-dire les personnes jointes par les individus surveillés, les personnes qui leur communiquent, les moments auxquels s'effectuent ces correspondances, ainsi que les endroits où elles sont réalisées).

d'informer les individus visés par les surveillances de ce type, sans toutefois l'imposer. Ce n'est là qu'une faculté. En revanche, si le législateur fondait une obligation d'information à destination des personnes surveillées, alors le besoin constitutionnel d'un organe de contrôle s'évanouirait. Par ailleurs, l'article 10-2 LF exige seulement que la loi d'exécution prévoie « un » organe. La Constitution ne précise pas selon quelles modalités le contrôle doit s'opérer. Par conséquent, il est loisible au législateur de définir le statut et les compétences essentielles de l'organe, de sorte qu'un contrôle suffisamment effectif soit garanti. La Loi fondamentale n'attribue « pas [non plus] de compétence autonome » (*keine eigenständigen Aufgaben*) à la Commission G 10 dans le domaine de la direction politique de l'État. Elle ne bénéficie « pas d'un statut immédiatement constitutionnel » (*keinen verfassungsunmittelbaren Status*) dans le processus de la formation de la volonté démocratique et de la prise de décision étatique, à telle enseigne qu'elle ne participe pas à la formation de la volonté de l'État.

La Commission G 10 ne saurait pas non plus être partie au litige inter-organes en tant qu'« autre partie » (*andere Beteiligte*). En effet, elle n'est pas « un démembrement du Bundestag pourvu en droits propres par la Loi fondamentale, ou bien par le Règlement de l'assemblée » (*ein durch das Grundgesetz oder durch die Geschäftsordnung mit eigenen Rechten ausgestatteter Teil des Bundestages*). Quoique la Constitution ne la mentionne pas expressément, l'article 10-2 ne définit pas l'organe auxiliaire comme étant rattaché à la Diète, contrairement au Délégué du Bundestag aux forces armées (*Wehrbeauftragte*) prévu à l'article 45-b LF. À l'inverse du Comité parlementaire de contrôle de l'article 45-d LF, la Commission G 10 n'est pas un « comité obligatoire » (*Pflichtgremium*) du Bundestag. Certes l'organe ou l'organe auxiliaire est désigné par la Diète fédérale, mais le simple fait que les membres de la Commission G 10 soient élus par un comité parlementaire ne fait pas de cette instance un démembrement du Bundestag à proprement parler. De la sorte, estime le Tribunal, il s'agit, tout au plus, d'assurer une légitimation démocratique à la Commission G 10.

La Commission G 10 n'exerce pas de fonction de contrôle parlementaire. Dans ce champ de compétence, le contrôle politique revient au Comité parlementaire mentionné plus haut. En revanche, la Commission G 10 est active (*tätig*) dans le domaine fonctionnel de l'exécutif, dans la mesure où elle décide de la recevabilité et de la nécessité des mesures concrètes de restriction du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications. Elle ne participe pas à l'accomplissement des devoirs du Bundestag en matière de législation, de budget, de nomination, d'information et de contrôle. Cette Commission ne prend pas non plus part à la discussion publique des problèmes à l'ordre du jour.

En définitive, parce qu'elle n'est « pas une institution nécessaire du point de vue du droit constitutionnel » (*keine verfassungsrechtlich notwendige Institution*), la Commission G 10 ne saurait bénéficier d'un élargissement du droit de saisine de la Cour constitutionnelle fédérale. Certes elle concourt à la protection des droits fondamentaux, mais elle ne peut faire valoir cette dimension dans le cadre de l'*Organstreit*. Seule la voie du recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerdeverfahren*) lui est ouverte.

IV. Les limites au droit d'enquête parlementaire - décision 2 BvE 2/15 du 13 octobre 2016

Dans le prolongement de l'affaire venant d'être mentionnée, le second Sénat de la Cour constitutionnelle fédérale a décidé, le 13 octobre 2016, que le Gouvernement fédéral n'est pas tenu de transmettre les listes de sélecteur de la NSA à la [Commission d'enquête consacrée à la NSA](#)³³. Instaurée en mars 2014, ladite Commission exigeait la publication de documents permettant de saisir l'ampleur de la surveillance, à laquelle la NSA s'est livrée dans le cadre de sa coopération avec le BND. Il s'agissait d'établir si l'espionnage pratiqué par l'agence américaine allait à l'encontre d'intérêts allemands. Le Gouvernement fédéral a certes placé à la disposition des commissaires certaines informations mais, s'agissant des listes de sélecteurs de la NSA, il en est arrivé à la conclusion qu'une publication au mépris de leur confidentialité, et qui plus est sans l'accord des États-Unis d'Amérique, serait de nature à compromettre gravement la « capacité à fonctionner et à coopérer » (*Funktions- und Kooperationsfähigkeit*) des services de renseignement allemands. Par suite, cela remettrait en cause la « capacité d'action du Gouvernement fédéral en matière de politique étrangère et de sécurité » (*die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung*). Selon les groupes parlementaires *Die Linke* et *Bündnis 90/Die Grünen*, ainsi que deux membres de la Commission d'enquête dédiée à la NSA, eux-mêmes issus de ces deux formations politiques, le refus ministériel de publier ces informations irait à l'encontre du « droit d'administrer les preuves » (*Beweiserhebungsrecht*) du Bundestag³⁴, prévu à l'article 44 LF. Par conséquent, le Tribunal de Karlsruhe a été saisi au titre du litige inter-organes.

Partiellement recevable, la requête a été jugée infondée. Ainsi que le dispose l'article 44-1 LF, « le Bundestag a le droit et, à la demande d'un quart de ses membres, l'obligation de constituer une commission d'enquête chargée de recueillir les preuves nécessaires en audience publique ». Selon les juges constitutionnels, l'enquête parlementaire représente, en tant qu'« instrument de surveillance dans le cadre de la controverse politique » (*Aufklärungsinstrument im Rahmen der politischen Kontroverse*), « un instrument spécifique du contrôle parlementaire » (*spezifisches Instrument parlamentarischer Kontrolle*). Organe auxiliaire de la Diète fédérale, toute commission d'enquête parlementaire bénéficie du droit d'accéder aux preuves qu'elle tient pour nécessaires et, en particulier, le droit à la mise à disposition des documents (*Recht auf Aktenvorlage*). Ce dernier fait même partie du droit d'enquête (*Untersuchungsrecht*).

Cependant, le droit d'administrer les preuves d'une commission d'enquête parlementaire est soumis à des limites, lesquelles doivent résulter de normes

³³ À propos du fonctionnement des commissions d'enquête, voir A. LE DIVELLEC, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, p. 438-450.

³⁴ C'est-à-dire les moyens à l'aide desquels une commission d'enquête pourra recueillir les informations qu'elle juge nécessaires à l'accomplissement de son office.

constitutionnelles. À cet égard, les obligations relevant du droit international ne sauraient fonder des restrictions à l'exercice de cette faculté, car celles-ci ne possèdent pas en tant que telles de valeur constitutionnelle. En revanche, affirment les juges, le principe de distribution des pouvoirs est susceptible de fournir des raisons à la rétention d'informations. Selon eux, ce principe commandant la « distinction » (*Unterscheidung*) des pouvoirs législatif, exécutif, et juridictionnel concourt à organiser de façon « fonctionnelle » (*funktionsgerecht*), et « conforme à leurs missions institutionnelles » (*organadäquat*), les habilitations régaliennes entre les différents détenteurs de la puissance publique.

L'ordre constitutionnel, l'existence ou la sécurité de la Fédération ou des Länder, ainsi que le corps, la vie et la liberté de la personne constituent des « bien protégés d'un poids constitutionnel exceptionnel » (*Schutzgüter von überragendem verfassungsrechtlichem Gewicht*). C'est pourquoi l'État est tenu par la Loi fondamentale de veiller au respect de la vie, de l'intégrité physique, et de la liberté de l'individu. Il remplit cette obligation en s'opposant aux dangers liés au terrorisme. Les attentats de ce type se dirigent contre les piliers de l'ordre constitutionnel et contre la communauté en tant qu'ensemble. La mise à disposition de moyens de surveillance efficaces en vue de se défendre constitue un « objectif légitime » (*legitimes Ziel*) et se trouve être d'une grande importance pour l'ordre démocratique et libéral.

Pour rendre effectives la fourniture et l'évaluation d'informations ayant trait à la politique étrangère et de sécurité, le BND coopère avec les services de renseignement de pays étrangers. Le fondement de cette coopération réside dans « le respect de la confidentialité » (*Einhaltung von Vertraulichkeit*). À cet effet, des obligations relevant du droit international doivent être contractées. En tant que parties de la politique étrangère et de sécurité, celles-ci relèvent des compétences d'initiative et de création du Gouvernement.

De ce point de vue, le refus de communiquer les listes de sélecteur de la NSA ne viole pas le « droit d'administrer les preuves », tel qu'il est organisé à l'article 44 LF, quoique « le droit parlementaire à l'information » (*das parlamentarische Informationsinteresse*) concerne également les listes des sélecteurs de la NSA. Il n'a pas été satisfait à ce droit par la nomination d'un expert de confiance ni par sa prise de position à l'aide d'un rapport. S'y oppose l'intérêt du Gouvernement à une prise en charge de ses missions qui soit à la fois « fonctionnelle » et « soucieuse des prérogatives institutionnelles ». En effet, dans le cadre d'une procédure de consultation, les États-Unis d'Amérique ont, à plusieurs reprises, clairement fait savoir que la Commission d'enquête du Bundestag doit être considérée comme une instance extérieure (*Außenstehender*) à la coopération du BND avec la NSA.

Le Gouvernement fédéral en est arrivé à la conviction que la communication de ces listes sans l'accord du Gouvernement américain serait de nature à fragiliser considérablement la capacité à fonctionner et à coopérer des services de renseignement allemands. Ce faisant, il en irait de même de la capacité d'action du Gouvernement fédéral en matière de politique étrangère et de sécurité.

Face à de tels périls, et dans l'intérêt de l'État (*im Staatswohl*), il existerait, selon le Tribunal de Karlsruhe, un « droit au secret » (*Geheimhaltungsinteressen*). Cette évaluation concrète et juridique du rapport du Gouvernement fédéral avec les services de renseignement des pays étrangers et avec les États partenaires n'est soumise « qu'à un contrôle constitutionnel restreint » (*nur eine eingeschränkte verfassungsgerichtlichen Kontrolle*). En conséquence, cette irréductible marge de manœuvre de l'exécutif fédéral ne saurait être contestée du point de vue du droit constitutionnel (*verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden*). Même si l'on parlait du principe (à démontrer selon les juges) que la transmission de la liste des sélecteurs à la Commission d'enquête ne compromettrait que temporairement le volume des échanges internationaux de renseignements, cela constituerait tout de même un obstacle intolérable au bon fonctionnement des services de renseignements. La publication de ces informations sensibles ouvrirait une faille dans le système de sécurité du pays.

En définitive, l'intérêt au maintien de la capacité d'action du Gouvernement fédéral en politique étrangère et de sécurité prime le droit de la Commission d'enquête à accéder aux listes de sélecteur de la NSA. Dans le cadre de cette mise en balance des droits des parties en présence, la Cour de Karlsruhe a estimé que la requête des commissaires est susceptible d'atteindre durablement les intérêts vitaux des États-Unis d'Amérique. Du reste, le Gouvernement fédéral a d'ores et déjà dévoilé certaines informations à la Commission d'enquête, si bien que l'on ne lui a pas dissimulé l'intégralité des faits liés à la coopération entre la NSA et le BND. La publication des listes de sélecteur en elles-mêmes et, pour cette raison, la mention concrète des institutions, ainsi que des personnes morales et physiques concernées par la surveillance de la NSA, tendrait en réalité à servir un « intérêt politique général » (*eher von allgemeinem politischem Interesse*). La connaissance du contenu de ces données n'est pas centrale pour l'accomplissement de l'enquête et, par suite, au contrôle parlementaire de l'action ministérielle. C'est pourquoi elle n'est pas de nature à prévaloir sur les considérations relatives aux intérêts de l'État et à la capacité à fonctionner du Gouvernement fédéral.

V. L'insignifiance du Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD), un obstacle à son interdiction – décision 2 BvB 1/13 du 17 janvier 2017³⁵

Tirant les leçons de l'échec constitutionnel et politique de sa devancière, la République de Bonn a encadré, dès 1949, les partis politiques au sein de son dispositif constitutionnel. Cette consécration du phénomène partisan s'est accompagnée d'une obligation de loyauté à l'égard du régime, laquelle s'inscrit dans le cadre de la « démocratie militante » (*streitbare Demokratie*)³⁶. Dans cette

³⁵ Sur ce point, voir notre publication : « La Cour constitutionnelle allemande et l'insignifiance du Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) – Décision 2 BvB 1/13 du 17 janvier 2017 », *Constitutions*, n° 1, 2017, 8 p.

³⁶ A. SIMARD, « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la démocratie militante en R.F.A. », *Jus politicum*, n° 1.

perspective, la Constitution s'apparente à un « instrument de combat »³⁷ contre les ennemis de l'ordre fondamental libéral-démocratique établi après-guerre. Certains y voient même une « décision fondamentale »³⁸, l'article 21-2 LF instituant une procédure très particulière de demande d'interdiction des partis hostiles à la Constitution (*Verbotsantrag*).

Dans le cadre de cette procédure, la Cour constitutionnelle fédérale a été saisie par le Bundesrat, le 1^{er} décembre 2013, en vue de faire déclarer inconstitutionnel le Parti national-démocrate d'Allemagne (NPD), puis de l'interdire. Cette requête faisait suite à quelques succès électoraux dans les *Länder* de l'Est entre 2004 et 2006, ainsi qu'à trois meurtres racistes, commis par des activistes néonazis considérés comme proches du NPD.

Au terme d'une procédure sans équivalent en France, le Tribunal a rendu sa décision le 17 janvier 2017. Le résultat n'a pas été à la hauteur des attentes de la chambre haute, puisque le NPD n'a point été banni ni dissous, « faute d'éléments concrets de poids laissant penser que [son] action puisse être couronnée de succès » (point 6-c). Aux yeux de l'unanimité des membres du deuxième Sénat de la Cour, la formation incriminée représente certes un ennemi de la République, mais elle demeure excessivement insignifiante pour représenter une menace vis-à-vis de l'ordre constitutionnel établi par la Loi fondamentale, puis régulièrement concrétisé et, même, développé par la Cour de Karlsruhe. Ce faisant, la Cour a précisé la notion de loyauté à la Constitution (*Verfassungstreue*), laquelle n'est pas sans incidence sur l'opposition et, par suite, sur son office.

³⁷ E. DENNINGER, « Verfassungstreue und Schutz der Verfassung », *VVDStRL*, Tome 37, 1978, p. 14.

³⁸ H. H. KLEIN, « Verfassungstreue und Schutz der Verfassung », *ibid.*, p. 105.