

L'appropriation de la Loi fondamentale par la Cour constitutionnelle fédérale : autour de quelques décisions récentes*

Antoine BASSET, Professeur à l'Université de Rouen

Dès ses débuts, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a établi une méthode d'interprétation constitutionnelle lui permettant de dépasser le texte de la Loi fondamentale en se fondant sur l'ordre de valeurs qui aurait été établi par celle-ci. Cette orientation générale s'est maintenue ces dernières années : que ce soit dans ses rapports avec le Parlement, les autres juges ou l'ordre juridique de l'Union européenne, on peut constater une tendance de la Cour à utiliser le paradigme des droits fondamentaux pour justifier un contrôle plus grand de la politique par le droit - et de l'ensemble des acteurs de l'ordre juridique par la Cour.

The German Federal Constitutional Court has developed from its beginning a method of constitutional interpretation, which allowed it to set the text of the basic law apart and replace it with the so called order of values (Wertordnung) that the Basic law itself would have allegedly built. This main direction can still be observed: in its attitude towards the Parliament as well as the other judges or the legal system of the European Union, the Court uses the argument of the basic rights in order to legitimate a deeper control on the political and other judicial agents.

* Note sur les abréviations : les ouvrages déjà cités sont mentionnés ensuite sous une forme simplifiée, comportant seulement le nom des auteurs et les mots-clés du titre ; pour les articles, on renvoie en plus à la note où se trouvent les références complètes. Les articles de la Loi fondamentale allemande (Grundgesetz) sont signalés par leur numéro, suivi de l'abréviation « GG ». Les décisions du Bundesverfassungsgericht sont citées en général telles qu'elles apparaissent dans le recueil officiel (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, BVerfGE) : on signale le tome, le numéro de page où commence la décision, et le cas échéant les pages plus particulièrement concernées.

L'exercice du pouvoir en démocratie semble naturellement appeler la défiance : les défaites que connaît souvent au plan local le parti dirigeant au plan national en sont un exemple. Un autre en est, en Allemagne, le peu d'éclat dont jouissent parmi la population les partis politiques, le Parlement ou le gouvernement, au contraire du Président fédéral et du Bundesverfassungsgericht¹. Autorité morale plutôt que véritable acteur dans le jeu institutionnel, le Président gagne au moins par son peu de pouvoir l'estime de ses concitoyens. En revanche, on ne peut pas expliquer de la même manière la haute opinion qu'ont les Allemands de leur tribunal constitutionnel, le Grundgesetz lui confiant des compétences importantes. Celles d'abord qui forment le « noyau dur idéal de la juridiction d'État en Allemagne » (litiges entre les organes) ou « la première pierre de la justice constitutionnelle allemande » (litiges entre la fédération et les États fédérés)², mais qui ne constituent plus, et loin de là, l'essentiel de l'activité des cours constitutionnelles en général, ni du tribunal allemand en particulier³. Celles ensuite, plus importantes dans la compréhension contemporaine de la justice constitutionnelle, qui garantissent le respect de la constitution : le Bundesverfassungsgericht dispose du pouvoir de contrôler non seulement les lois (art. 93, al. 1, n° 2 GG ; art. 100 GG), mais aussi tout acte de la puissance publique qui porte atteinte aux droits fondamentaux des individus (art. 93, al. 1, n° 4a GG). Or, même si certaines décisions, ou certaines séries de décisions (dans les années 70, face à la première coalition entre socialistes et libéraux, au milieu des années 90 ensuite⁴), ont pu soulever des débats publics violents, la considération dont jouit le tribunal n'en a pas durablement souffert⁵. Tout au contraire : sa popularité est telle, aujourd'hui comme depuis son installation, que C. Möllers peut y voir la base solide de sa légitimité⁶.

¹ Voir ainsi le sondage réalisé par le Institut für Demoskopie Allensbach en 2014 : 37 % et 24 % des personnes sondées accordent une très grande confiance respectivement au Bundesverfassungsgericht et au Bundespräsident – ils ne sont que 2 % à penser de même pour les partis politiques, 7 % pour le Parlement et le gouvernement (IfD Umfrage 11016, disponible sous http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reportsdocs/PD_2014_09.pdf).

² On signalera parmi d'autres K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H. Beck, 2010 (8e éd.), 372 p., p. 52 et 69. « Juridiction d'État » traduit ici, aussi maladroitement que possible, la « Staatsgerichtsbarkeit » allemande, c'est-à-dire le fait de pouvoir prononcer le droit en ce qui concerne le fonctionnement de l'État et de ses institutions. O. Beaud a lui aussi rappelé les origines anciennes, européennes et fédérales des juridictions constitutionnelles (O. BEAUD, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in C. GREWE, O. JOUANJAN, É. MAULIN, P. WACHSMANN (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires. Actes », 2005 IX-188 p., p. 49-72).

³ À nouveau SCHLAICH, KORIOH, *Bundesverfassungsgericht*, p. 54 et 69.

⁴ Pour un résumé de ces polémiques, on peut voir J. MENZEL, R. MÜLLER-TERPITZ, *Verfassungsrechtsprechung*, Mohr Siebeck, 2011, p. 22-26.

⁵ Pour une étude particulière sur le prestige du Bundesverfassungsgericht, plutôt qu'une recension de tous les passages où la doctrine l'évoque en passant, on peut se reporter à O. LEMBCKE, *Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts. Ansichten und Meinungen in der Öffentlichkeit 1951-2001*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, 271 p., en particulier p. 33-40 et 59-61.

⁶ C. MÖLLERS, « Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts », in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, 2011, 426 p., p. 281-422, p. 297.

Une institution non élue et pourtant habilitée à imposer ses vues au représentant élu du peuple pose, en démocratie, un problème théorique fondamental – à moins qu'elle ne parvienne, comme le Bundesverfassungsgericht, à se faire accepter. Si le Bundespräsident profite de son impuissance, c'est sur un autre plan que joue la cour de Karlsruhe : ses membres se fondent sur la technicité de leur tâche et sur la rigueur du droit pour prétendre être étrangers à toute action politique ; c'est ce qui explique sans doute que la même défiance qui touche tous les acteurs du jeu politique épargne celui qui se présente comme le simple arbitre de ce jeu.

La question est précisément de savoir si la séparation entre droit et politique est si claire, comme le prétendait le Bundesverfassungsgericht dès ses premières années⁷, qu'elle permettrait de distinguer entre ce qui est encore du droit (la simple application de textes) et ce qui est déjà de la politique (des décisions fondées sur des jugements de valeur qui n'ont pas à être autrement justifiés). Ou plutôt, si l'on accepte les thèses selon lesquelles, loin d'être l'arbitre du jeu politique, un juge constitutionnel en est un acteur à part entière⁸, de savoir comment son avatar allemand est parvenu à cette prouesse d'équilibriste : prétendre n'appliquer que le texte du Grundgesetz au moment même où il subsume en lui un certain nombre de postulats axiologiques qui orientent ensuite sa lecture. Ce tour de force a été réalisé dès les premières décisions rendues par le tribunal, notamment par l'invention de concepts tels que l'« ordre de valeurs » (*Wertordnung*) qui présiderait au texte de 1949 et devrait guider son interprétation. Dès lors, en effet, le Bundesverfassungsgericht n'a eu de cesse de lire la Loi fondamentale non tant comme un simple texte que comme l'expression d'un ensemble de valeurs dont la réalisation dans le monde (à la manière des Idées platoniciennes) est le but de la République fédérale allemande.

Si l'on veut, c'est donc précisément en poussant à bout les pouvoirs du juge constitutionnel, c'est-à-dire en s'appropriant la constitution de manière exclusive, que le Bundesverfassungsgericht a réussi à établir une position qui l'ôte à toute remise en cause fondamentale. Il semble qu'il ait pu remplir la place de l'homme providentiel, celui qui prétend incarner une nation (on parle d'ailleurs volontiers en Allemagne de *Verfassungspatriotismus*, de patriotisme constitutionnel, ou plutôt fondé sur la constitution ; une manière de réhabiliter l'idée de patriotisme en lui ôtant les aspects purement nationalistes qui la rendaient suspecte après 1945) : s'appuyant sur l'expérience du régime nazi, il a profité de la conversion d'une large

⁷ C'est là la trame du rapport rédigé par G. Leibholz et publié en 1957 pour justifier la position particulière que réclamait le tribunal dans l'ordre institutionnel allemand (« Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts in der sogenannten „Statusfrage“ », *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts neue Folge*, 6, 1957, p. 120-137). Pour une présentation plus complète de cette question, on peut se reporter à O. LEMBCKE, *Hüter der Verfassung*, Mohr Siebeck, 2007, 509 p., p. 88-166.

⁸ J. MEUNIER, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003-2, 105, p. 29-40, p. 30-32 ; on se reportera également aux travaux d'A. Stone Sweet, en particulier *Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, 232 p. Pour une présentation rapide des enjeux de cette question et d'autres références bibliographiques, nous nous permettons de renvoyer à A. BASSET, *Pour en finir avec l'interprétation*, Institut universitaire Varenne, 2015, 527 p., p. 275-280.

part des auteurs positivistes à une forme de nouveau jusnaturalisme (conversion manifestée notamment en la personne de G. Radbruch) pour concevoir la Loi fondamentale comme un ensemble orienté de valeurs⁹. De ce fait, il put imposer des partis-pris axiologiques en prétendant ne rien faire, que suivre la volonté de la Loi fondamentale.

Cette première ligne a été scrupuleusement suivie depuis les années 50, et a permis au Bundesverfassungsgericht, dans les dernières années, de consolider sa position face aux autres acteurs des systèmes politique et juridique, et de manière plus générale cette position d'autorité pour ainsi dire morale dans le pays. Le juge constitutionnel allemand a réussi justement à faire de la fragilité fondamentale de tout juge constitutionnel, sa position un peu bâtarde entre droit et politique, un atout. Prétendant servir les plus hauts buts de l'action politique avec la rigueur du droit, il a pu affirmer son pouvoir aussi bien face au Parlement que face aux autres juges, nationaux ou européens. Il s'est, d'une certaine manière, identifié au Grundgesetz pour pouvoir tancer au nom de ce texte tous les autres pouvoirs, y compris ceux sur lesquels il n'a, par ses compétences, aucune prise directe (ainsi des ordres juridiques européens). Quoique les questions posées dans ses rapports à ces différents acteurs soient tout à fait variées, il est parvenu à toujours y répondre en se fondant sur une même manière particulière d'appréhender la Loi fondamentale pour en faire un ordre constitué de principes plutôt qu'un simple assemblage de normes, au point parfois que les principes peuvent suppléer ou s'opposer au texte. Les décisions rendues dans la période récente n'ont plus besoin d'affirmer une position chancelante. ; les outils développés alors sont cependant si utiles qu'ils sont encore mis en œuvre aujourd'hui.

Cette unité dans la diversité conduit à exposer d'abord la conception de l'ordre juridique allemand établie par le Bundesverfassungsgericht (I), pour ensuite montrer comme il s'en sert dans les relations qu'il entretient avec les autres acteurs : Parlement (II), juges nationaux (III), textes et juges européens (IV).

I. L'ORDRE JURIDIQUE COMME ORDRE (CONSTITUTIONNEL) DE VALEURS

La position institutionnelle du Bundesverfassungsgericht, comme celle des cours constitutionnelles en général, lui offre un avantage : celui d'être une cour suprême, au sens au moins où ses décisions ne peuvent être contrôlées par un autre juge. On sait cependant que cette position, à soi seule, n'est pas suffisante, car la tâche particulière des juridictions constitutionnelles les invite à observer une certaine retenue à l'égard du pouvoir politique, sans quoi leur légitimité peut être remise en cause. Le tribunal allemand est parvenu, pour doubler cet écueil, à trouver une autre

⁹ La « formule de Radbruch » est regardée en Allemagne comme l'illustration la plus claire de l'abandon du positivisme qui avait connu son heure de gloire sous la République de Weimar : G. Radbruch restreint en effet la validité du droit positif au respect d'une exigence minimale de justice (*Rechtsphilosophie*, Koehler, 1950 (4e éd.), 391 p., p. 347). Cette formule a d'ailleurs été reprise à son compte par le Bundesverfassungsgericht dès le début de son activité (BVerfGE 3, 225, 232-233).

source de légitimation dans la Loi fondamentale elle-même. Décidant que ce texte était avant tout l'expression d'un ordre de valeurs, il a pu rendre ses décisions en fonction de ces valeurs plutôt qu'au regard du texte, ce qui lui donne une liberté d'action considérable. Puisqu'il est seul à énoncer les valeurs qui constituent les fondements du Grundgesetz, il se trouve seul interprète, si ce n'est, en réalité, rédacteur, de la constitution. Ainsi, le fait d'orienter le texte en général (A.) ou de transformer de simples mots en concepts (B.) permet au juge constitutionnel allemand d'exercer un monopole sur l'établissement du droit constitutionnel (C.).

A. Du texte à l'ordre de valeurs

La manière la plus immédiate et la plus sobre de concevoir une constitution est d'y voir un ensemble de normes régissant l'organisation des pouvoirs, quitte à ce que s'y trouvent aussi des limites matérielles à l'exercice du pouvoir normatif. Dans ce cas, l'autorité appelée à contrôler le respect de ces normes se contente de les appliquer une à une, et n'a d'autre ressource que de se contenter du texte, sauf à se prévaloir de la volonté de l'auteur ou d'une cohérence systématique pour orienter dans un sens ou dans un autre l'interprétation de telle ou telle disposition. Les choses prennent en revanche une dimension tout autre lorsque l'interprète ne conçoit pas la constitution comme un simple recueil de normes, mais comme la manifestation, nécessairement imparfaite, dans le monde d'une idée. C'est en ce sens que Carl Schmitt concevait déjà ce qu'il appelait la constitution « positive », c'est-à-dire celle qui, loin de ce qu'on entend habituellement par « positivisme », est inhérente au génie d'un peuple et se trouve traduite, tant bien que mal, dans les « lois constitutionnelles » que rassemble le document appelé, à tort donc, « constitution »¹⁰.

Il se trouve que si Schmitt a politiquement perdu en 1945, la victoire intellectuelle lui est en partie demeurée : c'est précisément en réaction contre un positivisme prétendument impuissant à empêcher la chute du régime de Weimar que la doctrine et les juges allemands, après-guerre, se sont ralliés à une conception de l'ordre juridique comme ordre orienté par un certain nombre de valeurs¹¹. Certes, les tentatives menées par Schmitt lui-même ou ses élèves pour restreindre la portée de la justice constitutionnelle et du Grundgesetz avec elle ont été vaines¹² ; le

¹⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, 1928, p. 4-10, 26 sq. ; dans la traduction française (*Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 132-139), 157 sq. On se reportera également dans ce volume à la présentation par O. Beaud de cette traduction, et à son analyse des conséquences juridiques qu'emporte ce postulat (voir aussi à ce sujet du même auteur *Les Derniers jours de Weimar, Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Descartes & cie, 1997, 253 p.).

¹¹ La filiation directe entre discours sur l'échec weimarien du positivisme et celui de la démocratie « capable de se défendre » ou « militante » (« wehrhafte » ou « streitbare Demokratie ») est toujours faite de manière un peu rapide. Comprendre le ralliement spectaculaire de la doctrine, et surtout d'une doctrine d'abord positiviste, à ces nouveaux concepts d'apparence plutôt anti-positiviste implique de prendre en compte la diversité de la doctrine weimarienne, qui comprenait aussi des anti-positivistes démocrates (ce qui explique la popularité dont jouèrent H. Heller et R. Smend en RFA). Sur cette question, voir A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la « démocratie militante » en R.F.A. », *Jus Politicum*, n° 1 [<http://juspoliticum.com/article/L-echec-de-la-Constitution-de-Weimar-et-les-origines-de-la-democratie-militante-en-R-F-A-29.html>].

¹² C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan, Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Suhrkamp, 2008, 154 p., p. 31-41.

fondement de sa théorie constitutionnelle, cette idée qu'une constitution n'est pas seulement un texte, mais l'expression d'une idée plus haute, a en revanche persisté. Le Bundesverfassungsgericht a simplement remplacé le peuple (au sens de *gens* plutôt que du peuple souverain que connaît la modernité politique) par la dignité humaine, pour fonder sur elle l'ordre de valeurs du Grundgesetz. La décision *Lüth* (1958) l'affirme clairement : « la Loi fondamentale, qui ne se veut pas un ordre axiologiquement neutre, a érigé, dans sa partie qui concerne les droits fondamentaux, un ordre objectif de valeurs. [...] Ce système de valeurs, dont le point central est la personne humaine s'épanouissant librement au sein de la communauté sociale ainsi que sa dignité, doit valoir pour une décision constitutionnelle fondamentale à l'égard de tous les domaines du droit »¹³ – on ne manquera pas de remarquer que la notion même de « décision fondamentale » (*Grundentscheidung*) est éminemment schmittienne. On lit ici l'aveu qu'il existe une strate supra-constitutionnelle de normes, cet « ordre objectif de valeurs », celles qui doivent être réalisées dans le nouveau régime ; le maître-étalon permettant de reconnaître ces valeurs apparaît également : il s'agit de la dignité humaine. Dès 1958, le tribunal a donc trouvé la formule qui lui permet de donner un statut tout à fait particulier au texte constitutionnel : celui-ci n'est pas seulement un texte formellement supérieur aux autres, pas seulement le texte permettant de considérer les textes pris selon les procédures qu'il organise comme valides, mais un texte matériellement supérieur aux autres. L'incarnation, en quelque sorte, de l'essence de la République fédérale¹⁴.

Ce n'était pas seulement un coup de force nécessaire destiné à établir fermement un tribunal à la position d'abord incertaine. En effet, les concepts de dignité humaine et d'ordre de valeurs sont toujours employés par le tribunal, lui permettant d'imposer ses vues au législateur sans avoir même besoin d'avancer une référence textuelle précise. Il y a là un passage de la constitution comme texte à la constitution comme ordre de valeurs, qui se manifeste également dans l'emploi fait par le Bundesverfassungsgericht du mot *Wertordnung* : en 1973 déjà, H. Goerlich constatait qu'il n'est rien d'autre qu'une figure d'argumentation remplaçant toute référence au texte, et donnant donc à qui l'emploie un pouvoir particulier sur le contenu de la norme constitutionnelle¹⁵. Cette volonté de substituer au Grundgesetz l'ordre de valeurs fondé sur la dignité humaine est bien vivace : elle explique encore une redondance que l'on trouve dans la décision d'annulation rendue en 2005 contre

¹³ BVerfGE 7, 198, 205 (« ...daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will [...], in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat. [...] Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten »).

¹⁴ Pour une présentation rapide, et en français, de cette question, ainsi que des références bibliographiques plus complètes, nous nous permettons de renvoyer encore une fois à notre thèse : A. BASSET, *Pour en finir...*, p. 69-92. Remarquons cependant que ces formulations peuvent tout aussi bien, et doivent peut-être plus directement, être rattachées à la doctrine de Rudolf Smend. Il nous semble cependant important de souligner que la compréhension, libérale du point de vue des valeurs, de la constitution comme décision par Smend est structurellement semblable à celle de Schmitt.

¹⁵ H. GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1973, 214 p.

une disposition de la loi de sécurité aérienne permettant au gouvernement de faire détruire un aéronef, même civil, détourné pour en faire une arme contre les personnes (sur le modèle des attentats du 11 septembre 2001). Alors que des questions de compétences suffisaient à annuler cette disposition (le Bundestag n'était pas compétent pour autoriser l'intervention des forces armées à l'intérieur du pays dans ce genre de cas)¹⁶, le Bundesverfassungsgericht a ajouté que la disposition était également matériellement contraire à la Loi fondamentale en ce qu'elle méconnaissait le droit de chacun au respect de sa dignité. Selon les juges, l'État, en choisissant d'abattre un avion détourné pour protéger ceux qu'il menacerait d'écraser, traiterait les occupants civils de l'appareil comme des objets : perdus pour perdus, il ne tiendrait plus compte d'eux, mais uniquement de ceux qui sont seulement menacés. Or, décide le tribunal, traiter un être humain en objet est contraire au principe de dignité humaine¹⁷. La motivation est surabondante, et ne se justifie que par la place centrale conférée à ce principe dans la jurisprudence constitutionnelle allemande et la volonté de l'y maintenir. Du même mouvement, le pouvoir se décale insensiblement du texte vers le juge : si celui-ci avait vraiment voulu régler simplement le cas qu'on lui présentait, il eût pu économiser ses efforts et se contenter, en plus, du fondement le plus solide. En choisissant de saisir l'occasion pour affirmer à nouveau la dignité humaine et la conception absolue qu'il s'en fait, il introduit une hiérarchie au sein de normes d'un même rang.

Les deux formules, *Wertordnung* et dignité humaine, sont donc la base sur laquelle le tribunal constitutionnel a pu bâtir une conception particulière de la constitution. D'après celle-ci, le texte peut s'effacer devant l'interprète qui sait retrouver sa véritable finalité.

B. Du texte aux principes

C'est un travail semblable que l'on observe, mais à l'échelle d'un mot ou d'un thème seulement, lorsque le juge s'appuie sur un terme, sans se préoccuper de son contexte, pour en déduire la reconnaissance de toute une théorie, ou au contraire lorsqu'il conçoit une disposition comme le signe qu'un principe plus général a été consacré. L'exposé exhaustif laisserait, et serait de peu d'utilité pour observer les évolutions récentes du contrôle de constitutionnalité en Allemagne : on peut simplement présenter une décision particulièrement fameuse du Bundesverfassungsgericht pour illustrer cette manière de faire.

D'anciens fonctionnaires est-allemands avaient été condamnés définitivement pour avoir ordonné qu'on tirât sur les personnes qui tentaient de franchir la frontière entre RDA et RFA. Ils attaquèrent le jugement par la voie d'une plainte constitutionnelle, en se fondant sur le principe de non-rétroactivité des lois pénales (art. 103, al. 2 GG) : ils avaient agi dans les limites du droit alors en vigueur en RDA, et la RFA ne pouvait pas les condamner *a posteriori* sur le fondement de

¹⁶ BVerfGE, 115, 118, 140 sq.

¹⁷ *Ibid.*, 151 sq. (en particulier 154) ; si le premier motif d'annulation n'a pas posé de problème pour les commentateurs de cette décision, il n'en a pas été de même pour celui-ci (voir T. LINKE in J. MENZEL, R. MÜLLER-TERPITZ, *Verfassungsrechtsprechung*, Mohr Siebeck, 2011, p. 782-789).

son propre droit¹⁸. Afin de rejeter leur requête, les juges constitutionnels durent trouver un chemin pour écarter en l'espèce l'application de l'art. 103, al. 2 GG, qui ne souffre aucune exception dans le texte lui-même. Leur solution, particulièrement habile, fut d'utiliser justement cette disposition contre elle-même : elle est en effet comprise dans la décision comme le signe de la reconnaissance, par le constituant, du principe d'État de droit. Or l'État de droit comporterait, outre le principe de non-rétroactivité en matière pénale, celui de justice (*Gerechtigkeit*) – lequel à son tour interdit qu'échappent à la condamnation pénale des actes si graves, qu'ils aient ou non été autorisés par le régime alors en place¹⁹. Le juge refuse ainsi, en utilisant la formule de Radbruch à laquelle il renvoie à nouveau dans cette décision, l'adage *summum ius, summa iniuria* : il fait prévaloir la justice matérielle sur le droit. Il le fait cependant en prétendant précisément respecter le droit, puisque le principe qui sert de fondement à son raisonnement se trouverait, selon lui, dans le texte constitutionnel – il ne s'y trouve cependant que parce qu'il veut bien l'y découvrir, on l'a vu.

En matière d'État de droit comme de justice, le Bundesverfassungsgericht fait donc d'une pierre deux coups : il parvient à intégrer dans l'ordre constitutionnel ces deux principes (État de droit, dérogation possible au principe de non-rétroactivité du droit pénal) qui n'y sont jamais proclamés en tant que tels, en déduisant le premier de dispositions éparées (outre l'art. 103, al. 2 GG déjà évoqué, les articles portant sur la séparation des pouvoirs et l'obligation faite aux pouvoirs publics de respecter la loi et le droit), puis le second de ce premier. La dernière étape du cheminement est alors de se débarrasser entièrement du texte de départ : étudiant la jurisprudence désormais traditionnelle qui donne une place centrale à ces concepts dans le droit constitutionnel allemand, C. Bäcker constate que le tribunal a tendance désormais à remplacer les références au texte du Grundgesetz par des références au simple concept d'État de droit, qui semble se suffire à lui-même. L'impératif de clarté de la loi, par exemple, aussi bien que les critères de l'incompétence négative du législateur (lorsque l'exercice d'un droit fondamental est affecté de manière essentielle, le législateur est seul compétent, même dans le silence de la loi), auparavant tirés, certes de manière plus ou moins convaincante, de dispositions constitutionnelles, sont aujourd'hui rattachés à ce seul État de droit²⁰.

On voit donc dans ces cas, comme dans ceux où le principe d'État de droit est utilisé de manière superfétatoire, alors que les arguments textuels suffisaient largement à justifier la même décision²¹, que le travail du juge est de transfigurer le texte constitutionnel. Tout comme il l'a, dans son ensemble, placé sous le signe de la

¹⁸ BVerfGE 95, 96.

¹⁹ BVerfGE 95, 96, 130 : l'art. 103, al. 2 GG est une « modalité » (*Ausprägung*) du principe d'État de droit. *Ibid.*, 133 : le principe de justice matérielle interdit de laisser ces actes impunis.

²⁰ C. BÄCKER, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, 2015, 344 p., p. 16 sq., 228-229. Comparer BVerfGE 40, 237, 248 (*Actes d'administration judiciaire*) et 101, 1, 34 (*Ordonnance sur l'élevage des poules*). Dans le premier cas, la compétence exclusive du Parlement est fondée sur la soumission des pouvoirs publics au droit (au moyen d'un effort de justification peu convaincant), dans le second, sans plus de justification, sur les principes d'État de droit et de démocratie.

²¹ C'est le cas dans la décision *Görgülü* (BVerfGE 111, 307), sur laquelle on reviendra dans la dernière partie de cet article (cf. BÄCKER, *Gerechtigkeit*, p. 236).

dignité humaine fondant un ordre de valeurs particulier, de la même manière il peut, à propos de passages précis, dégager des principes qui finissent par valoir par eux-mêmes, même sans avoir été expressément mentionnés par le constituant²².

C. Un monopole sur le droit constitutionnel

Tous ces efforts conduisent à assurer au Bundesverfassungsgericht une forme de monopole sur la Loi fondamentale, et donc sur le droit constitutionnel allemand. Cette évolution n'est pas nouvelle, loin de là, mais elle s'est encore approfondie dans les dernières années.

Elle n'est pas nouvelle car elle est consubstantielle à la manière dont le juge constitutionnel allemand rédige ses décisions. Juridiction nouvelle, le Bundesverfassungsgericht a en effet créé son propre style juridique, un style qui se distingue par la longueur de ses développements et montre, par là, autant de parenté avec un article de doctrine, « voire une encyclique », qu'avec un jugement²³. Remarquable également est la construction de ces décisions : après avoir résumé l'affaire, les argumentaires des parties et les prises de position extérieures (partie A), et vérifié la recevabilité de la requête (partie B), le juge sépare son raisonnement propre en deux parties, calquant le parcours du syllogisme juridique. La première (généralement numérotée C. I. dans le texte) énonce la norme générale, la seconde (C. II.) l'application au cas d'espèce²⁴.

O. Lepsius a cependant montré que cette manière de faire engage bien plus que des simples questions de présentation de la décision, ou de lisibilité du raisonnement. Loin de seulement répéter la disposition constitutionnelle en cause, le juge assoit en effet une « échelle », un « étalon » (*Maßstab*) qui donne au texte un sens un peu plus précis, et un peu plus aisé à appliquer concrètement. C'est ici que sont réglées, en fait, les questions portant sur l'étendue et les limites d'un droit fondamental, sur la manière de le concilier avec les autres ou, pour revenir aux exemples précédents, que sont affirmés les principes constitutionnels prétendument sous-jacents. Il existe donc, et ce ne sera pas pour étonner le constitutionnaliste français, habitué à voir le Conseil constitutionnel énoncer d'abord la norme de référence de son contrôle, puis la traduire dans ses propres considérants de principe, avant enfin d'appliquer cette dernière règle au cas, il existe donc une étape intermédiaire entre l'énoncé de la norme invoquée par les requérants et la résolution du problème posé. On voit bien que le véritable droit constitutionnel, celui qui sert à vraiment décider, consiste en ces *Maßstäbe* édictés par le juge. Or il n'y a pas là,

²² C'est également la manière dont procède très fréquemment le Conseil constitutionnel (A. BASSET, *Pour en finir...*, p. 163-267).

²³ C. SCHÖNBERGER, « Anmerkungen zu Karlsruhe », in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, p. 11-76, p. 53-55.

²⁴ La numérotation peut changer en fonction des particularités de l'espèce (si plusieurs questions de droit se posent, les C. I, II et III pourront par exemple traiter chacune séparément ; c'est précisément le cas dans la décision portant sur les gardes-frontières est-allemands ; le Bundesverfassungsgericht peut également traiter du fond dès le B, sans s'occuper plus avant de recevabilité), mais on retrouve en tout cas toujours une distinction entre la traduction en termes généraux des dispositions constitutionnelles et leur application.

malgré la proximité du modèle français, de nécessité rhétorique ou logique : d'autres juridictions, notamment dans le système du *common law*, font peser le moment de la décision visiblement sur l'appréciation des faits (par le recours au précédent), et non sur l'énonciation de la règle générale, comme c'est le cas du Bundesverfassungsgericht. De ce fait, et surtout dans la mesure où cette partie de la décision lui permet d'introduire de nouvelles normes ou de bouleverser la hiérarchie des normes, la construction de ses décisions permet au juge allemand de créer un ordre constitutionnel nouveau, et à lui entièrement soumis²⁵.

Outre qu'elle lui permet de développer d'autres techniques renforçant et affinant ses pouvoirs, cette manière de faire conduit encore le juge à affermir sa position par la pratique de l'auto-citation : les étalons ayant été déjà construits, il n'est plus nécessaire pour les justifier de développer à nouveau le raisonnement, quasi doctrinal, qui y menait ; il suffit en revanche de renvoyer à la décision où la chose était faite. Lorsqu'on observe, cependant, la tendance du tribunal à tordre ses propres références et à sortir des phrases de leur contexte, on voit bien que la pratique tend en définitive à faire de cette institution un nouveau constituant. Dans les dernières années, cette évolution de la justification à l'auto-citation est visible²⁶.

La tendance à la confiscation du droit constitutionnel passe aussi par un élargissement de son champ. Très tôt, les décisions *Lüth* (BVerfGE 7, 198) et *Elfes* (BVerfGE 6, 32) ont permis au Bundesverfassungsgericht d'étendre l'emprise du droit constitutionnel à toutes les parties du droit, et de permettre aux justiciables d'arguer aussi de lacunes formelles d'une loi portant sur les droits fondamentaux pour obtenir son annulation²⁷. Récemment, les limites procédurales que connaissait l'action du tribunal constitutionnel ont à nouveau été repoussées, dans un mouvement d'objectivation du droit constitutionnel. La plainte constitutionnelle (*Verfassungsbeschwerde*) n'est en effet ouverte, d'après le Grundgesetz (art. 93, al. 1, n° 4), qu'aux individus dont les droits et libertés fondamentales ont été atteints : ceux qui sont contenus dans le catalogue des droits fondamentaux (art. 1 à 19 GG) ainsi que quelques autres plus spécifiques (protection face au pouvoir judiciaire, droit de vote...). Or le Bundesverfassungsgericht a accepté une interprétation particulièrement souple de cette condition dans la décision portant sur la loi de ratification du traité de Lisbonne. Qu'on en juge : puisque l'intégration européenne pourrait mener à déposséder le Parlement de ses compétences, elle viderait alors de son sens le droit de vote garanti à l'art. 38 GG, les votants n'élisant plus qu'une institution sans réels pouvoirs. De ce fait, l'art. 38 GG était bien remis en cause par la ratification, qui pouvait donc faire l'objet d'une *Verfassungsbeschwerde*. On voit que le retournement est complet : alors que cette voie est éminemment subjective (elle doit permettre de réparer une atteinte à un droit fondamental), le

²⁵ O. LEPSIUS, « Die maßstabsetzende Gewalt », in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, p. 159-279, en particulier p. 178.

²⁶ *Ibid.*, p. 181, 200-201.

²⁷ Pour une présentation particulièrement claire de ces décisions fondamentales, M. JESTAEDT, « Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist », in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, p. 77-157, p. 119-123.

Bundesverfassungsgericht lui donne une portée objective en considérant qu'elle peut être utilisée pour attaquer une loi qui, en réalité, ne regarde que l'organisation des pouvoirs, et en rien (directement au moins) les individus. Il engage ainsi cette plainte constitutionnelle sur le chemin d'une forme de *actio popularis* contre toute loi²⁸.

Dans ce dernier exemple, le raisonnement du Bundesverfassungsgericht repose notamment, pour faire de l'art. 38 GG le soutien d'une action dirigée contre une loi ne concernant que le Parlement, sur le principe de démocratie. Il est fait de celui-ci un concept fondamental pour interpréter les autres dispositions, alors que le texte constitutionnel se contente de rappeler que, parmi d'autres caractéristiques, la RFA est un État démocratique. On voit donc associées ici plusieurs des techniques qui ont permis au juge constitutionnel d'étendre son emprise sur l'ordre juridique allemand : objectivation des droits fondamentaux au point d'en faire le point de fuite du droit dans son ensemble (ce qui a conduit dès l'après-guerre, d'ailleurs, à étouffer tout débat de fond dans la doctrine publiciste²⁹) et interprétation du Grundgesetz comme la manifestation plus ou moins adroite de principes ou décisions fondamentales qui doivent seules, en réalité, être prises en compte.

L'adresse remarquable du Bundesverfassungsgericht apparaît ici : loin d'avoir souffert de la position bâtarde des cours constitutionnelles, il a su en tirer profit. Cette position éminente qu'il occupe de son propre chef se traduit ensuite dans ses relations avec les autres acteurs institutionnels. On observe alors envers chacun d'eux le même jeu qui revient en définitive à faire de la constitution, non seulement une norme fondant la validité des autres, mais plutôt un « concept unitaire traversant tout [le droit] »³⁰ ; pour continuer à utiliser les catégories de Kelsen, une norme qui constitue leur fondement matériel, dans une conception statique de l'ordre juridique.

II. LE PARLEMENT

Le propre d'une cour constitutionnelle est de pouvoir faire échec au législateur ; puisqu'il s'oppose, ce faisant, visiblement au souverain par l'intermédiaire de son représentant, c'est ici également que l'équilibre est le plus délicat à effectuer : à la légitimité constitutionnelle de la cour s'oppose la légitimité populaire du Parlement. En Allemagne, cet équilibre tourne nettement à l'avantage du Bundesverfassungsgericht, dont la jurisprudence récente est marquée par de nombreux dépassements de compétence qu'on peinerait à fonder sur le Grundgesetz

²⁸ On se reportera, parmi d'autres, aux commentaires très critiques de C. SCHÖNBERGER : « Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht », *JZ*, 2010/23, p. 1160-1164, et W. HEUN, « Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14. 1. 2014 », *JZ*, 2014/7, p. 331-337.

²⁹ C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan*, p. 38-39.

³⁰ M. JESTAEDT, « Phänomen Bundesverfassungsgericht » (note 27), p. 137 sq.

ou même la théorie de l'État³¹. À côté de décisions apparemment favorables au Bundestag (A.), le tribunal a récemment resserré le contrôle qu'il exerce sur le législateur en l'assujettissant à une exigence de rationalité (B.), et a rendu une série de décisions dans lesquelles il se substitue même à lui (C.).

A. Un Parlement apparemment renforcé

La jurisprudence récente du tribunal, dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure, veille à préserver la position institutionnelle du Parlement. Il y est à vrai dire contraint aussi par l'importance qu'il donne au concept de démocratie dans l'échafaudage constitutionnel : cela le mène en effet à protéger la manifestation essentielle qu'en est le représentant du peuple souverain.

La tendance, en Europe au moins, paraît être à des régimes parlementaires fondés sur des coalitions stables, où le gouvernement ne peut être issu du Parlement que dans la mesure où, à son tour, il le contrôle suffisamment pour pouvoir mener sa politique. La chose est peu contestée sous la Ve République, et la manière dont la Chancellerie allemande parvient, malgré les résistances internes, à imposer à son parti des décisions fort éloignées de ses positions habituelles sont un signe d'un fonctionnement semblable en Allemagne. C'est donc aussi contre le pouvoir exécutif que le Parlement doit être protégé³². Du point de vue des rapports directs entre organes, le Bundesverfassungsgericht y veille en abandonnant une jurisprudence peu favorable au droit d'information des parlementaires. Auparavant, il suffisait en effet au gouvernement d'affirmer que la question posée touchait au « noyau des responsabilités propres à l'exécutif », couvrant notamment le processus de formation de la décision à l'intérieur du gouvernement, pour justifier, sur le fondement de la séparation des pouvoirs, le refus de communiquer les renseignements demandés³³. Dans une décision de 2009 rendue à propos d'une espèce semblable (le gouvernement refusait à une commission d'enquête parlementaire les documents qu'elle demandait), la présomption a été renversée. Le juge s'appuie toujours sur la règle énoncée en 1984, mais retourne sa portée au profit du Parlement : il est désormais affirmé que ses droits à l'information ne cessent pas par principe lorsqu'est en jeu la formation de la volonté gouvernementale³⁴. Le même principe de séparation des principes est désormais

³¹ O. LEPSIUS, « Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung », *JZ*, 2014/10, p. 488-500, p. 495.

³² Ne pouvant reprendre la discussion sur le régime parlementaire en ces pages, nous renverrons aux nombreux travaux d'A Le Divellec, qui montrent notamment que son caractère dynamique fait la particularité de ce système de gouvernement, et fait qu'il pose des problèmes plus épineux à la justice constitutionnelle que d'autres systèmes. Voir notamment « Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif. Les limites de la régulation juridictionnelle d'un système de gouvernement », in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ, 2016.

³³ « Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung », BVerfGE 67, 100, 139 (décision *Commission d'enquête Flick*, 17 juillet 1984), à propos de commodités fiscales accordées par le gouvernement à une entreprise. L'expression citée est tirée par le Bundesverfassungsgericht de travaux de doctrine.

³⁴ « Parlamentarische Informationsrechte in Bezug auf abgeschlossene Vorgänge scheiden danach nicht grundsätzlich immer dann aus, wenn es sich um Akten aus dem Bereich der Willensbildung der

utilisé, non plus pour protéger par principe le gouvernement, mais pour le soumettre à un contrôle parlementaire efficace. En retour, la charge de la preuve passe du législatif à l'exécutif. Revenant sur une position antérieure, le juge constitutionnel a ainsi exigé, pour décider si le document demandé peut ou non être communiqué, que le gouvernement justifie son refus ; auparavant, c'était au Parlement de prouver le bien-fondé de sa demande³⁵. Ces exemples, comme d'autres décisions (renforçant le Bundestag face au Bundesrat dans la procédure législative, ou lui confiant de manière plus stricte le contrôle des opérations militaires) relèvent du même mouvement³⁶.

Il faut encore mentionner une évolution importante touchant aux pouvoirs législatifs du Parlement. S'il n'est pas d'équivalent en Allemagne de l'article 34 de la Constitution de 1958, qui détermine le domaine de la loi, le juge a tout de même développé un outil comparable à l'incompétence négative qui découle de cette disposition en France, et contraint le législateur à régler lui-même ces matières. Restreinte d'abord aux normes portant atteinte à la liberté et à la propriété³⁷, cette « réserve de la loi » (*Vorbehalt des Gesetzes*) a ensuite été élargie à toutes les « questions de principe qui touchent directement les citoyens »³⁸. Cette extension est donc assez ancienne, et le régime bien établi, mais le Bundesverfassungsgericht a récemment dépassé ce critère pour confier exclusivement au Parlement des décisions qui ne touchent pourtant pas directement les citoyens³⁹. Trois arguments, selon lui, imposent de réserver au Parlement l'institution d'un revenu minimum : la nécessité de celui-ci pour garantir la dignité des individus, le fait qu'il revienne au Parlement de prendre les mesures importantes pour mettre en œuvre les droits fondamentaux, les conséquences enfin du revenu minimum pour les finances publiques⁴⁰. Ces trois arguments relèvent de trois niveaux différents sur une même échelle qui va du droit conçu comme ensemble de droits subjectifs dont jouissent les individus au droit conçu comme l'organisation des rapports entre institutions : le premier adopte la perspective des droits subjectifs, le deuxième se fonde sur une théorie de l'État constitutionnel, le dernier quant à lui considère les choses du point de vue de la répartition des pouvoirs en démocratie.

Regierung, einschließlich der vorbereitenden Willensbildung innerhalb der Ressorts und der Abstimmung zwischen ihnen, handelt » (BVerfGE 124, 78, 122).

³⁵ BVerfGE 124, 161, 192 sq. (demande d'information sur l'espionnage par les services de renseignements allemands de députés au Bundestag).

³⁶ Sur ces différentes questions, et présentant également de manière plus approfondie les exemples évoqués ci-devant, S. EMMENEGGER, « Die Stärkung des Parlaments in der neueren Rechtsprechung des BVerfG », in S. EMMENEGGER, A. WIEDMANN (dir.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, De Gruyter, 2011, p. 447-470.

³⁷ BVerfGE 2, 307, 313.

³⁸ BVerfGE 40, 237, 249.

³⁹ Pour une vue plus complète des conséquences de la décision *Hartz IV* sur la réserve de la loi, et les rapports de celle-ci avec la protection des droits fondamentaux, voir C. BURKICZAK, « Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument des Grundrechtsschutzes », in S. EMMENEGGER, A. WIEDMANN (dir.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, De Gruyter, 2011, p. 129-149.

⁴⁰ BVerfGE 125, 175, 223.

Sont donc utilisés, et mêlés, les deux grands cadres d'interprétation utilisés habituellement par le tribunal : le Grundgesetz comme ordre de valeurs se traduisant par la reconnaissance de droits fondamentaux individuels d'un côté, le Grundgesetz comme prise de position politique de l'autre. La chose se fait ici au profit immédiat du Parlement, à qui est garanti un domaine réservé. On voit pourtant que cet avantage a son revers : il n'est attribué que sur le fondement de techniques qui assurent par ailleurs au juge la haute main sur l'ensemble de l'ordre juridique, notamment par le biais des droits fondamentaux. La position du Bundestag est ainsi renforcée face au gouvernement, mais pas face au Bundesverfassungsgericht.

B. L'exigence de rationalité

La simple illusion d'un renforcement parlementaire est manifestée, en revanche, par les nouvelles contraintes que la jurisprudence constitutionnelle fait peser sur le Bundestag, en particulier celle qui lui impose de faire preuve de rationalité dans son activité législative.

L'obligation de cohérence est apparue récemment, dans la décision censurant des lois interdisant de fumer dans les restaurants. Ces lois énonçaient en effet une interdiction stricte, avec néanmoins (en Baden-Württemberg) deux exceptions : les repas servis sous des tentes, et les salles, fermées, aménagées spécialement à cet effet dans les restaurants. Les tenanciers de bistrot trop petits pour qu'on y ajoute ce genre de salles se plaignaient donc de la perte de clientèle qu'ils auraient à subir, au profit des établissements assez grands pour pouvoir offrir un espace fumeurs. Alors qu'un raisonnement fondé sur l'atteinte au principe d'égalité aurait pu justifier, certes au prix de quelques pirouettes logiques, l'annulation, le Bundesverfassungsgericht a choisi un autre fondement. Il considère en effet que le législateur, par le simple fait de prévoir des exceptions à l'interdiction, s'est contredit : une interdiction ne prenant pas en compte ses conséquences économiques n'était possible que fondée sur la protection de la santé publique. À partir du moment, en revanche, où ce but de protection de la santé publique n'est plus absolu, c'est-à-dire dès que des dérogations sont possibles, l'interdiction doit être confrontée aux effets néfastes qu'elle aura pour les exploitants. C'est seulement « au regard du retrait de l'objectif de protection poursuivi » que « les contraintes ne sont plus raisonnablement en rapport avec les avantages que les législateurs des Länder recherchent, au moyen de cette interdiction assouplie, pour la collectivité »⁴¹. Ce qui est reproché au législateur, ce n'est pas d'avoir méconnu le sort des petits cafetiers, mais de s'être écarté de son concept originel de protection⁴².

Plusieurs auteurs voient donc dans cette décision la consécration d'une nouvelle contrainte pour le législateur, et d'une contrainte particulièrement pesante,

⁴¹ « Angesichts der Zurücknahme des erstrebten Schutzziels steht das Maß der sie hiernach treffenden Belastung aber nicht mehr in einem zumutbaren Verhältnis zu den Vorteilen, die die Landesgesetzgeber mit dem gelockerten Rauchverbot für die Allgemeinheit erstreben » (BVerfGE, 121, 317, 366).

⁴² BVerfGE 121, 317, 357 sq.

au point sans doute d'excéder les pouvoirs d'un juge constitutionnel. « Ce qui apparaît à première vue comme la concession d'un pouvoir d'appréciation parlementaire [le fait pour le législateur de pouvoir interdire complètement la cigarette dans les restaurants] se révèle en fait, considère C. Bumke, une partie d'un filet d'obligations constitutionnelles de plus en plus serré pour le pouvoir législatif »⁴³. L'origine de cette jurisprudence permet d'asseoir la critique. Les premières mentions d'une obligation de cohérence, ou de non-contradiction, apparaissent en effet lors de contrôles d'égalité : une contradiction entre la norme contrôlée et le reste de l'ordre juridique (ou l'esprit inspirant cet ordre) est un indice, mais un simple indice, à lui seul insuffisant, d'une éventuelle différence arbitraire de traitement⁴⁴. Or le principe d'égalité est justement le champ où la limite est particulièrement délicate entre la liberté d'appréciation du législateur et l'intervention du juge, car la détermination de ce qui est ou non une différence de situation justifiant une différence de traitement échappe par nature à la logique, et doit se contenter de la conviction. Il est donc remarquable que soit apparue précisément là l'exigence de rationalité imposée au législateur, qui permet de justifier un contrôle que le texte constitutionnel à lui seul peine à fonder. Le champ dans lequel s'est développé le recours à ce critère est d'ailleurs surtout le champ fiscal, précisément parce que le Grundgesetz n'offre pas de prise assez précise au juge pour contrôler ces lois. En y introduisant le devoir de cohérence, il constitutionnalise en réalité des dispositions simplement législatives et restreint donc indûment la liberté du Parlement⁴⁵.

C. Bumke et O. Lepsius portent le même regard critique sur cette évolution : le Bundesverfassungsgericht méconnaît en réalité la spécificité de l'action politique, qui est précisément de n'être pas rationnelle. Il méconnaît aussi, surtout, la formation des lois et la nécessité, justement en démocratie, de pouvoir obtenir des compromis, lesquels altèrent par nature l'éventuelle cohérence originelle du texte. Ils sont d'ailleurs rejoints sur ce point par B.-O. Bryde, auteur d'une opinion dissidente dans la décision *Interdiction de fumer*. Celui-ci condamne en effet la mise sous tutelle du législateur à laquelle aboutit l'exigence de cohérence, se fondant lui aussi sur l'irrationalité essentielle à la démocratie. « Le Bundesverfassungsgericht, affirme-t-il, ne doit pas exiger une cohérence et une pureté de système qu'aucun législateur démocratique ne peut obtenir » ; ce serait en effet exclure en pratique toute possibilité de réforme législative⁴⁶. Le problème de fond est bien celui du rapport entre la démocratie, qui est une manière d'exercer le

⁴³ « Was auf den ersten Blick nach der Einräumung gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume aussieht, erweist sich im Ergebnis als Teil eines immer engermaschig werdenden Netzes grundgesetzlicher Vorgaben für die gesetzgebende Gewalt », C. BUMKE, « Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung », *Staat*, 2010, p. 77-105, p. 80.

⁴⁴ « Systemwidrigkeit stellt für sich allein ohnehin keinen Gleichheitsverstoß dar; sie kann allenfalls einen solchen Verstoß indizieren (vgl. BVerfGE 68, 237 (253)) » (BVerfGE 81, 156, 207 ; voir BUMKE, « konsistente Gesetzgebung » (note 43), p. 86-87).

⁴⁵ LEPSIUS, « Die maßstabsetzende Gewalt » (note 25), p. 247-251 (à propos de la décision BVerfGE 122, 210) ; voir aussi pour la question particulière du droit fiscal C. THIEMANN, « Das Folgerichtigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Leitlinie der Besteuerung », in EMMENEGGER, WIEDMANN, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, p. 179-212, p. 188.

⁴⁶ BVerfGE 121, 317, 380-381.

pouvoir, et le droit, système reposant sur l'illusion de la cohérence et de la rationalité⁴⁷. Pour ceux qui blâment, à juste titre nous semble-t-il, cette évolution, le tribunal doit céder dans cette lutte contre le politique : « toutes les exigences de rationalité doivent s'orienter d'après cette imperfection [de l'ordre démocratique], qui est la raison pour laquelle une rationalisation ininterrompue de l'ordre juridique ne conduirait pas au règne de la raison, mais dans l'impasse d'un État juridictionnel imprévisible »⁴⁸.

On voit là le cas d'espèce d'une critique plus générale faite au juge constitutionnel allemand : jouant de l'ambiguïté de sa position, entre droit et politique, il a la mauvaise manie de soumettre l'un comme l'autre à des exigences qui lui sont étrangères, « étouffant la politique sous des exigences juridiques de cohérence, et ôtant à la justice la rationalité qui fait le quotidien de l'institution »⁴⁹. C'est, à notre sens, le résultat de l'interprétation totalisante faite par le Bundesverfassungsgericht du Grundgesetz.

C. Une tendance à se substituer au Parlement

L'étape suivante, elle aussi accomplie sans trop de scrupules, est celle d'un contrôle si complet qu'il en vient à se substituer à l'action du Parlement. Cela peut se manifester de plusieurs manières, mais la plupart du temps sur un même fondement : cette contamination du versant objectif du droit constitutionnel (les rapports entre les pouvoirs) par son versant subjectif (les droits fondamentaux).

La substitution est évidente lorsque le juge encadre de si près l'activité du législateur qu'il ne lui laisse aucun choix. Un exemple fameux avait fait grand bruit dans les années 90 : le Bundesverfassungsgericht avait profité d'un *obiter dictum* pour affirmer que le taux général d'imposition ne pouvait jamais dépasser cinquante pour cent⁵⁰. Si cette jurisprudence a été ensuite abandonnée⁵¹ (le juge allemand se ressouvient donc parfois de ses limites), la récente décision sur le seuil électoral introduit par le législateur pour les élections européennes, à nouveau, réduit considérablement la marge d'appréciation de celui-ci. Les traités de l'Union européenne imposent que ces élections se tiennent au scrutin proportionnel, et permet d'introduire un seuil pour être représenté au Parlement (laissé à

⁴⁷ Voir sur ce dernier point R.-M. KIESOW, *L'unité du droit*, éditions de l'EHESS, 2014, 238 p. (not. p. 9-19).

⁴⁸ « An dieser Unfertigkeit [der demokratischen Ordnung] müssen sich alle Rationalitätsforderungen ausrichten und sie ist der Grund dafür, warum eine immer weitergehende Rationalisierung der Rechtsordnung nicht im Reich der Vernunft, sondern auf dem Holzweg eines unkalkulierbaren Jurisdiktionsstaates endet » (BUMKE, « konsistente Gesetzgebung », (note 43), p. 95). Critique semblable chez Lepsius : « Die maßstabsetzende Gewalt » (note 25), p. 247-251.

⁴⁹ « Das Gericht erstickt dann die Politik unter juristischer Kohärenzanforderungen, und es nimmt der Justiz ihre institutionelle Alltagsrationalität » (SCHÖNBERGER, « Anmerkungen zu Karlsruhe » (note 23), p. 52).

⁵⁰ Pour une présentation en français de la question, on se reportera à la thèse d'A. MANGIAVILLANO, *Le contribuable et l'État : l'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété : Allemagne-France*, Dalloz, 2013, 676 p., p.352 sq.

⁵¹ BVerfGE 111, 95 (abandon au moins implicite dans la mesure où le juge ne fait plus référence au prétendu principe de répartition égale entre l'individu et l'État).

l'appréciation des États membres, et ne pouvant dépasser 5 %). Le législateur allemand avait fait usage de cette liberté, et fixé un seuil de 5 % en deçà duquel les voix obtenues n'étaient pas prises en compte. Cette disposition fut censurée par le Bundesverfassungsgericht comme contraire au droit de vote garanti par le Grundgesetz. De fait, de telles barrières vident de son contenu le droit de vote des personnes ayant choisi les partis non-représentés : le juge allemand exige donc pour justifier cette atteinte au droit de vote une justification suffisante. Celle-ci peut être tirée, d'après la jurisprudence, de « l'atteinte portée à la capacité de fonctionnement de l'organe représentant, pourvu que cette atteinte puisse être prévue avec une certaine vraisemblance »⁵². L'essentiel dans cette solution est la référence faite au caractère prévisible de l'atteinte : il laisse en effet au législateur une certaine marge de décision pour ce qui concerne les prévisions, dont seul l'abus peut conduire à une censure. Dans la pratique, de telles marges peuvent cependant être fortement restreintes par le juge, comme ce fut le cas dans la décision sur les élections européennes. Au moment d'appliquer ces critères, le Bundesverfassungsgericht ne s'est pas contenté de l'argument, présenté par le gouvernement, selon lequel la multiplication des partis rendrait sans aucun doute difficile de former des majorités. Il a au contraire considéré qu'il aurait fallu, pour établir l'atteinte portée à la capacité de fonctionnement, pouvoir montrer que « le nombre des députés par principe hostiles à toute coopération serait si élevé que les majorités qualifiées ne pourraient, en règle générale, plus être atteintes dans les faits »⁵³. Il rend donc les conditions si contraignantes qu'il ôte en réalité toute portée à la marge d'appréciation explicitement laissée au législateur⁵⁴. Substituant sa propre opinion sur le fonctionnement du Parlement européen à celle du pouvoir politique, il décide donc en réalité entièrement à sa place – en faisant preuve d'une hostilité aux institutions européennes qui ne paraît pas être partagée par la majorité des députés.

À la rigueur, on pourrait trouver ce genre d'empiétements sur la fonction du législateur dans toute juridiction constitutionnelle, pourvu que sa position le lui permette (songeons à la manière dont le Conseil constitutionnel, en matière fiscale, se substitue sans trop de vergogne au législateur). Ce qu'il y a de plus spécifique à la justice constitutionnelle allemande, c'est une forme d'expansion du champ des droits fondamentaux : les exigences tirées de ces droits subjectifs s'émancipent de cette origine pour valoir de manière objective, et tout l'ordre juridique, y compris les relations entre les pouvoirs, se trouve déterminé par ces droits fondamentaux. On a déjà vu un exemple à propos de la *Verfassungsbeschwerde*, et le Parlement a également eu à souffrir en particulier de cette évolution.

⁵² « die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der [...] Vertretungsorgane » (BVerfGE 120, 82, 114).

⁵³ « die Zahl der grundsätzlich kooperationsunwilligen Abgeordneten so hoch wäre, dass qualifizierte Mehrheiten in aller Regel praktisch nicht mehr erreichbar wären », BVerfGE 129, 300, 332.

⁵⁴ Critique formulée notamment dans l'opinion dissidente de U. Di Fabio et R. Mellinghoff, selon qui le critère passe en réalité de l'atteinte portée à la capacité de fonctionnement à l'impossibilité stricte de fonctionner (BVerfGE 129, 300, 353), ainsi que par plusieurs commentateurs (voir B. GRZESZICK, « Demokratie und Wahlen im europäischen Verbund der Parlamente – Zum Urteil des BVerfG über Sperrklauseln bei Wahlen zum Europäischen Parlament », *Europarecht*, 2012, p. 667-682, qui parle d'un argument introduit « en sous main » (« *unter der Hand* »), p. 674).

Dans une décision de 2013⁵⁵, le Bundesverfassungsgericht a ainsi considérablement réduit sa liberté en matière législative. Une norme fiscale pouvait être interprétée de deux manières, selon qu'on la lisait littéralement ou qu'on prenait en compte le contexte général des lois fiscales. L'une de ces deux lectures offrait une exonération à certains investisseurs (qui n'étaient pas explicitement mentionnés dans le texte mettant fin à un avantage fiscal existant), l'autre pas. Deux ans après, le législateur, une fois son attention attirée sur cette incertitude, précise que le texte n'instituait pas d'exonération pour la catégorie d'investisseurs qui n'avait pas été explicitement mentionnée. Cette intervention visant simplement à éclairer une ambiguïté, il ajoute que c'est cette version du texte qui doit être prise en compte pour le calcul des impôts des deux derniers exercices. Saisi par la voie du contrôle concret, le Bundesverfassungsgericht considère qu'il y a là en réalité l'édiction d'une nouvelle loi, et que celle-ci, en s'appliquant à des situations déjà acquises, porte atteinte au principe de sécurité juridique ; il en interdit donc l'application rétroactive.

Cette solution est pourtant loin d'être évidente : le principe de sécurité juridique est fondé sur le principe d'État de droit, et se rapporte donc en définitive à la protection des individus. Si l'on considère que la norme en cause est rétroactive, on peut certes avancer que la confiance légitime des personnes concernées n'a pas été respectée⁵⁶. Cependant, la qualification même de la loi comme rétroactive n'est pas si aisée : puisque l'interprétation systématique excluait l'exonération dont avaient prétendu bénéficier les requérants, il n'y avait en fait pas de situation établie à laquelle la loi interprétative portait atteinte. De ce fait, le sens même du contrôle des lois rétroactives change du tout au tout. Il ne s'appuie plus en effet sur les droits subjectifs des personnes, ce qui implique de vérifier concrètement, au cas par cas, que la disposition en cause porte bien atteinte à de tels droits, mais sur une obligation générale et abstraite de ne pas modifier rétroactivement l'ordre juridique. C'est en ce sens que le régime des droits fondamentaux devient objectif : l'ensemble du droit constitutionnel en est désormais entrelardé, sans plus de rattachement aux droits des individus. Le juge, le juge constitutionnel en particulier, en profite : il se réserve en effet entièrement l'interprétation du droit, c'est-à-dire en réalité une bonne part de sa définition. On peut en conclure avec O. Lepsius qu'« il ne s'agit pas, dans cette décision, de la protection du sujet de droit, mais de la protection des conditions de fonctionnement du troisième pouvoir face à l'entreprise de correction du législatif » – protection d'autant plus discutable qu'elle est faite par le tribunal à

⁵⁵ BVerfGE 135, 1. La critique que nous faisons de cette décision doit largement au commentaire de O. Lepsius (« Neubegründung des Rückwirkungsverbots », note 31). Pour un avis contraire, moins convaincant selon nous : L. MICHAEL, « Das Verbot echter Rückwirkung als Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von Gesetzen und eines Kernbereichs der Judikative. Zugleich Erwiderung zu Oliver Lepsius », *JZ*, 2015/9, p. 425-435 (suivi d'une nouvelle réplique de O. Lepsius).

⁵⁶ Encore cela ne va-t-il pas de soi : dès ses débuts, la jurisprudence concernant la sécurité juridique porte sur la manière dont l'État appréhende les actes (sur le modèle du droit pénal : un individu doit pouvoir agir sans craindre que son comportement, légal sur le moment, lui soit reproché *a posteriori*), et non sur le patrimoine ou la richesse des personnes (BVerfGE 45, 142, 167-168).

son propre profit, et en s'appuyant sur une argumentation extrêmement fragile, passant sans le justifier du subjectif à l'objectif⁵⁷.

Les droits fondamentaux sont donc, par excellence, l'outil qui permet au juge constitutionnel allemand de contraindre l'action du Parlement. Ils sont conçus de manière à l'emporter sur le principe de séparation des pouvoirs. On le voit particulièrement en étudiant la manière dont le premier Sénat du tribunal a contredit le deuxième dans deux affaires concernant le port du voile islamique par des enseignantes.

Arbitre traditionnel des rapports entre les différentes institutions, le deuxième Sénat, lorsque la question lui fut soumise, avait considéré que l'interdiction administrative du voile n'était possible qu'en cas de menace concrète pour la tranquillité et la neutralité de l'école. En revanche, il permettait, et réservait, au législateur d'adopter une réglementation interdisant de manière générale le port du voile aux enseignantes ; il lui suffirait pour cela de se fonder sur le danger abstrait que représente un tel signe religieux pour la neutralité scolaire⁵⁸. Le premier Sénat, saisi d'une législation prise sur ce fondement, a au contraire interdit, par principe, une interdiction qui ne soit pas fondée sur des troubles concrets. Alors que la première décision avait été le fruit d'une perspective institutionnelle (le juge déterminait l'autorité à qui revient le pouvoir d'interdire le port du voile), la deuxième se plaçait exclusivement sur le terrain des droits fondamentaux (une interdiction générale et absolue est par principe contraire à la liberté religieuse)⁵⁹. La divergence entre les deux Sénats est tout à fait fondamentale : alors que, pour le second, il revient au législateur de réaliser l'équilibre entre les principes qui s'opposent (liberté religieuse et neutralité de l'État), le premier ne prend en compte que la perspective individuelle (celle, donc, de la liberté religieuse) « et ne se laisse pas ôter la haute-main en ce qui concerne l'ordonnancement des principes juridique dans les cas particuliers »⁶⁰.

On mesure ici la distance qui sépare le juge allemand de son homologue français, distance que l'évolution que nous relatons ne fait que renforcer. Alors que le Conseil constitutionnel, dans les questions dites « de société » restreint largement son contrôle, et n'utilise les droits fondamentaux que comme une bride assez lâche (considérant par exemple que le principe d'égalité ne s'applique aux couples homosexuels et hétérosexuels que lorsque le législateur veut bien qu'il s'applique⁶¹), le Bundesverfassungsgericht a une compréhension beaucoup plus totalisante, et

⁵⁷ LEPSIUS, « Neubegründung des Rückwirkungsverbots » (note 31), p. 492 (« In dieser Entscheidung geht es nicht um den Schutz des Normunterworfenen, sondern um den Schutz der Funktionsbedingungen der Dritten Gewalt vor dem korrigierenden Zugriff der Legislative »), 495-497.

⁵⁸ BVerfGE 108, 282, 309 sq.

⁵⁹ BVerfG, 1 BvR 471/10 et 1 BvR 1181/10 (27 janvier 2015), § 112 sq.

⁶⁰ « und lässt sich das Zepter in der Zuordnung der Rechtsgüter im Einzelfall nicht aus der Hand nehmen » (C. FRANZIUS, « Vom Kopftuch I zum Kopftuch II – Rückkehr zur Verhältnismäßigkeitsprüfung? », *Der Staat*, 2015, 54, p. 435-452, p. 445).

⁶¹ Décisions 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle B. et Isabelle D.* ; 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre.*

beaucoup plus offensive – sa jurisprudence a d’ailleurs conduit à faire du contrat civil réservé aux couples homosexuels un équivalent du mariage, malgré la précaution prise par le législateur de ne pas l’appeler mariage, et malgré un texte constitutionnel plus contraignant de ce point de vue⁶². On peut s’en féliciter pour telle ou telle question particulière, mais il reste que ces progrès ponctuels pour les libertés sont autant d’atteintes portées au pouvoir d’appréciation du législateur. L’ordre juridique allemand semble ainsi devenir un corset de droits fondamentaux qui ne laisse pour ainsi dire plus de place aux respirations démocratiques.

En définitive, le Bundesverfassungsgericht endosse largement, de manière plus ou moins visible, le rôle du législateur par sa jurisprudence. À tel point qu’il peut non seulement lui imposer une obligation d’action (ainsi dans les rapports avec l’Union européenne, s’il considère que ses institutions outrepassent leur rôle⁶³), mais encore décider positivement du droit qui doit entrer en vigueur : non content de déterminer lui-même le contenu de réglementations touchant aux droits fondamentaux (ainsi du revenu minimum), il prétend déterminer lui-même les conséquences des négligences parlementaires. Constatant qu’aucune nouvelle loi n’a été adoptée dans le délai qu’il avait laissé au Parlement pour corriger les inconstitutionnalités de la législation réglant l’impôt sur les successions, le tribunal a fait paraître en juillet 2016 un communiqué de presse comminatoire : face à cette situation, il se réserve le droit de se saisir à nouveau du sujet après la pause estivale⁶⁴.

En définitive, le succès de la justice constitutionnelle et du discours des droits fondamentaux n’est donc pas sans poser problème pour l’action politique. Même lorsque le Parlement n’est pas directement contredit par le juge, on observe en amont une forme d’auto-censure, les parlementaires restreignant *a priori* leurs projets pour ne pas risquer l’inconstitutionnalité. Pas seulement par peur de la sanction, d’ailleurs, mais aussi dans l’idée que le Bundesverfassungsgericht, garant des droits fondamentaux et du même coup de l’ordre démocratique, serait le mieux à même de guider la communauté⁶⁵.

III. LES JUGES ORDINAIRES

Quoique le Bundesverfassungsgericht répète à l’envi n’être pas une cour suprême, reste que ses relations avec les autres juridictions, au moins avec le

⁶² BVerfGE 133, 59 (adoption par les couples homosexuels) ; 133, 377 (situation fiscale des couples homosexuels).

⁶³ BVerfGE 89, 155, 188.

⁶⁴ Communiqué de presse n° 41/2016 du 14 juillet 2016, affirmant « dass der Erste Senat sich nach der Sommerpause Ende September mit dem weiteren Vorgehen im Normenkontrollverfahren um das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz befassen wird ».

⁶⁵ Sur ces questions, voir A. Stone Sweet, *Governing with judges, passim*, ou M. Hailbronner, qui évoque le risque d’une « democratic debilitation » causée par l’omniprésence du Bundesverfassungsgericht (« We the experts - Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten », *Staat*, 2014, p. 425-443).

Bundesgerichtshof, ont été houleuses dès ses premières années⁶⁶. Il s'agissait pour lui en effet de revendiquer le monopole d'interprétation de la constitution ; cela peut conduire mécaniquement à contrôler la jurisprudence des autres juges, en particulier à partir du moment où il disposa de la *Verfassungsbeschwerde* pour annuler directement leurs décisions. La question, « question du siècle » pour certains auteurs⁶⁷, connut un nouvel essor dans les années 90, et culmina avec la décision *Sitzblockaden*, dans laquelle le Bundesverfassungsgericht contesta le concept de « violence » utilisé par le Bundesgerichtshof, lui substitua le sien et annula donc le jugement qu'on lui soumettait.

Ce moment des relations entre juge constitutionnel et juges ordinaires est déjà bien connu ; il ne paraît pas nécessaire, ou pas neuf, de revenir sur les luttes qui les opposent çà et là, et parfois violemment, à propos de l'interprétation qui doit être donnée de tel ou tel droit fondamental⁶⁸. Plus intéressantes peut-être sont deux nouvelles tendances, qui toutes deux minent plus en profondeur les positions des juges ordinaires. Elles contribuent en effet à approfondir le contrôle exercé par le Bundesverfassungsgericht sur les décisions rendues par les autres juridictions. Il s'agit de l'utilisation des traités internationaux (A.) et de l'examen des méthodes d'interprétation (B.).

A. Le contrôle fondé sur le respect des traités

D'après l'art. 59 GG, les traités ont en Allemagne un rang égal à celui des lois fédérales. De ce fait, ils ne peuvent pas entrer dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, excluant du même coup les *Verfassungsbeschwerden* contre les décisions de justice rendues en méconnaissance de ces dispositions. On sait l'importance qu'a eue, en France, la jurisprudence de la CEDH pour le développement des libertés publiques, et l'on pense bien que cette lacune ôtait une part importante du contentieux au Bundesverfassungsgericht. Par un détour constitutionnel, celui-ci est cependant parvenu à attirer ces cas aussi dans son champ de compétence.

Il avait affirmé il y a quelques années déjà le principe « d'ouverture internationale et de conformité de la Loi fondamentale au droit des gens », afin d'éviter les conflits de norme entre lois et conventions internationales⁶⁹. Dans la

⁶⁶ SCHÖNBERGER « Anmerkungen zu Karlsruhe » (note 23), p. 23 sq. ; JESTAEDT, « Phänomen Bundesverfassungsgericht » (note 27), p. 91 sq.

⁶⁷ K.-H. FEZER, « Diskriminierende Wirkung - Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht », *JZ*, 1998/6, p. 265-275, p. 267 ; la décision *Sitzblockaden* (BVerfGE 92, 1) vient peu après d'autres remises en cause d'interprétations faites par les juges ordinaires (BVerfGE 89, 1, *Droit de propriété du locataire*, 89, 214, *Contrats de caution* et 90, 27, *Antennes paraboliques*).

⁶⁸ Comme exemple de lutte, mais de lutte perdue d'avance puisque la *Verfassungsbeschwerde* donne, juridiquement, raison au Bundesverfassungsgericht en dernier lieu, on peut citer les échanges entre ce dernier et le Oberverwaltungsgericht de Münster sur l'interdiction de manifestations néo-nazies (présentés dans U. BATTIS, K.-J. GRIGOLEIT, « Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes - Eine Analyse der neuen BVerfGEntscheidungen », *NJW*, 2001/29, p. 2051-2055).

⁶⁹ BVerfGE 92, 26, 48.

décision *Görgülü* (2004), il réutilise ce principe pour fonder l'obligation faite au juge de prendre en compte le droit international dans ses décisions. Par là, en effet, le droit de la CESDH intègre « la loi et le droit » auxquels sont soumis d'après l'art. 20, al. 3 GG les pouvoirs exécutif et judiciaire ; par conséquent, toute méconnaissance crasse de la jurisprudence européenne au moment de rendre une décision constitue une atteinte aux droits fondamentaux de l'individu interprétés à la lumière du principe d'État de droit⁷⁰ (on voit à nouveau à l'œuvre ici la confusion entre perception subjective et objective du droit constitutionnel). Cela conduit notamment à l'affirmation d'un « devoir constitutionnel » d'interpréter les droits fondamentaux internes (ceux qui sont contenus dans le Grundgesetz) à la lumière de la CESDH et de la jurisprudence à laquelle elle a donné lieu. En soi, cette obligation est déjà connue, mais elle sert ici, tout comme l'obligation de prendre en compte les décisions de la CEDH, à justifier ensuite le contrôle exercé sur les jugements rendus par les juridictions ordinaires⁷¹. Le Bundesverfassungsgericht précise en effet ce qui doit être compris par cette prise en compte : « prendre connaissance des dispositions de la convention telles qu'elles sont interprétées par la cour et les appliquer au cas d'espèce »⁷².

Le tribunal passe ainsi par la méthode pour pouvoir être saisi de décisions qui lui échappaient sinon du fait des normes de référence en cause. Il s'agit bien ici pour lui « d'être mis dans la situation de pouvoir décider de cas délicats » lorsque sont en jeu des questions qui engagent l'articulation de l'ordre juridique allemand avec des ordres juridiques internationaux⁷³. Il est certes de l'intérêt de tous que l'État ne se trouve pas en porte-à-faux au regard de ses obligations internationales du fait de ses propres juges. En s'arrogeant le dernier mot sur ce contrôle, cependant, le juge constitutionnel prend de fait la position d'une entière cour suprême, c'est-à-dire d'une cour non seulement soustraite à tout contrôle juridique, mais disposant également du pouvoir de réviser les décisions prises par d'autres cours.

⁷⁰ « Zur Bindung an Gesetz und Recht gehört aber auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische "Vollstreckung" können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen » (BVerfGE 111, 307, 323-324).

⁷¹ BVerfGE 111, 307, 328 sq. ; première mention du devoir d'interpréter les droits internes au regard des droits européens : BVerfGE 74, 358, 370.

⁷² « die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden », BVerfGE 111, 307, 329.

⁷³ « Auch dieses sehr weite Verständnis der Beschwerdebefugnis der Verfassungsbeschwerde belegt, dass es dem Bundesverfassungsgericht sehr darum geht, auch tatsächlich in die Lage versetzt zu werden, über kritische Fälle entscheiden zu können », J. GRIEBEL, « Doppelstandards des Bundesverfassungsgerichts beim Schutz europäischer Grundrechte », *Der Staat*, 2013/3, p. 371-399, p. 379.

B. Le contrôle des méthodes

Cet effort n'est pas isolé, au contraire. Il rejoint le point sans doute le plus sensible des relations entre le Bundesverfassungsgericht et les autres juridictions, le contrôle par celui-là des méthodes employées par celles-ci.

La délimitation entre l'office du juge ordinaire et celui du juge constitutionnel pouvait poser problème à partir du moment où deux éléments se conjuguèrent : la possibilité d'introduire une plainte constitutionnelle contre des décisions de justice, la portée conférée aux droits fondamentaux de la Loi fondamentale dans les décisions *Elfes* et *Lüth*. Tout comme les droits fondamentaux s'imposent dès lors à l'ensemble de l'ordre juridique et l'orientent entièrement, leur juge, de même, pouvait devenir le juge des autres juges. Afin de ne pas prêter le flanc à ceux qui le soupçonnaient de vouloir devenir une forme de cour suprême allemande, le Bundesverfassungsgericht élaborait une jurisprudence, connue comme la « formule de Heck », qui restreignait le contrôle des jugements aux cas d'« atteinte au droit constitutionnel spécifique », ce que n'est pas nécessairement « toute décision objectivement fautive »⁷⁴.

La formule, comme les succédanés qu'on lui a cherchés, a ses faiblesses, que le Bundesverfassungsgericht a su utiliser pour contrôler assez précisément, en pratique, les jugements qu'on lui soumettait⁷⁵. Il a cependant également développé une toute autre voie, qui ne s'appuie plus sur le droit matériel, l'interprétation de tel ou tel principe, la qualification de tel ou tel fait, mais sur les méthodes mêmes des juges – exactement ce qu'on ferait relever, en France, du jugement en droit et non en fait. Là encore, c'est sa conception extensive des droits fondamentaux qui lui sert d'appui. La manière dont les juges ordinaires interprètent le droit, les techniques qu'ils mettent en œuvre à cette occasion ou la manière dont ils appliquent les textes à une situation particulière ne regarde qu'eux, et les éventuelles juridictions devant qui le justiciable peut faire appel du jugement. Puisque, selon ses propres termes, le Bundesverfassungsgericht n'est pas une « super instance de cassation », rien ne lui permet, à première vue, de s'immiscer dans ces questions⁷⁶. Pourtant, et s'il continue alors de se parer de la formule de Heck (légèrement modifiée puisqu'il n'est plus question de droit constitutionnel « spécifique », mais simplement de droit constitutionnel), il ajoute désormais que l'application et l'interprétation des normes par les juges, puisqu'elle restreint, par définition la liberté des individus (apport de la décision *Elfes*) doit respecter le principe d'État de droit, et pour cela « se mouvoir

⁷⁴ « Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist » (BVerfGE 18, 85, 92-93).

⁷⁵ P. KUNIG, in R. ALEXI, J. IPSEN, W. ERBGUTH, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL, De Gruyter, 2002, 549 p., p. 34-74 ; voir également la critique dans G. ROELLECKE, « Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Müller, 11 t., 2003, t. 3, p. 1221-1231 ; même circonspection chez E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Grundrechte als Grundsatznormen », *Der Staat*, 29, 1990, p. 1 sq., p. 9.

⁷⁶ « Die Auslegung des einfachen Rechts, die Wahl der hierbei anzuwendenden Methoden sowie seine Anwendung auf den Einzelfall sind Sache der dafür zuständigen Fachgerichte und vom Bundesverfassungsgericht nicht auf ihre Richtigkeit zu untersuchen », BVerfGE 128, 193, 209.

dans les frontières d'une interprétation acceptable et d'une construction prétorienne du droit admissible »⁷⁷. Dans le cas contraire, le Bundesverfassungsgericht s'autorise à intervenir, même si les droits fondamentaux des individus ne sont pas directement en jeu (si ce n'est le très vague droit de vivre dans un système juridique en quelque sorte pur).

En pratique, cela veut dire que le juge ordinaire doit respecter au moment de rendre une interprétation constructive du droit (si tant est, ce qui est loin d'être établi, qu'on puisse vraiment la distinguer de la simple application du droit – le raisonnement présenté repose cependant sur ce présupposé, et la question n'est d'ailleurs pas essentielle puisqu'il vaudrait de la même manière pour toute application) « la décision fondamentale du législateur et les buts qu'il poursuivait, et suivre les méthodes reconnues d'interprétation des lois »⁷⁸. La formule n'est pas entièrement nouvelle dans la décision que nous citons, puisqu'on la rencontre depuis la fin des années 90⁷⁹. Cependant, elle pouvait alors encore paraître relativement inoffensive, et plutôt un garde-fou qu'un vrai prétexte à contrôle : elle est en effet suffisamment floue pour laisser une large marge au juge et, surtout, n'avait donné lieu à aucune annulation depuis son apparition jusqu'à la décision de 2011 que nous avons citée. On voit bien que l'affirmation de principe, en soi, n'est pas déterminante, c'est bien plutôt la manière dont le Bundesverfassungsgericht lui-même l'interprète qui change les choses, et invente soudain un contrôle du juge ordinaire à raison de ses méthodes.

On en trouvera une preuve, notamment, dans la manière dont la décision a parfois été reçue. Au contraire de ceux qui s'attardaient surtout sur la mention des buts du législateur et y voyaient un retour à un cadre d'interprétation plus sévère, qui lierait de manière plus stricte les juges (y compris le Bundesverfassungsgericht lui-même) aux décisions du Parlement⁸⁰, V. Rieble considère que le Bundesverfassungsgericht a entendu résoudre une question de droit de la famille (est en cause un mécanisme de calcul des pensions alimentaires) par lui-même, la solution du Bundesgerichtshof ne lui agréant pas. Et si cette question pouvait recevoir des réponses divergentes, c'est bien qu'elle n'était pas si aisée à trancher que cela, et que la solution retenue par le juge ordinaire, pour être audacieuse, n'était

⁷⁷ « Nicht nur die Rechtsnormen selbst, sondern auch ihre Anwendung und Auslegung durch die Gerichte setzen der allgemeinen Handlungsfreiheit Grenzen. Die Anwendung freiheitsbeschränkender Gesetze durch die Gerichte steht ihrerseits nur solange mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) in Einklang, wie sie sich in den Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung bewegt », *ibid.*

⁷⁸ « Seine [des Bundesverfassungsgerichts] Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die rechtsfortbildende Auslegung durch die Fachgerichte die gesetzgeberische Grundentscheidung und dessen Ziele respektiert [...] und ob sie den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgt [...] », *ibid.*, 211. Nous traduisons « dessen Ziele » par « les buts du législateur », alors qu'il n'existe pas d'antécédent masculin dans la phrase qui formerait le support de l'article relatif. Plutôt que d'y voir une faute du Bundesverfassungsgericht, nous interprétons cela comme un lapsus : le « législateur » (*Gesetzgeber*) n'est pas à proprement parler dans la phrase, mais il se cache dans l'adjectif *gesetzgeberisch* (« législatif » ou « du législateur »).

⁷⁹ BVerfGE 96, 375, 395 (12 novembre 1997).

⁸⁰ Défendant cette position : B. RÜTHERS, « Klartext zu den Grenzen des Richterrechts », *NJW*, 2011/26, p. 1856-1858.

pas inadmissible – d’autant moins inadmissible qu’elle était défendue par une partie de la doctrine⁸¹. Le tribunal constitutionnel a donc avant tout fait acte d’autorité et revendiqué le pouvoir de contrôler pour ainsi dire habituellement, et non pas seulement dans des cas exceptionnels, l’application du droit par les autres juridictions.

Le degré du contrôle forme donc le point délicat ; par-delà toutes les réflexions faites dans le vide et fondées uniquement sur des principes, ce n’est que concrètement que peut et doit s’exercer la retenue du Bundesverfassungsgericht envers les juges ordinaires. Le problème est précisément qu’il n’exerce cette retenue qu’avec parcimonie, et ne laisse pas aux juges qu’il contrôle, pour l’interprétation des textes, la même liberté qu’il s’octroie⁸².

L’étude des rapports entre le Bundesverfassungsgericht et les autres juridictions ne nous éloigne donc pas des conclusions déjà tirées en observant son comportement face au Parlement. Là encore, il cherche à étendre le champ de son action, et là encore en se fondant sur une forme de totalitarisme constitutionnel, qui consiste à faire de l’ordre juridique l’ordre des droits fondamentaux : chaque norme ne vaut, pour ainsi dire, que parce qu’elle est une manifestation de celui-ci. Les droits fondamentaux connaissent une forme de mutation et deviennent une sorte de droit constitutionnel objectif – tout comme la *Verfassungsbeschwerde* qui permet de les garantir s’est largement détachée des droits individuels. Ici aussi, cette transformation permet au juge constitutionnel, non pas seulement de raboter ce qui dépasse des normes constitutionnelles, mais de s’attribuer un pouvoir bien proche de celui du législateur⁸³.

IV. LES TEXTES ET JUGES EUROPÉENS

Les rapports entre le juge constitutionnel allemand et les institutions européennes ont ceci d’intéressant que, dualisme des ordres juridiques oblige, les moyens d’action sont différents. Le Bundesverfassungsgericht ne peut pas prétendre imposer ses vues aux différents juges européens (CJUE comme CEDH), mais ses propres décisions, en retour, ne peuvent pas être directement remises en cause par ceux-ci. À la différence de la situation interne, les institutions doivent donc ici se livrer à une forme de négociation. La position du juge allemand dans ces relations

⁸¹ V. RIEBLE, « Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG », *NJW*, 2011, p. 819-822 ; voir aussi les prises de position mentionnées dans la décision BVerfGE 128, 193, 203-204.

⁸² M. JESTAEDT, « Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit », *DVBl*, 2001/17, p. 1309-1322, p. 1318-1322 ; « Phänomen Bundesverfassungsgericht » (note 27), p. 142-143.

⁸³ Ce qui est visible également lorsque le Bundesverfassungsgericht allège les contraintes qui pèsent sur le juge ordinaire pour ce qui regarde les interprétations constructives. On peut tirer de sa jurisprudence que la lettre du texte est loin de constituer une limite à ces interprétations – au contraire donc des constructions du tribunal constitutionnel, qui prend alors la place du législateur (voir, s’appuyant notamment sur BVerfGE 118, 212, 243, C. BUMKE, « Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung », in C. BUMKE (dir.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, 2012, 119 p., p. 40-47).

laisse encore une fois apercevoir l'importance que revêt la Loi fondamentale, non pas seulement en tant que texte hiérarchiquement supérieur aux autres dans l'ordre juridique, mais aussi comme manifestation d'un ensemble de principes ou de valeurs qui justifient qu'on n'accorde parfois qu'un rang secondaire aux droits européens. Il y a bien un effort d'articulation entre les différents ordres (A.), mais qui repose sur un dualisme rigoureux (B.).

A. Un effort d'articulation

Les cours européennes n'ont pas de prise directe sur les décisions de justice rendues dans les États. On sait cependant que les juges nationaux ont tout intérêt à ne pas s'opposer frontalement à elles, puisque des mécanismes de sanctions contre les États existent. Tout comme en France, cela conduit en Allemagne le juge constitutionnel à articuler la suprématie de la constitution dans l'ordre interne et les obligations internationales des États.

L'histoire de cette articulation n'est pas linéaire : on avait pu croire à un basculement clair quand le Bundesverfassungsgericht, dans la décision *Solange II*, avait renoncé à la méfiance exprimée dans la décision *Solange I*. Après avoir considéré d'abord que l'ordre juridique communautaire n'offrait pas de garanties suffisantes pour les droits fondamentaux et que les actes communautaires aussi pouvaient de ce fait être lui soumis, même une fois contrôlés par la CJCE, tant que ces garanties ne seraient pas établies, il renversa sa position en 1986 : la CJCE assurant une protection suffisante des droits fondamentaux, il renonçait à contrôler les actes dérivés tant que demeurait cette protection⁸⁴.

La jurisprudence, pourtant, a ensuite oscillé entre cette position favorable à l'Union européenne et des affirmations plus prudentes, rappelant la primauté que conserve le droit interne aux yeux du juge constitutionnel allemand. Dans sa décision *Maasstricht*, il a ainsi rejeté la plainte constitutionnelle engagée contre la loi de ratification du traité de Maastricht, mais profité de l'occasion pour reformuler, dans un sens nettement moins favorable à l'intégration européenne, les modalités de ses rapports avec la CJCE. En matière d'actes de droit dérivé, il affirmait ainsi « exercer son contrôle sur l'applicabilité en Allemagne du droit communautaire dérivé dans un « rapport de coopération » avec la CJCE », précisant ensuite seulement que, pour l'instant, ladite CJCE garantissant la protection des droits dans les cas particuliers sur l'ensemble du territoire de la CEE, lui se restreignait à une « garantie générale du standard indispensable de droits fondamentaux »⁸⁵. L'évolution de la formule n'est pas négligeable : le juge constitutionnel interdit qu'on comprenne sa jurisprudence précédente comme la marque d'une soumission à

⁸⁴ Respectivement BVerfGE 37, 271, 285 (*Solange I*, 1974) et BVerfGE 73, 339, 387 (*Solange II*, 1986).

⁸⁵ « Allerdings übt das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem "Kooperationsverhältnis" zum Europäischen Gerichtshof aus, in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert, das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards (vgl. BVerfGE 73, 339 [387]) beschränken kann » (BVerfGE 89, 155, 175).

l'ordre communautaire sauf bouleversement de celui-ci. Il insiste au contraire sur l'égalité qui existe entre lui et la CJCE, deux institutions qui se trouvent dans un « rapport de coopération ». C'est de sa propre initiative, et toujours avec la réserve de pouvoir exercer à nouveau son contrôle en se fondant sur un standard minimum – allemand – de protection des droits fondamentaux, qu'il résigne une part de ses pouvoirs. Certains commentateurs voient même sous cette coopération affichée l'affirmation d'une hiérarchie, où le Bundesverfassungsgericht l'emporterait sur la CJCE⁸⁶.

Le dernier état de la jurisprudence est tout de même marqué par une plus grande ouverture à une véritable coopération européenne. Si la décision sur le traité de Lisbonne laissait craindre un « retour à Maastricht », qui avait entre temps été à peu près abandonné *de facto*⁸⁷, la décision *Vorratsdatenspeicherung* (conservation préventive des données, 2010) se fonde à nouveau sur *Solange II*, c'est-à-dire sur la formule la plus favorable à l'ordre juridique de l'Union européenne. La position du tribunal demeure tout de même prudente : s'il se refuse à contrôler la directive en cause, c'est que les atteintes aux droits fondamentaux n'étaient pas la conséquence nécessaire de celle-ci, mais relevaient de la marge d'appréciation du législateur dans la transposition. Dans un *obiter dictum*, le Bundesverfassungsgericht envisage tout de même la situation où la directive elle-même enfreindrait les droits fondamentaux. Il accepterait dans ce cas de transmettre une question préjudicielle à la CJUE pour ensuite, si la directive était annulée par elle, pouvoir mesurer la loi de transposition au Grundgesetz. Cette possibilité, alors inouïe, d'en référer au juge européen, est la marque d'une ouverture à l'ordre juridique de l'Union⁸⁸.

Deux décisions récentes sont plus claires encore, et montrent que le Bundesverfassungsgericht ne considère plus réellement ses relations avec le juge européen comme une « coopération » dépendant de son bon vouloir. Dans la décision *Honeywell* (2010), la requérante espérait que le juge interne laisserait inappliquée une jurisprudence de la CJUE fortement débattue et considérée par certains comme une construction prétorienne dépassant de beaucoup les pouvoirs de cette cour⁸⁹. Pour contrôler ce qui était devenue une norme de droit de l'Union, le Bundesverfassungsgericht disposait du contrôle *ultra-vires*, le contrôle fondé sur un dépassement par une institution européenne de ses compétences, et qui constitue l'un des trois cas dans lesquels le juge allemand se réserve la possibilité de confronter des normes de l'Union européenne au droit national⁹⁰. Quoique la

⁸⁶ R. VAN OUYEN, « Mit « Mangold » zurück zu « Solange II »? », *Der Staat*, 2011, p. 45-59, p. 49.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 45-48.

⁸⁸ BVerfGE 125, 206, 306-307.

⁸⁹ Affaire *Mangold*, C-144/04 (22 novembre 2005) ; faute d'un fondement textuel, la Cour s'était fondée sur le principe général d'égalité pour déclarer contraire au droit de l'Union une loi allemande portant sur le travail à temps partiel et sur les contrats à durée déterminée. Pour une condamnation particulièrement virulente, voir L. GERKEN, « *Mangold* » als *ausbrechender Rechtsakt*, Sellier, 2009, 86 p.

⁹⁰ Le Bundesverfassungsgericht distingue trois cas dans lesquels il peut exercer un contrôle sur le droit européen. Depuis les jurisprudences *Solange*, il peut se fonder sur les droits fondamentaux, s'il considère que la protection de ceux-ci n'est plus assurée. La décision Maastricht (BVerfGE 89, 155) a introduit le contrôle *ultra-vires*, en cas de dépassement de ses compétences par un organe de

jurisprudence européenne en cause semblât lui donner l'occasion de mettre en œuvre cette réserve, le Bundesverfassungsgericht limita fortement la possibilité de recours au contrôle *ultra-vires* en exigeant non seulement un dépassement des compétences, mais que ce dépassement soit suffisamment qualifié, c'est-à-dire qu'il soit à la fois manifeste et suffisamment grave pour conduire à un déplacement structurel des pouvoirs dans l'Union au détriment des États-membres⁹¹. Mieux encore, se fondant explicitement sur le caractère particulier de l'Union européenne et sur son corollaire, la nécessité que son droit s'impose sur tout le territoire de l'Union aux droits nationaux sans pouvoir dépendre des interprétations des juges qui en sont en charge, il exige, avant de pouvoir constater un tel dépassement des compétences, qu'une question préjudicielle soit posée à la CJUE pour lui donner la possibilité de constater elle-même que l'acte ne peut se prévaloir du droit de l'Union⁹². Qu'il cite à cette occasion la jurisprudence de la Cour elle-même (la décision *Costa c/ Enel* de 1964) est encore un signe de son bon vouloir. En somme, les limites au contrôle *ultra-vires* sont si rigides que R. van Ooyen y voit une « révision » et un abandon, en cette matière, de la jurisprudence *Lisbonne*⁹³.

Enfin, le Bundesverfassungsgericht a également, l'an dernier, fait le pas qui manquait encore en direction de la CJUE dans la décision *OMT*⁹⁴. Saisi de plusieurs plaintes constitutionnelles ainsi que d'un litige institutionnel, le tribunal a, avant que de décider si le Gouvernement pouvait bien ne pas s'opposer au système de rachat par la BCE d'obligations émises par les États-membres, transmis une question préjudicielle à la CJUE. Cette décision a ceci de particulièrement intéressant, que les conditions nécessaires pour accueillir la *Verfassungsbeschwerde* et transmettre une question préjudicielle fondée sur le dépassement de ses compétences par une institution européenne ne semblaient pas réunies : la *Verfassungsbeschwerde* était irrecevable en ce que le tribunal ne pouvait pas donner satisfaction au plaignant, n'ayant pas lui-même d'influence sur le programme OMT et ne pouvant pas contraindre le gouvernement à agir ; quant à la question elle-même, il est difficile de voir l'incompétence manifeste exigée par le Bundesverfassungsgericht pour constater un agissement *ultra-vires*⁹⁵.

l'Union. Enfin, la décision sur le traité de Lisbonne (BVerfGE 123, 267) mentionne le contrôle destiné à garantir que l'identité constitutionnelle du pays ne soit pas atteinte par la construction européenne. Pour une présentation de ces trois hypothèses (contestant d'ailleurs la nécessité de conserver la distinction), H.-G. DEDERER, « Die Grenzen des Vorrangs des Unionrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires und Identitätskontrolle », *JZ*, 2014/7, p. 313-322.

⁹¹ BVerfGE 126, 286, 304-305.

⁹² *Ibid.*, 301-304.

⁹³ « infolge der nunmehr erheblich erhöhten Prüflatte für eine „Ultra-vires-Kontrolle“ ist „Lissabon“ vielleicht sogar schon „revidiert“ », VAN OUYEN, « Mit « Mangold » zurück zu « Solange II »? » (note 86), p. 58.

⁹⁴ BVerfGE 134, 366.

⁹⁵ Voir respectivement E.-J. LOHSE, « Die „Entscheidungserheblichkeit“ gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV als Instrument des Bundesverfassungsgerichts zur Steuerung von Vorabentscheidungsersuchen », *Staat*, 2014, p. 633-663, en particulier p. 656-657, et W. HEUN, « Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14. 1. 2014 », *JZ*, 2014/7, 331-337.

On peut donc observer, en général, un certain assouplissement du Bundesverfassungsgericht à l'égard de l'ordre juridique de l'Union. Il a en effet aménagé certaines présomptions favorables à ce droit, et semble dans ses dernières décisions s'en tenir à la position bienveillante qu'il avait déjà énoncée dans la décision *Solange II*. Il ne fait cependant là que tirer les conséquences des révisions constitutionnelles qui ont donné à la participation à l'Union européenne rang constitutionnel. Les constructions de principes que nous avons observées dans le reste de la jurisprudence manquent largement ici, et c'est peut-être précisément un élément qui pousse le Bundesverfassungsgericht à tolérer l'ordre de l'Union européenne que le fait de n'être pas lié par sa lecture axiologique du Grundgesetz à cette position. Au contraire, en fait : c'est précisément la stabilité et l'unité qu'il a données au texte qui lui permettent de conserver, fondamentalement, sa propre indépendance. Une fois cela admis, les concessions qu'il fait apparemment de son plein gré (quoiqu'une position inverse, on le sait, pourrait mettre l'État allemand dans une situation délicate au regard de ses obligations internationales) sont d'autant moins douloureuses.

B. Le fondement d'un dualisme rigoureux

Il ne faut donc pas négliger ce fait : cette jurisprudence récente plus favorable à la construction européenne ne prospère, presque comme une fantaisie que se passerait le juge, que sur le terreau d'un dualisme strict garantissant l'indépendance de l'ordre constitutionnel allemand, et de son juge avec lui.

Ce dualisme se manifeste d'abord dans les réserves que nous avons déjà signalées, cas limites énoncés par le Bundesverfassungsgericht pour garantir que le Grundgesetz demeure, en dernier lieu, supérieur aux normes issues du droit de l'Union dans l'ordre interne. Sans qu'il soit besoin de les développer à nouveau, il faut signaler que toutes n'ont pas été interprétées de la même manière, souple, qui a conduit au quasi abandon du contrôle *ultra-vires*. Le contrôle fondé sur l'identité constitutionnelle n'a pas, lui non plus, donné lieu à une décision dans laquelle une norme de droit de l'Union aurait été contrôlée et interdite d'application par le juge constitutionnel. Dans la décision *OMT*, cependant, le tribunal a suffisamment clairement fait le départ entre « l'identité nationale » que doit respecter le droit de l'Union d'après l'art. 4 TUE et l'identité constitutionnelle allemande qu'il a consacrée dans sa jurisprudence. Celle-ci se repose notamment sur l'ensemble d'articles déclarés intangibles par le Grundgesetz lui-même (art. 79, al. 3 GG) : ôtés à toute pondération, au contraire de l'identité nationale au sens du droit de l'Union, ils bénéficient d'une protection plus stricte. En mettant en relief cette différence, le Bundesverfassungsgericht réaffirme du même coup la supériorité qui revient en dernier lieu à l'ordre constitutionnel allemand⁹⁶, d'autant plus clairement que l'argument de l'identité n'est utilisé qu'envers l'extérieur, et toujours pour limiter le principe d'interprétation favorable au droit international⁹⁷.

⁹⁶ BVerfGE 134, 366, 386-387 ; voir aussi H.-G. DEDERER, « Die Grenzen des Vorrangs des Unionrechts » (note 90).

⁹⁷ M. POLZIN, « Irrungen und Wirrungen um den Pouvair Constituant. Die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität im deutschen Verfassungsrecht seit 1871 », *Staat*, 2014, p. 61-94, p. 90-91.

Cette défense jalouse de ses compétences peut également être observée en matière de protection des droits fondamentaux. En cette matière qui fait presque plus que le constituant la constitution allemande, le tribunal cherche tant que faire se peut à conserver un pouvoir entier. Il est instructif à cet égard de comparer la place faite à la CESDH et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence allemande. La première, on l'a vu, bénéficie du principe d'ouverture au droit international qui impose aux juges nationaux de prendre en compte l'interprétation donnée par la CEDH avant de trancher eux-mêmes. Encore faut-il préciser, on l'a vu aussi, qu'il y a là avant toute chose un moyen pour le Bundesverfassungsgericht d'exercer un contrôle sur les juges ordinaires qui lui échapperait sinon ; de ce point de vue, le principe d'interprétation favorable au droit international paraît un instrument plus qu'un but en soi⁹⁸.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne connaît en revanche un traitement beaucoup moins favorable : « en forçant le trait, on peut avancer la thèse selon laquelle, au moins au premier regard, il ne semble revenir à la garantie des droits fondamentaux de l'Union européenne aucun rôle dans la théorie allemande des droits fondamentaux telle que considérée par le Bundesverfassungsgericht »⁹⁹. En effet, même après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le tribunal constitutionnel refuse d'accorder la même valeur contraignante à la Charte qu'à la CESDH. Cela se manifeste par exemple dans le fait que, dans le contentieux de la *Verfassungsbeschwerde*, seul un contrôle restreint est opéré lorsque le requérant met en avant la violation de ce texte¹⁰⁰. Dans le cas de la CESDH, on s'en souvient, le contrôle est au contraire entier puisqu'est contrôlée la bonne prise en compte par le juge ordinaire de la convention (et de son interprétation autorisée). Alors que le même principe devrait s'appliquer (du point de vue du juge interne, il s'agit de deux textes relevant du droit international), alors même, d'ailleurs, que le caractère plus intégré de l'Union européenne devrait plutôt favoriser les textes qui en relèvent, la Charte des droits fondamentaux est cantonnée dans un rôle tout à fait secondaire. On le voit également en constatant que le Bundesverfassungsgericht a résisté à la tentative faite par la CJUE d'étendre la portée de la Charte au point d'en faire un instrument général de protection des droits fondamentaux à l'échelle de l'UE¹⁰¹. On le voit enfin dans la manière dont le tribunal articule, à propos de la transposition de normes européennes, l'exercice de son contrôle et les normes de référence qui peuvent être utilisées. Lorsque les dispositions transposées sont inconditionnelles et précises, il se refuse, comme on l'a déjà vu, à les contrôler. Dans ce cas, le juge de l'Union peut bien appliquer la

⁹⁸ Comme on l'a déjà signalé, le Bundesverfassungsgericht cherche ainsi à éviter d'éventuels conflits entre les juridictions nationales et la CEDH (J. GRIEBEL, « Doppelstandards » (note 73), p. 380).

⁹⁹ « Zugespitzt kann auch die These aufgestellt werden, dass den Grundrechtsverbürgungen der EU in der deutschen Grundrechtsdogmatik aus der Perspektive des BVerfG jedenfalls auf den ersten Blick keine Rolle zuzukommen scheint », *ibid.*, p. 381.

¹⁰⁰ BVerfG (Kammer), 2 BvR 148/11 du 15 décembre 2011, § 35-36.

¹⁰¹ BVerfGE 133, 277, 316. Dans la décision *Akerberg-Fransonn* (C-617/10), la CJUE avait voulu étendre le champ d'application de la Charte au-delà du seul droit européen ; le Bundesverfassungsgericht, au contraire, maintient un contrôle uniquement national au moyen d'une sorte de réserve d'interprétation portant sur cette décision.

Charte. En revanche, lorsqu'il exerce son contrôle contre des normes de transposition relevant de la marge d'appréciation du législateur, il ne l'exerce qu'au regard des droits fondamentaux allemands, sans plus prendre en compte la Charte européenne¹⁰². Le Bundesverfassungsgericht évite ainsi toute confrontation entre les deux textes de protection des droits fondamentaux, et cantonne le texte européen en-dehors de l'ordre interne¹⁰³.

On peut enfin considérer le peu de cas que fait le Bundesverfassungsgericht du fonctionnement démocratique de l'Union européenne comme une autre manifestation de ce dualisme qui le conduit à préserver farouchement l'indépendance de l'ordre juridique allemand. Si le législateur ne peut, on l'a déjà signalé, prévoir un seuil de 3 % ou de 5 % pour être représenté au Parlement européen, c'est bien parce que ce parlement, selon le tribunal, n'a pas une fonction démocratique aussi importante que les parlements nationaux, et peut donc privilégier la représentation à la capacité de gouverner efficacement en se reposant sur des majorités stables. Là encore, donc, la décision, fortement critiquée¹⁰⁴, se fonde sur des présupposés qui révèlent parallèlement le peu de cas que fait le tribunal de la construction européenne (prétendant prendre acte de ses faiblesses, il contribue en réalité à maintenir celles-ci en ne voulant pas que le Parlement puisse bénéficier des conditions permettant d'en faire un organe politique efficace). Au contraire de la République fédérale allemande, ordre fermement appuyé sur son Grundgesetz, l'UE resterait une construction hors-sol, à qui manque la solidité d'un fondement à la fois politique et axiologique.

Dans ses relations avec l'ordre européen, en particulier l'Union européenne, le tribunal constitutionnel fédéral fait donc encore montre d'une stratégie institutionnelle. Tout en affirmant accepter ce nouvel ordre juridique et ses spécificités, il veille à maintenir, tant que la chose est possible, une primauté à l'échelon national. Comme le remarque C. Schönberger, c'est justement parce que le Parlement européen « incarne un législateur européen légitime du point de vue démocratique, législateur qui échappe *a priori* au pouvoir du tribunal », que le Bundesverfassungsgericht le regarde avec tant de méfiance : il craint de perdre la suprématie sur le législateur acquise dans l'ordre interne au cours des soixante dernières années¹⁰⁵. D'une manière semblable, c'est parce qu'il se méfie d'une CJUE appelée à régner sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union

¹⁰² BVerfGE 129, 78, 103-104.

¹⁰³ GRIEBEL, « Doppelstandards » (note 73), p. 389-390.

¹⁰⁴ C. SCHÖNBERGER, « Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament », *JZ*, 2012, p. 80-86 ; B. GRZESZICK, « Demokratie und Wahlen im europäischen Verbund der Parlamente » (note 54). Favorable, au contraire, à cette décision : M. MORLOK, « Chancengleichheit ernstgenommen – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl », *JZ*, 2012, p. 76-80.

¹⁰⁵ « Man mag annehmen, dass das Europäische Parlament das BVerfG gerade deshalb zu solchen Fehlleistungen verleitet, weil es einen demokratisch legitimierten europäischen Gesetzgeber verkörpert, der sich dem Zugriff des Gerichts von vornherein entzieht. Weil das Gericht wie ein siamesischer Zwilling an den nationalen Gesetzgeber gekettet ist, reagiert es umso empfindlicher auf einen Gesetzgeber, der mit ihm institutionell nicht verknüpft ist » (SCHÖNBERGER, « Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel » (note 104), p. 86).

européenne si la Charte devenait un texte d'application générale qu'il refuse de transposer les solutions les plus audacieuses (ou les plus présomptueuses, selon le point de vue) dans l'ordre interne¹⁰⁶.

Particulièrement significative est l'interprétation donnée par le Président du Bundesverfassungsgericht, A. Voßkuhle, de ce genre de décisions, au premier abord plutôt défavorables à l'intégration européenne. Selon lui, elles sont en réalité des soutiens de cette construction, lorsque les institutions européennes elles-mêmes, doit-on comprendre, veulent aller trop vite en besogne. C'est ainsi que la décision *Loi antiterrorisme*, celle qui refuse l'extension d'application de la Charte recherchée par la CJUE, viserait en fait « au maintien d'une protection des droits fondamentaux efficace au plan européen » : plus proche des faits et des particularités de chaque pays, le juge national serait mieux à même de mettre en œuvre les droits fondamentaux¹⁰⁷ – c'est là précisément l'argument utilisé par les juges ordinaires contre l'intrusion du juge constitutionnel dans leurs jugements, argument dont le Bundesverfassungsgericht ne semble pas se soucier outre mesure. Par ce genre de discours, le tribunal laisse apercevoir la position qu'il prétend prendre envers les institutions européennes : celle d'un tuteur sévère mais bienveillant, ou sévère parce que bienveillant. *Qui bene amat bene castigat*.

Les nombreuses et importantes évolutions dans les relations du Bundesverfassungsgericht aux institutions européennes se rattachent sans difficulté à celles que l'on a observées dans les autres matières. Il s'y mêlent, de la même manière, les visées institutionnelles et le souci de fonder un ordre constitutionnel unitaire, hégémonique autant qu'homogène. La cohérence apportée par l'ordre de valeurs et par une réflexion d'apparence scientifique (notamment en ce qu'elle est fondée sur des concepts) relève de ce souci, et permet de renforcer la position institutionnelle, en n'abandonnant de pouvoirs que ce qu'il est nécessaire d'abandonner (reconnaissance *a minima* de l'UE, forcée de la CEDH), et en ne renforçant d'autres institutions que tant que cela n'amoindrit pas l'emprise que le tribunal exerce sur elles (voir ainsi le cas du Bundestag).

Les intentions qui président à cette conception du droit constitutionnel sont sans doute louables. Il y avait, à l'origine, la volonté d'établir un tribunal suffisamment respecté pour pouvoir réellement protéger les droits fondamentaux des individus, il y a toujours l'idée que considérer la constitution comme l'expression d'une décision cohérente permet de les protéger d'une manière plus efficace et plus large. Dans les faits, donc, le contrôle de constitutionnalité à la mode allemande permet, au bénéfice des individus, des avancées dont pourraient seulement rêver les justiciables français. Cela ne va pas, cependant, sans une certaine perte de légitimité

¹⁰⁶ LOHSE, « Entscheidungserheblichkeit » (note 95), p. 641-645.

¹⁰⁷ « Damit zielte das BVerfG auch auf die Aufrechterhaltung eines effektiven Grundrechtsschutzes auf europäischer Ebene. Es besteht nämlich die Gefahr, dass durch die generelle Verlagerung des Grundrechtsschutzes von der nationalen auf die supranationale Ebene ein vermeintlich höherer Grundrechtsschutz zum Preis der Zielgenauigkeit und Sachnähe erkauft wird » (A. VOßKUHLE, « „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts », *JZ*, 2016/4, p. 161-168, p. 164). Le même type de justification est apportée à chaque décision eurosceptique, notamment la première d'entre elles, la décision *Solange I*.

pour l'opinion et le combat politiques. En mêlant sans cesse le politique et le juridique, plutôt en prétendant intégrer le politique et le juridique dans une sphère scientifique relevant du vrai plutôt que de la décision, le Bundesverfassungsgericht ne renforce pas l'aura des autres organes. Tout à son « besoin de sens, un besoin dramatiquement élevé »¹⁰⁸ qui le conduit à cette jurisprudence si marquée par le souci d'un ordre de valeurs, il semble qu'il contribue à nourrir le fantasme d'un homme providentiel – ici d'une institution – qui paraît souvent, dans les démocraties ennuyées, la plus tranquille des solutions.

¹⁰⁸ « Die Schwierigkeit der Doppelnatur des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich besonders deutlich im dramatisch erhöhten *Sinnbedarf der Institution* » (SCHÖNBERGER, « Anmerkungen zu Karlsruhe » (note 23), p. 52).