

Le Conseil constitutionnel vu d'Allemagne: une marche difficile vers le sommet juridictionnel

Christoph SCHÖNBERGER - Professeur à l'Université de Constance, Allemagne

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 25 (DOSSIER : 50ÈME ANNIVERSAIRE) - AOÛT 2009

Depuis 1958, le regard allemand sur le Conseil constitutionnel a été marqué par une comparaison – explicite ou implicite – avec la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁽¹⁾. L'intérêt d'une telle comparaison est évident. Elle permet de mieux comprendre le système national en le confrontant à l'expérience du voisin, de mieux saisir les particularités, les avantages et inconvénients des systèmes respectifs. Pendant le demi-siècle écoulé, ce regard comparatiste des juristes allemands sur le Conseil constitutionnel a beaucoup évolué, comme l'a fait, à sa manière, le regard franco-français sur l'institution. Ainsi, en 1966, pour Rudolf Bernhardt, le Conseil constitutionnel était « plutôt un Conseil d'hommes d'État expérimentés qu'une vraie Cour de justice »⁽²⁾. En revanche, Hans Joachim Faller pouvait constater vingt ans plus tard que « malgré la méfiance traditionnelle à l'égard d'un contrôle juridictionnel des lois en France... l'idée de justice constitutionnelle gagne du terrain dans ce pays aussi »⁽³⁾. Dans l'évolution des perspectives allemandes sur le Conseil constitutionnel, il convient de distinguer trois étapes : la première décennie avec un regard sceptique sur l'institution de la rue de Montpensier et ses débuts difficiles ; les années soixante-dix et quatre-vingt caractérisées par la reconnaissance du développement d'une impressionnante jurisprudence en matière de droits fondamentaux ; enfin, l'exposition à des défis similaires par la construction européenne et l'internationalisation du droit depuis les années quatre-vingt-dix. Tout en suivant cette évolution, il faut souligner la persistance de différences profondes entre les systèmes allemand et français de justice constitutionnelle malgré des similarités de fond de leurs jurisprudences respectives.

Pendant la première décennie de son existence, le regard allemand sur le Conseil restait prudent, sinon sceptique. En RFA, la Loi fondamentale avait, dès 1949, prévu une Cour constitutionnelle fédérale aux compétences très étendues, composée exclusivement de juristes élus par les deux chambres. Parmi d'autres attributions, cette nouvelle Cour était surtout compétente pour contrôler a posteriori le contenu d'une loi parlementaire par rapport au catalogue de droits fondamentaux inclus dans les premiers articles de la Loi fondamentale et prononcer, le cas échéant, l'annulation d'une telle loi. De surcroît, depuis le début des années cinquante, tout particulier avait la possibilité de former un recours direct en constitutionnalité devant la Cour de Karlsruhe, permettant à celle-ci de contrôler du point de vue des droits fondamentaux tous les actes émanant de la puissance publique (y inclus les actes individuels ou réglementaires de l'administration, les lois parlementaires et les jugements des différentes juridictions ordinaires). La Cour allemande était donc, dès ses débuts, surtout une Cour des droits de l'homme. Ce caractère était d'autant plus marqué qu'il exprimait, dans l'esprit des pères de la Loi fondamentale et des premiers juges de la Cour, le rejet total des exactions de la période nazie. Paradoxalement, la Cour pouvait ainsi mettre à profit certaines traditions pré démocratiques allemandes caractérisées par une profonde méfiance à l'égard des conflits politiques et une confiance en des mécanismes juridictionnels de solution de tels conflits. Pour les mêmes raisons, l'Allemagne n'avait jamais connu de culte de la loi républicaine qui aurait pu faire obstacle à l'éclosion d'une puissante juridiction constitutionnelle depuis les années cinquante.

Quand le nouveau Conseil constitutionnel commença son activité en 1959, sa sœur aînée allemande avait déjà rendu ses premiers arrêts retentissants en matière de droits fondamentaux et était devenue, en peu de temps, le sommet incontesté de tout le système juridictionnel de la jeune RFA. Les observateurs allemands de l'époque étaient conscients de la grande distance qui séparait les deux nouvelles institutions. Les cadres institutionnels, idéologiques et mentaux à l'intérieur desquels les deux juridictions devaient se développer étaient radicalement différents. On soulignait volontiers l'héritage « rousseauiste » de la conception française de la loi et la méfiance à l'égard d'un « gouvernement des juges » en France. Quant aux membres du Conseil, on notait le manque de participation des Chambres à leur désignation, la particularité de la présence des anciens présidents de la République et l'absence de toute exigence de compétence juridique technique. On soulignait aussi le manque de toute procédure contradictoire, la particularité d'un contrôle constitutionnel a priori de la loi et le caractère purement formel et procédural de ce contrôle⁽⁴⁾. On y voyait les signes d'une institution plus politique que juridictionnelle, d'un système qui assurait – comme le formulait à l'époque un observateur américain – moins un *judicial review* qu'un *political preview* de la législation parlementaire⁽⁵⁾. Malgré les changements ultérieurs, la plupart de ces caractéristiques particulières persistent et font toujours du Conseil constitutionnel une certaine « exception française » parmi les juridictions constitutionnelles en Europe⁽⁶⁾. Il est intéressant de noter le contraste entre les débats sur la nature juridique du Conseil constitutionnel en France et de la Cour constitutionnelle fédérale en Allemagne⁽⁷⁾. En Allemagne, la Cour de Karlsruhe était d'emblée caractérisée comme juridiction ; la Loi fondamentale la rangeait expressément parmi les tribunaux faisant partie du

« pouvoir juridictionnel ». Mais dès 1952, la Cour procédait à une auto-interprétation de son statut et affirmait son caractère particulier d'« organe constitutionnel » pour réclamer une légitimité particulière au-delà du purement juridictionnel⁽⁸⁾. Elle se considérait donc comme juridiction, certes, mais comme juridiction sans pareille. En France, par contre, ce qui posait problème était précisément le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel et son renforcement progressif passait par l'affirmation doctrinale qu'il s'agissait bel et bien d'une juridiction. Chassé-croisé paradoxal : en Allemagne une juridiction reconnue comme telle voulait être plus qu'une juridiction, en France, un organe politico-constitutionnel s'efforçait d'être reconnu comme juridiction pure et simple.

L'appréciation critique du Conseil constitutionnel en Allemagne a commencé à changer depuis le début des années soixante-dix. Les observateurs allemands ont compris tout de suite le changement fondamental que constituait pour le Conseil sa grande décision du 16 juillet 1971 et l'élargissement du droit de saisine à l'opposition parlementaire en 1974⁽⁹⁾. On mettait en relief que le Conseil constitutionnel évoluait vers une juridiction des droits de l'homme. Au vu des origines de l'institution, un observateur allemand parlait du « renforcement involontaire » du Conseil⁽¹⁰⁾. Pourtant, on constatait aussi que la structure du contrôle exercé en matière de droits de l'homme restait objective, abstraite et préventive, tandis que le système allemand était de plus en plus marqué par une protection des droits subjectifs des individus et une procédure qui permettait aux particuliers d'accéder immédiatement à la Cour constitutionnelle. Mais certains observateurs allemands ne restaient pas insensibles à la rapidité qui caractérise le contrôle de constitutionnalité de la loi en France. Celle-ci contraste avantageusement avec la lenteur des procédures allemandes⁽¹¹⁾. Pourtant, on soulignait aussi que l'inconstitutionnalité d'une loi ne se révèle souvent qu'au moment de l'application concrète et ne saurait être toujours reconnue avant l'entrée en vigueur de la disposition législative en question.

Depuis les années quatre-vingt-dix, le Conseil constitutionnel comme la Cour de Karlsruhe sont exposés à des défis similaires par la construction européenne et l'internationalisation croissante du droit. Au vu de l'expérience allemande, on peut constater que ces défis – et surtout le contrôle de constitutionnalité de la loi – semblent poser plus de problèmes au système juridictionnel français. Ces difficultés sont liées aux compétences limitées du Conseil constitutionnel et au manque d'articulation juridique entre le Conseil et les autres juridictions françaises. Dans le système allemand, le contrôle a posteriori d'une loi ne pose pas problème et peut être déclenché à la fois par le particulier – avec la possibilité d'un recours individuel en inconstitutionnalité – et par les juridictions ordinaires – avec une procédure de renvoi préjudiciel lors d'un procès concret⁽¹²⁾. En revanche, le système français reste caractérisé par le découplage complet entre le Conseil et le système juridictionnel ordinaire. En matière de droits de l'homme, la constitutionnalité d'une loi ne peut donc être constatée par le Conseil constitutionnel qu'avant son entrée en vigueur tandis qu'une incompatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme peut toujours être invoquée devant les juridictions ordinaires lors de procès ultérieurs. L'eupéanisation progressive du droit devrait mettre à rude épreuve ce découplage entre le Conseil et le système juridictionnel ordinaire. Le débat récurrent sur l'introduction d'une exception d'inconstitutionnalité en France montre l'urgence du problème.

Mais l'introduction d'une telle exception changerait profondément la nature du Conseil constitutionnel. Celui-ci pourrait aspirer ainsi à devenir une vraie « Cour constitutionnelle suprême » à l'allemande qui couronnerait tout l'édifice juridictionnel français. Même en Allemagne, le chemin de la Cour constitutionnelle vers ce sommet ne fut pas sans difficulté face aux résistances des plus hautes juridictions traditionnelles comme le Bundesgerichtshof, l'équivalent allemand de la Cour de cassation⁽¹³⁾. Et malgré une prédisposition culturelle favorable à l'égard de l'État de droit, la marche vers un « État juridictionnel constitutionnel » a suscité en Allemagne des critiques qui ont mis en garde contre les risques de ce processus pour la démocratie. En France, ce chemin devrait être encore plus ardu, surtout s'il n'était pas

accompagné d'une procédure de recours constitutionnel individuel qui permettrait au justiciable d'accéder immédiatement au Conseil constitutionnel. Mais, selon nous, le problème essentiel est ailleurs : le Conseil constitutionnel ne saurait aspirer à devenir le sommet incontesté de l'édifice juridictionnel français sans des modifications profondes de ses procédures. Cela concerne surtout la désignation de ses membres. Le mode de nomination actuel correspond au statut limité de l'institution originelle. Cette forme de désignation constituerait une anomalie en Europe si le Conseil devenait une juridiction constitutionnelle comme les autres. Un Conseil constitutionnel renforcé devrait voir ses membres élus par les deux Chambres du Parlement à des majorités qualifiées. Une autre évolution souhaitable serait celle de la motivation des décisions. L'observateur allemand est toujours frappé par le caractère extrêmement laconique de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel. Cette forme d'argumentation très ramassée, renforcée par le système grammatical dit de la phrase, ne permet pas toujours de suivre les « pour » et les « contre » de l'argumentation juridique du Conseil. Sans vouloir recommander l'argumentation quelquefois interminable des juges allemands – et sans même parler des opinions dissidentes – il nous semble que la qualité des décisions du Conseil constitutionnel pourrait profiter d'une argumentation plus riche et développée.

À cinquante ans, le Conseil constitutionnel se trouve à une croisée des chemins décisive. Ou l'institution restera telle qu'elle est et cela comportera le risque que l'évolution du droit passe de plus en plus à côté de la rue de Montpensier. Ou les compétences du Conseil seront élargies et à ce moment, les modes de désignation et de fonctionnement de l'institution devraient se rapprocher beaucoup plus de celles de

Le 1^{er} juillet 2008

- (1)** Voir désormais l'étude comparative de Mels (P.), *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel. Ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaates und der Furcht vor einem « gouvernement des juges »*, Munich, Verlag Franz Wahlen 2003.
- (2)** Bernhardt (R.), *Die Stellung oberster Gerichte im Staat. Ein rechtsvergleichender Überblick*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 26 (1966), p. 269 et s. (280).
- (3)** Faller (H.?J.), *Zur Entwicklung der nationalen Verfassungsgerichte in Europa*, Europäische Grundrechtezeitschrift 1986, p. 42 et s. (56).
- (4)** Voir Bernhardt (R.) (note 2), p. 280 et s. ; Cappelletti (M.)/Ritterspach (T.), *Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 20. (1971), p. 65 et s. ; Goose (P.E.), *Die Normenkontrolle durch den französischen Conseil constitutionnel*, Berlin, Duncker & Humblot 1973, p. 46 et s.
- (5)** Engel (S.), *Judicial Review and Political Preview of Legislation in Post-War France*, Inter-American Law Review 6 (1964), p. 53 et s.
- (6)** Fromont (M.), *La justice constitutionnelle en France ou l'exception française*, in : *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica 2001, p. 167 et s.
- (7)** Voir à ce sujet Jouanjan (O.), *Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ?*, Droits 43 (2006), p. 73 et s.
- (8)** Statusdenkschrift du 27 juin 1952, texte dans : *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 6 (1957), p. 144 et s.
- (9)** Ress (G.), *Der Conseil constitutionnel und der Schutz der Grundfreiheiten in Frankreich*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* 23 (1974), p. 121 et s.
- (10)** Kimmel (A.), *Der Verfassungsrat in der V. Republik. Zum ungewollten Erstarken der Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich*, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 1986, p. 530 et s.
- (11)** Oellers-Frahm (K.), *Demokratieverständnis und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich*, in: *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring*, Berlin, Springer Verlag 1989, p. 691 et s. (709 et s.) ; Bauer (S.), *Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 251 et s.
- (12)** En ce qui concerne le contrôle de conventionnalité par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle fédérale a ouvert la possibilité de sa saisine par les procédures allemandes traditionnelles en constatant que les droits fondamentaux garantis par la Loi Fondamentale doivent être interprétés en tenant compte des exigences de la Convention : décision du 14 octobre 2004 ; Görgülü, *BVerfGE (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale) t. III*, p. 307.
- (13)** Voir sur ces résistances des années 1950 : Henne (T.), *Die neue Wertordnung im Zivilrecht – speziell im Familien- und Arbeitsrecht*, in: Michael Stolleis (dir.), *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin, Wissenschafts-Verlag, 2006, p. 13 et s. Du côté des juridictions administratives, il n'y avait pas les mêmes résistances puisque la Cour administrative fédérale (Bundesverwaltungsgericht) érigée en 1953 était une juridiction nouvelle sans tradition, la justice administrative ayant été surtout l'affaire des Länder avant la fondation de la RFA : Schönberger (C.), « *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht* », in : Stolleis (dir.), loc. cit., p. 53 et s. (65).