

# Le recours constitutionnel en droit allemand

Armin DITTMANN - Professeur de droit public - Universität Hohenheim (Stuttgart)

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 10 (DOSSIER : L'ACCÈS DES PERSONNES À LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE) - MAI 2001

---

Note du traducteur \* : L'expression Verfassungsbeschwerde est le nom que la Constitution, la législation et la doctrine allemande donne à la requête qu'une personne peut introduire devant la Cour constitutionnelle fédérale contre la violation de certains droits, déterminés par la Constitution, par la « puissance publique » (öffentliche Gewalt). L'acte attaqué peut émaner d'autorités tout à fait différentes, mais cela n'entraîne, contrairement à ce qui passe dans d'autres systèmes, aucune différenciation entre catégories de recours - et n'apporte par conséquent aucune information sur ce point -, même si le traitement suivra évidemment des voies différentes selon la nature de l'acte attaqué. En raison de ce caractère unitaire, ce terme est ici littéralement traduit par « recours constitutionnel », mais aussi parfois simplement par « recours » lorsque le contexte exclut toute ambiguïté.

Le système judiciaire allemand connaît plusieurs ordres de juridiction. Le terme générique permettant de désigner toutes les juridictions en dehors des cours constitutionnelles (fédérale ou fédérées) est en allemand Fachgerichte, littéralement « tribunaux spécialisés » (civils, pénaux, administratifs, des conflits de travail, etc.). Cette expression est ici rendue par « tribunaux ordinaires » ou « juge ordinaire ».

En ce qui concerne les abréviations, des équivalents français ont été adoptés pour les termes suivants : la loi fondamentale allemande (GG) est rendue par « LF » (déjà couramment utilisée dans la littérature juridique française, la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG) par « LCCF », dans les autres cas, les abréviations allemandes ont été maintenues, notamment BVerfGE pour Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale et BGBl pour Gazette des lois fédérales.

Le mode de citation des travaux n'a été adapté qu'en vue de rendre apparente la distinction entre les ouvrages (en italiques) et les articles (titres entre guillemets).

## Fonction et signification du recours constitutionnel en général

L'un des choix structurants les plus importants de la loi fondamentale est celui qu'opère l'article 20, alinéa 3 LF, en faveur de la primauté générale de la Constitution, soumettant toute forme de pouvoir de l'État aux exigences du droit constitutionnel <sup>(1)</sup>. Les droits fondamentaux sont associés à cette priorité du droit constitutionnel. Leur caractère obligatoire pour le législateur, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire est encore souligné par l'article 1, alinéa 3 LF. En même temps, la loi fondamentale prévoit, à l'article 93, une juridiction centrale en la forme de la Cour constitutionnelle fédérale, qui se voit confiée, en tant que « gardien de la Constitution » la protection générale de la Constitution <sup>(2)</sup> et, par la procédure du recours constitutionnel <sup>(3)</sup>, la protection des droits fondamentaux en particulier.

Cette voie de recours spécifique qu'est le recours constitutionnel souligne, en termes de procédure, la signification que la loi fondamentale attribue aux droits fondamentaux au regard de la liberté de l'individu ainsi que de l'Ordre libéral tout entier. Par la voie du recours constitutionnel, l'individu doit pouvoir faire respecter, en dehors des possibilités de protection juridique par les différents ordres de juridiction <sup>(4)</sup>, ses droits fondamentaux et, ainsi, participer au « combat pour le droit » <sup>(5)</sup> dans le domaine du droit constitutionnel. La fonction du recours constitutionnel ne s'épuise donc nullement dans la protection individuelle des droits fondamentaux. Il s'agit par ailleurs d'un moyen de protection juridique du droit constitutionnel objectif qu'il lui revient ainsi de garantir, comme de servir son interprétation et son développement <sup>(6)</sup>. En tant que le citoyen défend sa sphère de droits fondamentaux, il enclenche en même temps une procédure qui sert également le droit constitutionnel objectif. Cette double fonction du recours constitutionnel - la protection juridique individuelle et la sauvegarde du droit constitutionnel objectif - se montre entre autre dans le caractère obligatoire spécifique que les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale revêtent également en ce qui concerne les recours constitutionnels et qui dépasse de loin l'effet habituellement relatif de la chose jugée entre parties. Selon le paragraphe 31 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (LCCF) <sup>(7)</sup>, les décisions lient les organes constitutionnels de la Fédération comme des *Länder* ainsi que tous les tribunaux et autorités ; dans certains cas, il leur revient même force de loi <sup>(8)</sup>.

Le recours constitutionnel devient ainsi une voie de recours exceptionnel. Il complète la garantie déjà globale d'une protection juridique

individuelle contre la puissance publique par les différents ordres de juridictions selon l'article 19, alinéa 4 LF. Mais il ouvre par ailleurs à « quiconque » l'accès à la Cour constitutionnelle, traditionnellement limité à quelques rares organes constitutionnels et aux tribunaux <sup>(9)</sup>.

Si l'on tient compte de cette situation particulière du recours constitutionnel, il convient d'articuler juridiquement sa recevabilité de telle manière qu'il renforce effectivement la protection des droits fondamentaux sans pour autant imposer un fardeau excessif à la Cour constitutionnelle fédérale et sans porter atteinte à la réalisation régulière de ses autres tâches de « Cour d'État ». Il s'agit d'un difficile équilibre qui doit trouver sa solution, *de lege lata*, dans les conditions normatives de recevabilité du recours constitutionnel et dans leur application par la Cour et, *de lege ferenda*, dans un constant effort de réflexion critique <sup>(10)</sup>.

## I. Les fondements juridiques du recours constitutionnel

Les fondements juridiques du recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale se trouvent actuellement, sur le plan constitutionnel, dans l'article 93, alinéa 1, numéro 4a LF, dans les paragraphes 90 et suivants LCCF et de manière complémentaire dans le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle fédérale en ce qui concerne le traitement juridictionnel interne des recours <sup>(11)</sup>. Selon ces dispositions, quiconque peut introduire un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale en affirmant avoir été lésé par les pouvoirs publics dans les droits contenus dans les articles 20, alinéas 4, 33, 38, 101, 103 et 104 LF.

Dans les délibérations du Conseil parlementaire lors de l'élaboration de la loi fondamentale en 1948/49 ce qu'on appelait alors le *recours constitutionnel individuel (Individualverfassungsbeschwerde)* n'avait pas été prévu. Il a été d'abord organisé en tant qu'élément de la loi simple sur la Cour constitutionnelle fédérale <sup>(12)</sup> et n'a été introduit après coup dans la Constitution qu'en 1969 <sup>(13)</sup>. En vertu de l'article 93, alinéa 4, n° 4 LF, le recours constitutionnel bénéficie depuis lors de la protection des institutions ayant un fondement constitutionnel et se trouve placé hors d'atteinte de la disposition du simple législateur <sup>(14)</sup>. Les attributions de ce dernier sont réduites à la précision déclaratoire des conditions de recevabilité imposées par la Constitution et à la possibilité d'utiliser l'habilitation accordée par l'article 94, alinéa 2 LF, en vue de décharger la Cour par l'obligation de l'épuisement des voies de recours auprès des différents tribunaux et par l'introduction d'une procédure particulière d'admission. C'est ce que le législateur a effectivement mis en oeuvre dans la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale <sup>(15)</sup>.

## II. Les conditions de recevabilité du recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale

Deux tâches reviennent à l'organisation des conditions de recevabilité du recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale. D'un côté elles doivent garantir une défense effective des droits fondamentaux en ce qui concerne les cas particuliers et par conséquent, l'accès à la Cour doit être largement ouvert. D'un autre côté, la Cour constitutionnelle fédérale doit être protégée d'un entravement excessif de ses fonctions par un nombre trop élevé de recours. La concrétisation normative des conditions de recevabilité au cours du temps comme leur application jurisprudentielle reflètent ce conflit d'objectifs. L'exigence d'une solution alimite, encore récemment <sup>(16)</sup>, une discussion critique, *de lege ferenda*.

### A. La capacité d'introduire un recours

L'article 93, alinéa 1<sup>er</sup>, n° 4a LF et le paragraphe 90, alinéa 1<sup>er</sup> LCCF attribuent la capacité d'introduire un recours devant la Constitutionnelle fédérale à « quiconque » pour autant qu'il est capable d'être titulaire (*Träger*) de droits fondamentaux. La capacité de recourir suit par conséquent le domaine personnel de validité des droits fondamentaux. Les requérants peuvent dès lors être en premier lieu des personnes physiques, des allemands ainsi que, pour les droits fondamentaux qui sont des droits de l'homme, des étrangers. Pour autant que les droits fondamentaux sont explicitement réservés aux Allemands <sup>(17)</sup>, les étrangers ne peuvent s'en prévaloir dans le cadre d'un recours constitutionnel. Il leur est toutefois loisible d'exiger un contenu de ces droits fondamentaux en tant qu'élément du droit fondamental général de liberté (art. 2, al. 2 LF, qui est un droit de l'homme, devant la Cour constitutionnelle <sup>(18)</sup>.

La capacité de recourir des personnes physiques commence en principe avec la naissance accomplie et se termine avec la mort <sup>(19)</sup>. Toutefois, la capacité, en termes de droits fondamentaux, concernant la dignité humaine (art. 1, al. 1 LF, le droit à la vie et à l'intégrité corporelle (art. 2, al. 2, phrase 1 LF ainsi que la garantie de la propriété (art. 14, al. 1 revient également aux enfants non encore nés, de sorte que des interventions dans le domaine de ces droits fondamentaux peuvent être combattues par la voie du recours constitutionnel, la représentation au procès étant assumée par le représentant légal ou un tuteur requis d'office. Le recours constitutionnel pourrait ainsi devenir un instrument de la protection contre les dangers potentiels de la vie prénatale par les potentialités croissantes de la technique médicale et génétique moderne <sup>(20)</sup>.

Selon l'article 19, alinéa 3 LF, les droits fondamentaux valent également pour les personnes morales de droit interne pour autant que leur nature

en permet une telle application. Dans ce cadre limité, elles sont également habilitées à contester la violation de droits fondamentaux par la voie du recours constitutionnel. Le concept de « personne morale » de l'article 19, alinéa 3 est entendu au sens large. Il ne comprend pas seulement celles du droit civil, comme la société par actions, l'association enregistrée ou la société à responsabilité limitée, mais aussi des communautés de personnes non capables de personnalité juridique dès lors qu'elles disposent d'une certaine capacité d'organisation interne stabilisée, comme par exemple la société commerciale en nom collectif, la société en commandite ou même les initiatives civiques <sup>(21)</sup>.

La capacité de bénéficier des droits fondamentaux, et, partant, celle de se prévaloir d'un recours constitutionnel, fait défaut aux personnes morales étrangères. Une exception est cependant faite pour les droits fondamentaux processuels comme le droit au juge naturel (art. 103 LF, al. 1 LF <sup>(22)</sup>).

La limitation de la capacité des personnes morales de se prévaloir des seuls droits fondamentaux qui leur sont applicables « en raison de leur essence » (art. 19 LF n'exclut, pour celles qui relèvent du droit privé, que fort peu de droits et ne réduit donc que faiblement la capacité de recourir <sup>(23)</sup>). Pour les personnes morales de droit public en revanche, cette limitation emporte en principe l'entière exclusion de la capacité de recourir, car les droits fondamentaux obligent par nature l'État, mais ne peuvent en faire un bénéficiaire <sup>(24)</sup>. La République fédérale d'Allemagne, les *Länder*, les arrondissements, les communes ainsi que les établissements, fonds et corporations de droit public sont par conséquent écartés en tant que requérants <sup>(25)</sup>. Le même raisonnement s'applique aux autorités ainsi qu'au cas où des tâches étatiques sont effectuées par l'État sous des formes d'organisation relevant du droit privé. Le statut de bénéficiaire et la capacité de recourir n'est exceptionnellement reconnue aux personnes morales de droit public que si elles sont exposées - comme un citoyen - à des situations de danger caractéristiques du domaine de protection des droits fondamentaux et uniquement si elles ne peuvent pas être considérées comme des éléments de l'organisation étatique, au moins au sens traditionnel du terme, et que l'ordre juridique les place explicitement dans un rapport de distance envers l'État. C'est par exemple le cas des Universités étatiques en ce qui concerne le droit fondamental de la liberté de la recherche et de l'enseignement supérieur (art. 5, al. 3 LF ou pour les établissements publics de radiotélévision en ce qui concerne la liberté des médias (art. 5, al. 1, phrase 2 LF <sup>(26)</sup>). Par ailleurs toutes les personnes morales de droit public bénéficient des droits fondamentaux processuels (art. 101, al. 1, phrase 2 ; 103, al. 2 LF afin de garantir l'« égalité des armes ». Dans cette mesure, elles possèdent également la capacité d'introduire un recours constitutionnel.

Les partis politiques jouissent d'une position particulière <sup>(27)</sup>. Pour autant qu'ils participent, en vertu des fonctions que leur attribuent l'article 21 LF et la loi sur les partis politiques, à la formation de la volonté politique, ils sont considérés comme des organes constitutionnels quant à leurs droits processuels. Dans cette mesure, la capacité de se prévaloir d'une violation de leurs droits par la voie du recours constitutionnel leur fait défaut. Le type de procédure qui leur est alors ouvert est celui du « conflit d'organes » aux termes de l'article 93, alinéa 1, n° 1 LF. Ils peuvent par ailleurs introduire un recours constitutionnel en tant que personnes morales de droit privé selon les dispositions de l'article 19, alinéa 3 LF.

Globalement considéré, la concrétisation juridique de la capacité de recourir contribue à une large ouverture du recours constitutionnel. Elle étend ainsi littéralement à « quiconque » le cercle des personnes ayant la capacité processuelle d'introduire un recours dans le cadre d'une procédure constitutionnelle. L'on fait ainsi sauter le verrou du *numerus clausus*, traditionnellement fort limité, des titulaires du droit de saisine et on le « démocratise » dans l'intérêt d'une protection effective des droits fondamentaux.

## B. L'objet du recours

La fonction du recours constitutionnel : garantir une protection effective des droits fondamentaux, détermine également son objet. Selon l'article 1, alinéa 3 LF, les droits fondamentaux lient la législation, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Il en résulte que tous les actes de la puissance publique peuvent constituer l'objet d'un recours constitutionnel (§ 90, al. 1 LCCF <sup>(28)</sup>). Cela suppose toutefois qu'il s'agisse d'actes de la puissance publique *allemande* produisant des effets juridiques dans l'ordre étatique interne <sup>(29)</sup>. Peu importe ici quelle est la forme juridique qu'emprunte l'action de la puissance publique. À part les actes législatifs (par ex. les lois, les lois de consentement aux traités internationaux, les statuts), les actes du pouvoir exécutif (les règlements, les actes administratifs) et ceux du pouvoir judiciaire (par ex. les jugements, les décisions en référé), des actes de personnes privées peuvent également constituer l'objet d'un recours constitutionnel, si ces personnes sont intégrées par délégation dans l'organisation de l'administration et si elles exercent des fonctions de puissance publique. En revanche, les conventions tarifaires si importantes pour le cadre normatif des rapports de travail et de la vie économique ne peuvent être attaquées par la voie du recours constitutionnel parce qu'elles sont considérées comme une production privée et non publique du droit <sup>(30)</sup>.

Les limitations du recours constitutionnel aux seuls actes de la puissance publique allemande excluaient en particulier des actes souverains des puissances d'occupation d'une contestation par la voie du recours constitutionnel <sup>(31)</sup>. Aujourd'hui, cette limitation concerne principalement les actes de l'ancienne RDA et, ce qui est plus important en pratique, en principe les actes des Communautés européennes. Dans la mesure où l'on assiste à un transfert progressif des droits de souveraineté nationaux vers les Communautés européennes et à la perte corrélative de protection nationale des droits fondamentaux, le recours constitutionnel perd lui-même de plus en plus en importance. Cela

soulève alors la question d'une compensation par laquelle le niveau de protection des droits fondamentaux contre la puissance publique peut être maintenu, alors même qu'avance l'intégration européenne <sup>(32)</sup>.

### C. Cas d'ouverture et droit de saisine

La recevabilité du recours constitutionnel présuppose en outre que le requérant affirme être lésé dans ses droits fondamentaux par un acte de la puissance publique (art. 93, al. 1, n° 4a LF ; § 90, al. 1 LCCF). Par ailleurs, la Cour constitutionnelle exige que l'acte attaqué doive être susceptible de léser le requérant *en personne*, de manière immédiate et actuelle, dans sa position juridique, protégée par ses droits fondamentaux <sup>(33)</sup>. L'affirmation doit être suffisamment développée et rendre la violation d'un droit fondamental au moins concevable. Prenant appui sur une possible violation d'un droit fondamental du requérant, le recours constitutionnel s'intègre ainsi dans le système de la protection juridique administrative qui exige également toujours que le requérant soit individuellement affecté <sup>(34)</sup>. Ce qu'on appelle des « actions populaires » <sup>(35)</sup> sont ainsi exclues, de même que la possibilité d'une représentation processuelle dans le cadre de la procédure n'est accordée que de manière très parcimonieuse <sup>(36)</sup>. L'exigence que le requérant soit personnellement affecté ne conduit pourtant pas à une limitation essentielle de l'accès à la Cour conditionnelle, puisque qu'elle peut être fortement relativisée en l'espèce <sup>(37)</sup>.

C'est par une interprétation sévère de cette exigence d'être *immédiatement* concerné que la Cour constitutionnelle fédérale cherche à maintenir en des limites très étroites le recours constitutionnel contre les lois afin de pouvoir ainsi renforcer le principe de la subsidiarité du recours constitutionnel par rapport à la protection juridique ordinaire. La Cour constitutionnelle fédérale n'acceptera un recours constitutionnel immédiatement contre une loi qu'au seul cas où l'exigence d'un détour par les juridictions ordinaires est incompatible avec une protection juridique efficace <sup>(38)</sup>. Par cette jurisprudence restrictive, la Cour évite en général qu'il soit procédé au contrôle d'une norme, détaché du cas concret de l'espèce, esquivant l'examen préalable des faits et des questions de droit par les tribunaux ordinaires.

L'accès à la Cour constitutionnelle fédérale est en revanche simplifié du fait que l'article 2, alinéa 1 LF est considéré depuis la célèbre décision *Elles* comme la consécration d'un droit fondamental général de la liberté d'action. Les actes de la puissance publique qui viendraient la restreindre ne sont alors autorisés que pour autant qu'ils respectent entièrement la Constitution. « Quiconque » se voit ainsi ouvert la possibilité de faire examiner de manière compréhensive, grâce à l'article 2, alinéa 1 LF, toute acte de la puissance publique imposant une obligation par la Cour constitutionnelle ; par exemple si les règles de compétence et de procédure ont été correctement appliquées <sup>(39)</sup>. Cette jurisprudence a permis au juge constitutionnel d'introduire une passerelle reliant les droits fondamentaux au reste de l'ordre constitutionnel et de fonder sa légitimité lorsqu'il examine non seulement des violations spécifiques de droits fondamentaux, mais aussi celle d'autres normes constitutionnelles <sup>(40)</sup>.

### D. L'épuisement des voies de recours

Le principe de subsidiarité du recours constitutionnel entraîne une forte limitation de l'accès à la Cour constitutionnelle fédérale. Avant l'introduction d'une requête, les voies de recours existantes devant les tribunaux ordinaires doivent être épuisées (§ 90, al. 2 LCCF). En règle générale, les recours constitutionnels ne sont recevables qu'à l'encontre de décisions rendues en dernier ressort <sup>(41)</sup> ou contre des décisions définitives dans le cadre de procédures de protection juridique provisoire <sup>(42)</sup>. Ce principe s'applique également lorsque le requérant a omis ou n'a pas introduit dans les délais un recours légalement possible. Par ailleurs, le requérant est obligé d'« entreprendre tout ce qu'il est possible d'exiger de sa part » <sup>(43)</sup>, afin de produire tous les arguments qu'il considère pertinents devant le juge ordinaire <sup>(44)</sup>.

La subsidiarité, ainsi fortement soulignée, marque nettement la tendance consistant à attribuer la protection des droits fondamentaux en première ligne aux tribunaux ordinaires. L'épuisement des voies de recours devrait permettre à la Cour constitutionnelle fédérale de connaître l'opinion acquise par les tribunaux ordinaires tant au regard des faits que des problèmes juridiques. Autrement, le juge constitutionnel court le risque de rendre des décisions de grande portée sans disposer de fondements assurés <sup>(45)</sup>. Le principe de subsidiarité garantit ainsi le domaine de compétence des tribunaux. D'une part, l'on confirme la tâche des tribunaux inférieurs « de protéger les droits fondamentaux et d'assurer leur efficacité » <sup>(46)</sup> par rapport à la justice constitutionnelle ; d'autre part, l'examen préalable effectué par les autres tribunaux facilite la concentration de la Cour constitutionnelle fédérale sur le contrôle à l'aune du droit constitutionnel. Des exceptions de ces exigences sévères sont admissibles aux termes du paragraphe 90, alinéa 2, phrase 2 LCCF, lorsque le recours présente, par-delà le cas du requérant, un intérêt général ou s'il existe autrement un risque de préjudice grave et irréversible pour le requérant. Par cette clause générale, la Cour constitutionnelle fédérale se réserve largement le droit de dispenser, pour tel ou tel cas, de l'obligation de l'épuisement des voies de recours, afin de clarifier des questions de principe ou en vue de garantir une protection efficace des droits fondamentaux en l'espèce <sup>(47)</sup>.

### E. Délais, forme et motivation

La recevabilité formelle du recours constitutionnel est liée à sa présentation écrite <sup>(48)</sup> et justifiée <sup>(49)</sup> ainsi qu'au respect des délais <sup>(50)</sup> fixés par

le paragraphe 93 de la LCCF. En vertu du principe de l'accès de « quiconque » à la Cour constitutionnelle fédérale, les exigences concernant la motivation ne sont toutefois pas conçues de manière excessive. D'un autre côté, le sens de l'obligation de motiver réside en ce que la Cour puisse se former une opinion concernant la recevabilité et les chances de succès du recours sans devoir procéder à d'autres investigations <sup>(51)</sup>. L'intervention d'un avocat n'est pas nécessaire à ce stade <sup>(52)</sup>.

### III. Procédure d'admission

Le recours constitutionnel a reçu dès le départ un accueil très favorable dans la population <sup>(53)</sup>. Très vite, l'on se mit à réfléchir à un mode de sélection, afin de prévenir un engorgement de la Cour constitutionnelle fédérale <sup>(54)</sup>. Une fonction sélective essentielle est ici attribuée à la procédure d'admission, prévue depuis 1956 et actuellement réglée, après maintes modifications <sup>(55)</sup>, dans les paragraphes 93 a) à d) de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale <sup>(56)</sup>.

En vertu de ces dispositions, le recours doit être admis, afin de pouvoir faire l'objet d'une décision. Cette admission est décidée par une Section <sup>(57)</sup> (*Kammer*) de la Cour constitutionnelle fédérale, composée de trois juges <sup>(58)</sup>. Chacune des deux Chambres (*Senate*) de la Cour se divise en trois Sections.

Aux termes du paragraphe 93a, alinéa 2, l'admission du recours constitutionnel aux fins de décision est obligatoire, pour autant qu'il lui revienne une importance constitutionnelle de principe. Cela vaut également lorsque c'est le moyen indiqué en vue de la réalisation des droits susceptibles de fonder le recours. Cela peut, par exemple, être le cas, si le refus d'admission risque d'exposer le requérant à un préjudice particulièrement grave.

La plupart des recours échouent à l'issue de cette procédure d'admission <sup>(59)</sup>. La décision de la Section est inattaquable. Le refus d'admission n'exige aucune motivation.

Le recours doit-il à l'inverse être admis, la Section peut lui donner une suite favorable par ordonnance unanime. La condition en est, selon le § 93c LCCF, que la Cour constitutionnelle fédérale ait déjà rendu une décision concernant la question constitutionnelle pertinente. Les décisions d'inconstitutionnalité, de nullité ou d'incompatibilité d'une loi avec le droit fédéral en vigueur, demeurent cependant réservées à la Chambre. L'introduction de la procédure d'admission a certes réduit le nombre de décisions des deux Chambres quant au fond, mais non la charge de travail de la Cour, globalement considérée. On a simplement transféré la tâche de décider, au sein de la Cour, d'un niveau à un autre, de sorte que le débat concernant la possibilité d'un allègement effectif est loin d'être clos <sup>(60)</sup>.

## IV. L'admission du recours constitutionnel

### A. La surcharge permanente de la Cour constitutionnelle fédérale par des recours constitutionnels

L'idée de départ selon laquelle le recours constitutionnel devait être une voie de droit extraordinaire dans laquelle on ne s'engagerait qu'en tout dernier lieu afin de protéger les droits fondamentaux a aussitôt été dépassée par les événements. L'élaboration détaillée des règles de procédures dans la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale et la jurisprudence rendue par la Cour à partir de ce fondement ont largement ouvert les portails. De 1951 à 1999, 127171 recours constitutionnels ont été inscrits au rôle, dont 124301 ont été liquidés <sup>(61)</sup>. Le très faible pourcentage de succès, de seulement 2,6 %, constitue un indice montrant clairement que cet instrument n'est pas utilisé uniquement en cas de grave violation de droits fondamentaux exigeant en guise d'ultime recours un remède émanant de la Cour constitutionnelle en tant que « gardien de la Constitution », mais que la Cour est submergée par un tas de suppliques matériellement insignifiantes, comme une espèce d'« armoire des chagrins de la Nation » <sup>(62)</sup>.

Ce diagnostic a deux aspects. L'on peut d'un côté affirmer sans exagération que le recours constitutionnel a contribué comme aucune autre forme de procédure à la popularisation de la Cour constitutionnelle et à l'acceptation de l'ordre constitutionnel de la loi fondamentale. En même temps, le faible pourcentage de succès montre que l'action de la puissance publique est visiblement, dans la plupart des cas, et fort heureusement, en accord avec les sévères exigences de la loi fondamentale en matière de droits fondamentaux <sup>(63)</sup>. D'un autre côté, cette large acceptation ne manque pas de produire des effets négatifs. La surcharge quantitative produit une augmentation des retards, un prolongement de la durée des procédures et un transfert des décisions des Chambres vers les Sections <sup>(64)</sup>, et, enfin, une menace pour le fonctionnement de la Cour constitutionnelle fédérale dans la mesure où la masse des recours insignifiants, même aberrants, ralentit excessivement la liquidation de ceux qui sont difficiles et importants <sup>(65)</sup>.

C'est pourquoi l'histoire du recours constitutionnel est en même temps celle des tentatives de sa maîtrise.

## B. Les propositions de réforme visant à désengorger la Cour constitutionnelle fédérale

En dépit des mesures prises par le législateur en vue d'alléger la charge de la Cour <sup>(66)</sup>, le thème est à nouveau inscrit à l'ordre du jour du débat de politique juridique.

À partir des propositions de la Commission pour le désengorgement de la Cour constitutionnelle fédérale, convoquée en 1996 par le ministre fédéral de la Justice en 1996, l'on considère plusieurs possibilités d'allégement, sans que cette discussion se soit jusqu'à présent solidifiée par l'élaboration d'un projet concret pour une nouvelle réforme de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

À côté de l'appel radical à l'abolition pure et simple du recours constitutionnel <sup>(67)</sup> ou de l'idée, demeurée isolée, de soulager la Cour par une instance d'examen préalable <sup>(68)</sup>, les propositions de réforme empruntent principalement trois directions.

### 1) Autocorrection de la Cour constitutionnelle fédérale en matière de densité du contrôle

Une première proposition de réforme part de l'idée que la forte utilisation du recours constitutionnel constitue essentiellement le résultat de la jurisprudence particulièrement favorable aux droits fondamentaux de la Cour elle-même <sup>(69)</sup>. Ce serait surtout la jurisprudence concernant la pondération des valeurs, le principe de proportionnalité comme principe constitutionnel englobant, la liaison du législateur par le principe général d'égalité et l'« irradiation » des droits fondamentaux sur l'ordre juridique dans son ensemble qui aurait provoqué le raz-de-marée des recours constitutionnels. Par conséquent, il pourrait être maîtrisé par la Cour elle-même par une « inversion » appropriée de la jurisprudence.

Cette proposition tient compte des critiques parfois acerbes <sup>(70)</sup> du fait que, par sa jurisprudence en matière d'incidence des droits fondamentaux sur l'ensemble de l'ordre juridique infraconstitutionnel, la Cour constitutionnelle fédérale s'immisce très largement dans le domaine de l'interprétation de la loi par les tribunaux ordinaires <sup>(71)</sup>. Elle aurait ainsi effectivement incité les plaignants déboutés à faire examiner la décision du juge ordinaire une nouvelle fois par la voie du recours constitutionnel. Le retrait de la Cour vers son véritable noyau de compétence qu'est l'interprétation de la Constitution serait ainsi non seulement le moyen d'alléger son fardeau, mais en même temps un impératif au regard du respect des compétences matérielles spécifiques des tribunaux ordinaires. Il paraît toutefois hautement improbable que la Cour constitutionnelle fédérale abandonne sa conception des droits fondamentaux en tant qu'ordre objectif des valeurs et l'idée de leur rayonnement sur tout l'ordre juridique dans le seul but d'obtenir un allègement du nombre des recours constitutionnels.

### 2) Le renforcement de l'autocorrection des juridictions ordinaires

La proposition d'ouvrir des possibilités élargies d'autocorrection aux juridictions ordinaires part de l'observation que dans un grand nombre de recours contre des décisions juridictionnelles <sup>(72)</sup>, l'on attaque une violation de droits fondamentaux processuels par les tribunaux <sup>(73)</sup>. En pratique, le groupe le plus important concerne les jugements des tribunaux civils pour lesquels la valeur du litige se situe en dessous du seuil de l'appel qui est actuellement de 1500,- DM. Si l'on met entre parenthèses certaines cours constitutionnelles de *Land*, la Cour constitutionnelle fédérale demeure alors la seule « instance » habilitée à annuler ces jugements dans la mesure où s'est produite une violation de droits fondamentaux <sup>(74)</sup>. Si l'on suit ce constat, l'on admettra comme conséquence qu'il convient d'élargir les possibilités d'une autocorrection pour les tribunaux ordinaires.

L'on pense alors à une nouvelle version du « reproche de défaut d'écoute » (*Anhörungsrüge*) par lequel il serait possible de s'adresser au juge *a quo* après qu'une décision sera devenue définitive, en invoquant une violation du principe de l'écoute juridique (art. 103, al. 1 LF. Les effets d'allègement d'un tel « reproche » au bénéfice de la Cour constitutionnelle sont cependant appréciés de manière réservée <sup>(75)</sup>. Cela vaut sans doute également pour la proposition d'un « recours processuel en matière de droits fondamentaux » (*Verfahrensgrundrechtsbeschwerde*) qui devrait être introduit non devant la Cour constitutionnelle fédérale mais devant les instances suprêmes des tribunaux ordinaires de la Fédération ou du *Land* <sup>(76)</sup>.

### 3) Modification de la procédure d'admission devant la Cour constitutionnelle fédérale

Au centre du débat sur le désengorgement de la Cour constitutionnelle fédérale se trouvent par conséquent à juste titre des considérations visant cet objectif par une modification de sa propre procédure d'admission plutôt que par un transfert de compétences vers d'autres juridictions.

Ainsi, la Commission pour le désengorgement de la Cour constitutionnelle fédérale a proposé, en s'inspirant de la procédure d'admission en vigueur devant la Cour suprême des États-Unis <sup>(77)</sup> :

- de laisser l'admission d'un cas à la discrétion de la Cour ;

- de retransférer ce type de décision des Sections vers les Chambres ;

- de prévoir une procédure simplifiée aux fins d'identification de recours constitutionnels dignes de faire l'objet d'une décision.

Par cette mesure, on attribuerait une marge de décision à la Cour qui lui donnerait la compétence de déterminer l'ordre du jour constitutionnel dans le domaine des droits fondamentaux. Les considérations déterminant sa décision d'admission doivent s'inspirer de sa fonction et de sa mission dans la procédure du recours constitutionnel. La formule proposée "... ou afin de protéger les droits fondamentaux" indique clairement que cette fonction ne comprend pas seulement la primauté juridique objective de la Constitution, mais aussi, individuellement, la sauvegarde juridique subjective des droits fondamentaux.

Cette proposition appelle cependant, elle aussi, d'importantes réserves <sup>(78)</sup>. Il est tout d'abord problématique que, dès lors qu'elle pourrait admettre en discrétion, la Cour constitutionnelle fédérale ne déciderait plus « selon la loi », mais pourrait développer une politique délibérée en matière de droits fondamentaux. La fonction du recours constitutionnel consistant à prévoir une protection individuelle des droits fondamentaux, serait relativisée et la fonction objective de l'interprétation constitutionnelle serait rendue absolue <sup>(79)</sup>. Le recours constitutionnel serait fondamentalement modifié par rapport à sa conception originelle et transformé en un instrument de surveillance constitutionnelle, laissant le requérant sans la moindre certitude quant à savoir si sa demande individuelle de protection juridique sera prise en considération et soumise à examen. L'opinion paraît justifiée que pour une telle modification de la fonction du recours constitutionnel une simple réforme de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale ne devrait pas être suffisante mais exiger une révision de la loi fondamentale <sup>(80)</sup>. Indépendamment de la question de savoir si les majorités des deux tiers requises au *Bundestaget* au *Bundesrat* (art. 79, al. 2 LF) pourraient actuellement être atteintes, cette proposition ne doit pas être réalisée.

L'on peut certes partager l'opinion que la mission de la justice constitutionnelle consiste dans le traitement et la solution de questions juridiques d'importance constitutionnelle fondamentale. Décevoir ainsi la conviction fermement enracinée dans la conscience juridique générale en République fédérale d'Allemagne que le recours constitutionnel est un instrument de la protection juridique individuelle, constituerait cependant une bien difficile entreprise. On ne devrait s'y avancer que si la capacité de fonction de la Cour constitutionnelle fédérale ne peut plus, en aucune autre manière raisonnable, être maintenue. En dehors d'une situation de détresse absolue, la confiance subjective, nourrie et développée pendant des décennies, qu'il existe encore des « juges à Karlsruhe » ne doit pas être délibérément et prématurément abandonnée.

## V. Les défis futurs du recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale

À côté de la tâche permanente consistant à réfléchir à un désengorgement de la Cour dans l'intérêt du maintien de sa capacité de fonction, deux autres domaines appellent pour l'avenir un nouveau positionnement du recours constitutionnel.

### A. Le rapport entre le recours constitutionnel fédéral et le recours constitutionnel devant les cours constitutionnelles des Länder

L'ordre fédéral de la loi fondamentale entraîne entre autres conséquences l'existence de cours constitutionnelles des *Länder* ainsi que la possibilité d'un recours constitutionnel devant ces juridictions <sup>(81)</sup>. Cette option d'une double protection des droits fondamentaux est explicitement acceptée par le paragraphe 90, alinéa 3 LCCE. Mais cela ne dispense pas de la nécessité de clarifier ce parallélisme de recours constitutionnels, afin d'exclure le plus possible des collisions ainsi que des décisions divergentes dans l'intérêt de la sécurité juridique <sup>(82)</sup>. Les points de départ d'une telle délimitation consistent ici dans l'objet admissible du recours, dans les normes respectives de référence ainsi que dans les mesures procédurales permettant une prise en considération mutuelle des juridictions impliquées <sup>(83)</sup>.

Les normes de référence pour le recours constitutionnel de *Land* sont limitées aux seuls droits fondamentaux des Constitutions de *Land*. La délimitation des compétences peut donner lieu à des conflits lorsque l'acte attaqué, émanant de la puissance publique du *Land*, viole des droits fondamentaux de même contenu consacrés et par la loi fondamentale et par la Constitution du *Land* concerné <sup>(84)</sup>, de sorte qu'en principe <sup>(85)</sup> le recours constitutionnel est ouvert devant les deux juridictions. Des décisions divergentes ne peuvent alors être exclues. Les cours constitutionnelles de *Land* ne sont cependant pas entièrement libres dans l'élaboration de leur décision. En vertu de l'article 100, alinéa 3 LF, elles sont obligées de demander une décision de la Cour constitutionnelle fédérale dès lors qu'elles entendent s'écarter de l'interprétation que donne cette dernière, ou une autre Cour constitutionnelle de *Land*, des droits fondamentaux de la loi fondamentale. Ce « renvoi préjudiciel pour divergence » rend une surveillance mutuelle des cours constitutionnelles possible et garanti en dernier lieu, par la primauté de la Cour constitutionnelle fédérale, l'interprétation homogène des droits fondamentaux contenus de manière identique dans la loi fondamentale et les constitutions des *Länder*.

Seul un acte de la puissance étatique de *Land* peut constituer l'objet possible d'un recours constitutionnel devant les cours constitutionnelles de *Land* <sup>(86)</sup>. Cela répond à leur fonction de garantir l'encadrement de puissance publique étatique de *Land* par la Constitution du *Land*. Des difficultés pourront apparaître lorsqu'un acte de la puissance publique de *Land* trouve son fondement dans le droit fédéral, comme par exemple les décisions des Tribunaux de *Land* rendues sur le fondement des lois fédérales de procédure (Code de procédure civile, Code de procédure pénale, Code de procédure administrative, etc.). Dans une décision de 1997, la Cour constitutionnelle fédérale a clarifié que la primauté de principe du droit fédéral (art. 31 LF) n'empêche pas les cours constitutionnelles de *Land* d'évaluer l'application du droit fédéral par rapport aux droits fondamentaux de la Constitution du *Land* pour autant que leur contenu est différent des droits fondamentaux comparables contenus dans la loi fondamentale <sup>(87)</sup>. L'on reconnaît ici une tendance visant à étendre les compétences des cours constitutionnelles de *Land* afin de produire, à long terme, un désengorgement, absolument nécessaire, de la Cour constitutionnelle fédérale <sup>(88)</sup>.

## B. Les actes des Communautés européennes sont-ils susceptibles de constituer des objets de recours constitutionnel fédéral ?

La décision de la loi fondamentale en faveur de l'intégration européenne (art. 23 LF) et l'acceptation de principe d'une primauté du droit communautaire par rapport au droit national <sup>(89)</sup> conduit à un dilemme en ce qui concerne le recours constitutionnel. Conçu comme voie de recours extraordinaire, permettant d'assurer les droits fondamentaux contre les actes de la puissance publique allemande, l'intégration européenne croissante diminue sa portée dans la mesure où ce ne sont plus seulement de tels actes qui sont pris dans le domaine de validité de la loi fondamentale, mais aussi des actes des Communautés européennes qui pénètrent de manière croissante dans des domaines de vie protégés par les droits fondamentaux.

C'est par rapport à une telle perte rampante de portée, d'une protection exclusivement dirigée contre des actes de la puissance publique allemande, qu'il convient de considérer la jurisprudence mouvante de la Cour constitutionnelle fédérale concernant la question de savoir dans quelle mesure des actes communautaires peuvent éventuellement être contrôlés à l'aune des droits fondamentaux de la loi fondamentale <sup>(90)</sup>.

Dans une décision de 1974, la Cour constitutionnelle admettait encore une telle possibilité <sup>(91)</sup>. Aussi longtemps qu'une protection des droits fondamentaux équivalente à celle qu'offre la loi fondamentale n'est pas garantie, la Cour assurerait un contrôle du droit communautaire dérivé à l'aune des droits fondamentaux allemands. En 1986, la Cour admettait qu'une telle protection existait désormais et rétractait par conséquent sa propre prétention de contrôle, aussi longtemps que durerait cette situation <sup>(92)</sup>. La décision *Maastricht* de 1993 devait dès lors provoquer une certaine irritation, puisque la Cour constitutionnelle fédérale y soulignait à nouveau sa responsabilité pour une protection globale des droits fondamentaux dans le domaine de validité de la loi fondamentale et qu'elle n'excluait pas non plus un contrôle des actes des Communautés à l'aune de ces droits <sup>(93)</sup>. Entre temps, la Cour a cependant démenti la supposition qu'elle se serait écartée de la jurisprudence défensive développée dans *Solange II* par une interprétation offensive de ses propres attributions de contrôle <sup>(94)</sup>. Elle accentue au contraire la continuité par rapport aux critères de compétences de la décision *Solange II*. Une compétence de contrôle n'existerait que pour autant qu'une comparaison entre les niveaux de protection des droits fondamentaux permettrait d'établir que le développement du droit européen, y compris la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, serait descendu en dessous du seuil du standard minimal, défini par *Solange II*, et maintenant intégré dans la clause de garantie structurelle de l'article 23, I, 3 LF. Un recours constitutionnel contre du droit communautaire dérivé n'est par conséquent admissible que dans la mesure où le requérant démontre qu'un déficit de la protection européenne des droits fondamentaux n'est pas apparu seulement en l'espèce, mais d'une manière générale. La preuve d'un tel déficit paraît assez difficile à établir en pratique, alors précisément que les tribunaux communautaires intensifient leurs efforts en vue de renforcer l'efficacité des droits fondamentaux communautaires comme de faire progresser leur approfondissement doctrinal. L'on peut donc constater en définitive que la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale par rapport au droit communautaire dérivé au regard des droits fondamentaux, est actuellement suspendue au bénéfice de la compétence ultime de la Cour de justice des Communautés européennes.

## Résumé et perspectives

Cinquante ans après son introduction, le recours constitutionnel fait partie, sous l'empire de la loi fondamentale, des institutions de l'État de droit les plus fortement ancrées dans la conscience générale. Sa large acceptation contribue d'une manière essentielle à l'appréciation de la Cour constitutionnelle fédérale en tant que « gardien de la Constitution » et, partant, en tant qu'institution ayant donné son empreinte à la République fédérale d'Allemagne. Le recours constitutionnel devient dès lors un facteur de stabilité politique <sup>(95)</sup> et démontre en même temps la confiance dans l'autorité et l'indépendance de la justice. Elle s'intègre ainsi dans la meilleure tradition de l'État de droit. Toutes les modifications de la procédure nécessaires en vue de désengorger la Cour constitutionnelle fédérale et toutes les considérations concernant la garantie des droits fondamentaux dans le cadre du procès progressif de l'intégration européenne devraient par conséquent être portées par l'effort de ne pas mettre en jeu, à la légère, ce précieux bien, acquis en plusieurs dizaines d'années.

- (1) Cf. pour un résumé concernant cette décision fondamentale, R. Wahl, « Der Vorrang der Verfassung » in *Der Staat* 20 (1981), p. 485 sqs. ; P. Badura, « Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht », in : J. Isensee/P. Kirchhof (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, 1992, § 160 3 sqs.
- (2) Cf. d'une manière générale, pour ce qui concerne la position, la procédure et les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, par ex., K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, 1980, p. 330 sqs. ; W. Löwer, « Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts », in : J. Isensee/P. Kirchhof (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. II, 1987, § 56. ; K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl. 1997.
- (3) Cf. en particulier pour cette catégorie de procédure : Ch. Gusy, *Die Verfassungsbeschwerde*, 1988 ; R. Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. Aufl. 1988. L'on ne traitera pas ici le *recours constitutionnel communal* (« Kommunalverfassungsbeschwerde ») des communes et communautés urbaines (art. 93, al. 1, no 4 b LF) ni le recours constitutionnel devant les Cours constitutionnelles des *Länder*. Cf. toutefois *infra* V.1.
- (4) En ce qui concerne la subsidiarité du recours constitutionnel par rapport à la protection juridique assurée par les tribunaux ordinaires cf. *infra* II.A.
- (5) Tel est le titre du célèbre texte de Rudolf von Ihering, paru en 1872.
- (6) Explicitement BVerfGE 33, p. 247 sqs. (259) et jurisprudence constante (dernièrement BVerfGE 85, p. 109 sqs. (113)). Concernant cette double fonction du recours constitutionnel, cf. par ex. R. Zuck (note 3), Rn. 56 sqs., 75 sqs.; E. Benda/E. Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991, Rn. 309 sqs.
- (7) Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG) dans la version du 11 août 1993 (BGBl. I, p. 1473).
- (8) Selon le § 31, al. 2, phrase 2 LCCF cela vaut lorsque la Cour constitutionnelle fédérale déclare une loi compatible, incompatible ou nulle. En raison de cette force législative, de telles décisions sont à promulguer avec leur formule de décision dans la *Gazette des lois fédérales*.
- (9) En ce qui concerne la position du recours constitutionnel en général dans le système de la protection juridique, cf. par ex. W. Löwer (note 2), p. 826 sqs., K. Schlaich (note 2), p. 127 sqs. et pour la limitation originelle de la justice constitutionnelle aux seuls conflits entre organes constitutionnels, cf. en détail K. Stern (note 2), p. 933 sqs.
- (10) Cf. déjà le bilan de H. F. Zacher, « Die Selektion der Verfassungsbeschwerden - Die Siebfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers », in : *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, vol. I, 1976, p. 396 sqs.
- (11) Dans la version du 15 déc. 1986 (BGBl. I, p. 2529), dernièrement modifié par arrêt du 18 déc. 1995 (BGBl. 1996, I, p. 474).
- (12) LCCF du 12 mars 1951 (BGBl. I, p. 243).
- (13) 19e loi de révision de la loi fondamentale du 2 janv. 1969 (BGBl. I, p. 97). Pour l'histoire du recours constitutionnel et ses précurseurs dans l'histoire constitutionnelle allemande, cf. en détail K. Stern (note 2), p. 1014 sqs. ; Ch. Gusy (note 3), p. 1 sqs. ; K. Schlaich (note 2), p. 129 sqs.
- (14) Pour cette réévaluation du recours constitutionnel depuis 1969, cf. par ex. R. Zuck (note 3), p. 1 sqs., et pour les motifs visant à ancrer le recours constitutionnel dans la Constitution par rapport à la législation sur l'état d'urgence, cf. en détail H. Kutscher, « Die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts », 1951 *bis*, 1969, in : *Festschrift G. Müller*, 1970, p. 161 (164 sqs.).
- (15) Cf. § 90, al. 2, §§ 93a-d LCCF et *infra* II.D, III.
- (16) Cf. dernièrement le rapport de la Commission « Entlastung des Bundesverfassungsgerichts » (« Désengorgement de la Cour constitutionnelle fédérale », éd. par le ministère fédéral de la justice, 1998 (*infra* : « Kommissionsbericht »), et pour un bilan des propositions antérieures, cf. H. F. Zacher (note 10).
- (17) Cela vaut par exemple pour le droit fondamental de la liberté d'association (art. 8, al. 1 LF), de la liberté de rassemblement (art. 9, al. 1 LF), de la liberté d'aller et venir dans le cadre du territoire fédéral (art. 11, al. 1 LF), de la liberté professionnelle (art. 12, al. 1 LF).
- (18) Un problème particulier se présente ici lorsqu'un droit fondamental est réservé explicitement aux allemands, alors que son domaine de protection matériel concerne une activité relevant des libertés fondamentales du droit communautaire et à laquelle s'applique par conséquent, en faveur des citoyens de l'Union, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité (art. 12 TUE). Dans ces cas, le droit national doit être adapté aux exigences du droit communautaire bénéficiant de la primauté. Cette question concerne actuellement par exemple la liberté professionnelle, réservée aux seuls allemands selon les dispositions explicites de l'article 12 LF. Cf. là-dessus par ex. Chr. Degenhart, « Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen bei wirtschaftlicher Betätigung im Inland », *EuGRZ* 1981, p. 161 sqs. ; H. Bauer/W. Kahl, « Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen - Grundrechten ? », *JZ* 1995, p. 1077 sqs. ; R. Störmer, « Gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote versus nationale Grundrechte ? », *AR* 1998, p. 541 sqs.
- (19) Pour un résumé et en ce qui concerne les cas de protection *post mortem* des droits fondamentaux, cf. par ex. E. Benda/E. Klein (note 6), p. 156 sqs. ; G. Robbers, *Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 1996, p. 10 s.
- (20) Cf. déjà W. Graf Vitzthum, « Gentechnik und Grundgesetz », in : *Das akzeptierte Grundgesetz*. Festschrift für Günter Dürig zum 70.

Geburtstag, 1990, p. 185 sqs. ainsi que, maintenant, par ex. : W. Brohm, « Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde », *JuS* 1998, p. 197 sqs.

(21) En détail E. Benda/E. Klein (note 6), p. 159 sqs. ; Chr. Pestalozza (note 20), p. 171 s. ; R. Zuck (note 3), p. 239 sqs.

(22) Ainsi déjà BVerfGE 12, p. 6 sqs. (8).

(23) Il convient d'exclure notamment le droit fondamental de dignité humaine (art. 1, al. 1 LF), le droit à la vie et à l'intégrité physique (art. 2, al. 2, phrase 1 LF), l'égalité entre la femme et l'homme (art. 3, al. 2 LF) ainsi que la protection du mariage et de la famille (art. 6, al. 1 LF). Cf. en détail par ex. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, 1988, p. 1123 sqs.

(24) Fondamental : BVerfGE 21, p. 362 sqs. (369 s.) et, depuis, la jurisprudence constante. Pour une vue d'ensemble : K. Stern (note 23), p. 1149 sqs.

(25) Il existe toutefois la possibilité du recours constitutionnel communal.

(26) Pour une présentation détaillée : E. Benda/E. Klein (note 6), p. 165 sqs. ; K. Stern (note 23), p. 1150 sqs. ; R. Zuck (note 3), p. 241 sqs.

(27) Cf. par ex. D. Th. Tsatsos/M. Morlok, *Parteienrecht*, 1982, p. 125 sqs. ; R. Zuck (note 3), p. 246 sqs.

(28) Pour une présentation détaillée, cf. R. Zuck (note 3), p. 177 sqs. ; E. Benda/E. Klein (note 6), p. 170 sqs.

(29) BVerfGE 77, p. 170 sqs. (209 s.). La conclusion d'un accord international par le Gouvernement fédéral aussi peu que les actes de participation des organes étatiques allemands dans les organes communautaires ne peuvent par conséquent constituer l'objet d'un recours constitutionnel.

(30) Argument : art. 9, al. 3 LF. Les normes d'une convention tarifaire ne peuvent constituer l'objet d'un recours constitutionnel que si le ministre compétent rend une déclaration qui leur confère un caractère obligatoire général ; présentation détaillée : E. Benda/E. Klein (note 6), p. 183. C'est toutefois l'exception, cf. par ex. les données, in : W. Hromadka/F. Maschmann, *Arbeitsrecht*, vol. 2, 1999, p. 46.

(31) Cf. déjà BVerfGE 1, p. 10 sqs. (11). Les délais sont discutés par R. Zuck (note 3), p. 184 sqs. Des règles particulières concernaient les actes de la puissance publique du *Land* de Berlin jusqu'à la réunification, cf. par ex. P. Lerche, « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Fragen », in : *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, vol. 1, p. 715 sqs. et E. R. Zivier, *Der Rechtsstatus des Landes Berlin*, 1987, p. 111 sqs.

(32) Cf. *infra* V, B, p. 80.

(33) BVerfGE 53, p. 30 sqs. (48).

(34) Cf. par ex. § 42 *Verwaltungsgerichtsordnung* (Code de justice administrative) (VwGO).

(35) La possibilité d'introduire une plainte sans l'affirmation de la violation d'un droit à titre propre n'est prévu que par la Constitution de l'État libre de Bavière (art. 98 BayVerf.).

(36) Cf. par ex. BVerfGE 77, p. 263 sqs. (269) ; 79, p. 1 sqs. (19).

(37) Présentation détaillée par ex., in : E. Benda/E. Klein (note 6), p. 200 sqs.

(38) En ce qui concerne cette jurisprudence, cf. pour une présentation détaillée, par ex., K. Schlaich (note 2), p. 151 sqs., E. Benda/E. Klein (note 6), p. 208 sqs.

(39) BVerfGE 6, p. 32 sqs., depuis jurisprudence constante ; très clairement encore : BVerfGE 80, p. 137 sqs.

(40) Concernant cette extension du recours constitutionnel et la critique subséquente cf. par ex. K. Schlaich (note 2), p. 141 sqs.

(41) C'est ce qui explique la part prédominante de ceux qu'on appelle les recours constitutionnels contre les jugements (*Urteilsverfassungsbeschwerden*). En 1999, 4729 recours ont été introduits dont plus de 4400 étaient dirigés contre des jugements.

(42) Concernant l'autonomie de ces procédures, cf. par ex. K. Schlaich (note 2), p. 160 s.

(43) BVerfGE 64, p. 135 sqs. (143).

(44) Pour une présentation détaillée de cette jurisprudence restrictive, cf. K. Schlaich (note 2), p. 156 sqs. ; E. Benda/E. Klein (note 6), p. 221 sqs.

(45) BVerfGE 56, p. 54 sqs. (69) ; 86, p. 15 sqs. (23).

(46) BVerfGE 49, p. 252 sqs. (258).

(47) Pour une présentation détaillée de la jurisprudence de la Cour rendue sur le fondement des dispositions du § 90, al. 2, p. 2 LCCF ; cf. Kley/Rühmann, in : D. C. Umbach/Th. Clemens (éd.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1992, § 90 Rn. 103 sqs.

(48) Pour les recours contre une loi, le délai est d'un an (§ 93, al. 3 LCCF), sinon d'un mois (§ 93, al. 1 LCCF).

(49) § 23, al. 1 LCCF.

(50) § 92 LCCF.

(51) En dépit des faibles exigences, beaucoup de recours échouent pour manque de justification ; cf. Kley (note 47), § 92 Rn. 7.

(52) § 22 LCCF n'exige l'office d'avocat que pour l'audience devant la Cour constitutionnelle fédérale.

(53) De 1951 à 1999, on a 122 257 recours constitutionnels qui ont fait l'objet d'une décision formelle. Cf. les données détaillées concernant l'évolution dans le rapport de la Commission : *Kommissionsbericht* (note 16), p. 147 sqs.

(54) Cf. pour une présentation détaillée H. F. Zacher (note 10), p. 404 sqs. ainsi que D. C. Umbach, in : D. C. Umbach./Th. Clemens (note 47),

avant §§ 93a sqs. (notamment indications bibliographiques). Cf. en particulier l'appel dramatique de E. W. Böckenförde, « Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts », *ZRP*1996, p. 281 sqs.

(55) Modifié dernièrement par la cinquième loi de modification de la LCCF du 02 août 1993 (BGBl. I, p. 1142). Pour une présentation détaillée, cf. K. Schlaich (note 2), p. 169 sqs.

(56) L'article 94, alinéa 2, p. 2 LF, contient le fondement constitutionnel. Avant le début de la procédure d'admission selon les art. §§ 93a sqs. LCCF, des fonctionnaires de la Cour, n'ayant pas la qualité de juge, procèdent à un premier examen sur le fondement des §§ 60, 61 du règlement intérieur de la Cour, version de 1986 (BGBl. I, p. 2529). S'ils sont d'avis que le recours n'est pas recevable, ou qu'il n'a à l'évidence pas de chances de succès selon la jurisprudence, ils en font notification au requérant et lui demande de se prononcer sur le maintien du recours. S'il ne répond pas ou s'il retire son recours, il ne fait pas l'objet d'une décision. De 1951 à 1997, 185 814 cas ont été éliminés de cette manière.

(57) Jusqu'à la réforme de la LCCF en 1985, la décision revenait aux « Commissions pour l'examen préalable » (*Vorprüfungsausschüsse*).

(58) Chacune des deux Chambres de la Cour compte huit juges (§ 2 LCCF).

(59) En 1999, 4756 recours ont été refusés par une décision de Section, 4729 nouvelles requêtes ont été introduites.

(60) Cf. aussitôt *infra* IV. B.

(61) Cf. les données détaillées concernant cette évolution in : *\_Kommissionsbericht* (note 16), p. 147 sqs. et les données actuelles sur le site web de la Cour constitutionnelle fédérale, <http://www.bundesverfassungsgericht.de>. Pendant les dix dernières l'on a pu assister à une stabilisation du niveau annuel de l'introduction de nouveaux recours autour d'environ 5000 cas.

(62) Ainsi Me Jutta Limbach, Présidente de la Cour constitutionnelle fédérale dans un entretien in : *DRiZ*1998, p. 7 s.

(63) Pour une telle appréciation, cf. par ex. E. Klein, « Die Zukunft der Verfassungsbeschwerde », in : M. Piazzolo (éd.), *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, 1995, p. 227 sqs. (229 s.).

(64) Pendant les années 1995-1999, 23 563 parmi les 25 250 recours introduits en tout ont été liquidés par des décisions de Section et 183 seulement par une décision de Chambre, le reste par retrait ou d'une autre manière.

(65) Pour ces incidences, cf. *\_Kommissionsbericht* (note 16), p. 28 sqs.

(66) Cf. pour une vue d'ensemble : H. F. Zacher (note 10), p. 404 sqs. et dernièrement la 5<sup>e</sup> réforme de la LCCF du 11 août 1993 (BGBl. I, p. 1473).

(67) Pour un commentaire critique concernant cette proposition, cf. E. Klein (note 63), p. 236 s.

(68) Ainsi A. Pöllner, « Zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichts durch eine »Verfassungsanwaltschaft " », *ZRP*1997, p. 273 sqs. ; le rapport de la Commission développe une position critique : *Kommissionsbericht* (note 16), p. 101 sqs.

(69) Présentation détaillée et indications bibliographiques : *\_Kommissionsbericht* (note 16), p. 134 sqs.

(70) *Sur le caractère de plus en plus acerbe de cette critique, cf. H. H. Klein, « Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit », in : J. Burmeister (éd.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für K. Stern, 1997, p. 1135 sqs. (1139).*

(71) *Jurisprudence constante depuis BVerfGE 7, p. 198 sqs. (décision « Lüth »). Présentation d'ensemble, par ex. : K. Stern (note 23), p. 890 sqs. ; K. Schlaich (note 2), p. 206 sqs. ; Kommissionsbericht (note 16), p. 136 et dernièrement par ex., E. Schumann, « Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung », in : C.-W. Canaris u. a. (Eds.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band III, 2000, p. 3 sqs. ainsi que W. Brohm, « Die Funktion des BVerfG - Oligarchie in der Demokratie ? », NJW 2001, p. 1 sqs. (5 sqs.).*

(72) Cf. les données *supra*, note 41.

(73) Plus de la moitié des recours se prévalent d'un tel reproche fondé surtout sur l'article 103, alinéa 1 LF (principe de l'écoute juridique *rechtliches Geh\_s\_r*).

(74) Selon les estimations statistiques à partir des données disponibles, 43 % des jugements rendus en première instance ne sont déjà pas susceptibles d'appel ; cf. *\_Kommissionsbericht* (note 16), p. 67.

(75) Cf. *\_Kommissionsbericht* (note 16), p. 71 sqs.

(76) Cf. *Kommissionsbericht* (note 16), p. 77 sqs. et l'opinion dissidente de Me K. Grasshof, juge à la Cour constitutionnelle fédérale, *op. cit.*, p. 139 sqs.

(77) Présentation détaillée : *Kommissionsbericht* (note 16), p. 42 sqs. L'on propose la formulation suivante pour le § 93a LCCF : « La Cour constitutionnelle fédérale peut admettre un recours constitutionnel. Pour cela, elle tient compte de la mesure dans laquelle sa décision importe particulièrement pour la clarification d'une question de droit constitutionnel ou pour la protection des droits fondamentaux. »

(78) Cf. là-dessus l'opinion dissidente de K. Grasshof (note 76) et toujours, par ex. E. Klein (note 63), p. 237 sqs. (avec d'autres indications).

(79) Ainsi E. Klein (note 63), p. 239.

(80) La discussion est présentée, in : E. Klein (note 63), p. 238 et in : *\_Kommissionsbericht* (note 16), p. 54 sqs.

(81) Pour une vue d'ensemble, cf. K. Schlaich (note 2), p. 225 sqs.

(82) Sur cette situation de départ, cf. *\_Kommissionsbericht* (note 16), p. 85 sqs. et, globalement, dernièrement : H. Clausen, *Landesverfassungsbeschwerde und Bundesstaatsgewalt*, 2000 ; H. Dreier, *Grundrechtsschutz durch Landesverfassungsgerichte*, 2000.

(83) Art. 100, al. 3 LF

(84) Art. 142 LF prévoit explicitement ce parallélisme.

(85) Des exceptions valent pour les recours constitutionnels devant les Cours constitutionnelles de Berlin (art. 72 al. 2 Nr. 4, Constitution de Berlin) et de la Sarre (§ 55, al. 3, loi no. 645).

(86) La possibilité d'un contrôle des actes de la Fédération par les cours constitutionnelles des *Länder* est controversée ; cf. ci-dessus par ex. K. Schlaich (note 2), p. 229.

(87) BVerfGE 96, p. 345 sqs.

(88) Cf. *Kommissionsbericht* (note 16), p. 87 sqs.

(89) Pour la justification doctrinale de cette primauté cf. par ex. Th. Oppermann, *Europarecht*, 2<sup>e</sup> édition, 1999, p. 235 sqs.

(90) Sur l'évolution de cette jurisprudence, cf. par ex. K. Schlaich (note 2), p. 237 sqs.

(91) BVerfGE 37, p. 271 sqs. (*Solange I*).

(92) BVerfGE 73, p. 339 sqs. (*Solange II*). Dès lors, des recours constitutionnels contre des actes de droit communautaire dérivés ont été constamment rejetés comme irrecevables, par ex. BVerfG, *NJW*1988, p. 1459.

(93) BVerfGE 89, p. 155 sqs. (*Maastricht*).

(94) Arrêt du 07 juin 2000, *NJW*2000, p. 3124 sqs. (« Bananenmarktordnung »).

(95) Ainsi H. H. Klein (note 70), p. 1136.