

Ce texte est paru dans :
 Rouvière, Frédéric (sous la direction de), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*,
 Bruxelles (Bruylant) 2011, p. 668-690

Réflexions sur la vulnérabilité de la Loi fondamentale allemande

Thomas GROH*

Le terme « vulnérabilité » s'applique à une chose fragile, qui peut être facilement atteinte ou attaquée.¹ Il n'est normalement pas utilisé pour caractériser une norme juridique. Dans quel sens peut-on alors parler de la vulnérabilité d'une Constitution ? Si l'on accepte que la « vulnérabilité » désigne le risque qu'une chose tombe dans un état ou une situation non voulus, une Constitution est en effet vulnérable. Nous distinguons trois risques auxquels une Constitution est exposée. Tout d'abord, dans chaque situation où une disposition constitutionnelle est appliquée, il se peut que cette application soit incorrecte. La Constitution est donc vulnérable à sa *violation*. En deuxième lieu, il y a le risque d'atteintes au texte constitutionnel par des révisions trop fréquentes ou touchant à des principes fondamentaux de la Constitution, c'est-à-dire le risque de *révisions illimitées*. Enfin, il y a un risque certes rare mais existentiel pour une Constitution : le risque de son *abolition révolutionnaire*.

Nous analyserons comment la Constitution de la République fédérale d'Allemagne (ci-après : RFA), la Loi fondamentale de 1949,² est parée contre ces trois risques : sa violation, des révisions illimitées et son abolition révolutionnaire.

I. – Le risque d'une violation de la Loi fondamentale

Le risque de la violation d'une Constitution est quotidien. Bien entendu, les institutions de l'État sont tenues d'appliquer les dispositions constitutionnelles conformément au texte et à l'esprit de la Constitution. Toutefois, il n'est jamais exclu que l'application soit incorrecte. Le risque d'une violation de la Constitution prend des proportions particulières dans le système constitutionnel allemand qui prévoit que les articles 1^{er} à 19³ relatifs aux droits fondamentaux sont d'application directe et lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (article 1^{er} al. 3). Par conséquent, toute mesure d'une institution publique qui ne respecte pas les droits fondamentaux constitue une violation de la Constitution.

Face à ce risque, les auteurs de la Loi fondamentale ont intégré un système quasi-complet de contrôle de constitutionnalité dans la Constitution elle-même. Ce contrôle n'est pas limité aux seules normes (lois et textes de caractère non-législatif), mais s'étend potentiellement à toutes les mesures prises par l'ensemble des institutions publiques.⁴ Il peut non seulement être initié par des organes constitutionnels, mais encore, dans un grand nombre d'hypothèses, par les individus concernés par une mesure prétendument inconstitutionnelle. Toutefois, le contrôle de constitutionnalité n'intervient qu'*a posteriori*.⁵ Bien qu'il ne vise donc pas à *empêcher* des violations de la Constitution, mais à y *mettre fin* une fois qu'elles ont eu lieu, il s'est avéré très efficace.

* Docteur en droit de la faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de la Sarre, Maître de conférences (wissenschaftlicher Assistent) à la faculté de droit de l'Université de Dresde. – Je remercie Véronique MÜLLER et Nicolas BERTRAND de leur aide indispensable lors de la rédaction de la version définitive de cette contribution.

¹ Le Grand Robert de la langue française, tome 6, 2^e édition, Paris, 2001, p. 1977 ; Grand Larousse de la langue française, tome septième, Paris, 1978, p. 6603.

² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundesgesetzblatt (ci-après : BGBl.) 1949, p. 1. Le texte de la Loi fondamentale dans sa version en vigueur en mars 2007 est disponible en langue française sur le site du Bundestag (www.bundestag.de/htdocs_f/bundestag/fonctions/cadre/loi_fondamentale.pdf).

³ Sauf indication contraire, tous les articles mentionnés dans cette contribution sont des articles de la Loi fondamentale.

⁴ Sont exclus du contrôle notamment des actes à caractère purement politique et le refus, par le Président fédéral, de demandes de grâce.

⁵ Il y a pourtant une exception dans un domaine spécifique du contrôle de constitutionnalité de lois, cf. *infra*. En outre, dans des cas très rares, une décision préventive de la Cour constitutionnelle fédérale peut être demandée pour empêcher que les institutions publiques ne prennent une certaine mesure (« vorbeugender Rechtsschutz »).

A. – Le contrôle de constitutionnalité⁶ de normes⁷

Le contrôle de normes vise à écarter des normes inconstitutionnelles de l'ordre juridique. Cet objectif étant d'intérêt public, la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale n'est pas contradictoire. La demande de contrôle d'une norme n'est donc pas dirigée contre l'autorité qui a adopté ou édicté la norme en question. En plus, elle n'est soumise à aucun délai de sorte qu'il est même possible de faire contrôler des normes qui sont en vigueur depuis des décennies. En moyenne, ces dernières années, la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré non conforme à la Loi fondamentale environ 17% des normes contrôlées.⁸

En règle générale, le contrôle ne peut intervenir qu'après la promulgation (et donc l'existence juridique) de la norme en question.⁹ A titre exceptionnel, les lois autorisant la ratification d'engagements internationaux peuvent être contrôlées dès leur adoption par le Parlement, soit avant leur promulgation. Cette exception se justifie par le souci d'éviter que la RFA soit liée par un engagement international avant que la Cour constitutionnelle fédérale n'ait statué sur la demande de contrôle constitutionnel de la loi de ratification.¹⁰

La Loi fondamentale distingue deux formes de contrôle de constitutionnalité de normes : le contrôle « abstrait » (ou direct) qui s'exerce indépendamment de tout litige porté devant une juridiction autre que la Cour constitutionnelle fédérale et le contrôle « concret » (ou indirect) qui s'exerce à l'occasion d'un tel litige.

1. – Le contrôle abstrait de normes

Le contrôle constitutionnel abstrait de normes (article 93 al. 1^{er} n° 2) peut s'appliquer non seulement aux lois votées par le Parlement, mais encore à toute autre norme du droit fédéral ou du droit d'un Land,¹¹ comme notamment les règlements¹² fédéraux, les Constitutions des Länder, les lois et règlements d'un Land ainsi que les règlements intérieurs des organes constitutionnels (fédéraux ou d'un Land). Parmi les lois susceptibles d'être contrôlées figurent celles autorisant la ratification d'un traité international, y compris un traité de révision des traités européens. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale a notamment contrôlé les lois autorisant la ratification des traités de Maastricht et de Lisbonne.¹³ Par l'intermédiaire de la loi de ratification, la Cour vérifie *indirectement* la constitutionnalité du traité international lui-même. A la différence du Conseil constitutionnel français, la Cour constitutionnelle fédérale contrôle aussi la constitutionnalité de lois constitutionnelles.¹⁴

Le contrôle abstrait de normes est toujours facultatif. Il peut être initié par le Gouvernement fédéral, par le Gouvernement d'un Land ou encore par un tiers des membres du Bundestag¹⁵ (le Parlement

⁶ Dans la présente contribution, le terme « inconstitutionnalité » ne désigne qu'une incompatibilité avec la Loi fondamentale, non pas avec la Constitution d'un Land.

⁷ Pour une comparaison des systèmes allemand et français de contrôle de normes cf. Michel FROMONT, *Die Verfassungsmäßigkeitskontrolle in Deutschland und Frankreich, Die Öffentliche Verwaltung* 2003, p. 542.

⁸ Les informations statistiques sont disponibles en ligne sur le site de la Cour constitutionnelle fédérale (http://www.bverfg.de/organisation/statistik_2008.html ; dernière consultation le 11 septembre 2009).

⁹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (ci-après : BVerfGE), Band 1, p. 396 (410).

¹⁰ Ibid., p. 410 s.

¹¹ Sont toutefois exclues du contrôle les circulaires qui ne produisent pas d'effets juridiques à l'extérieur des institutions publiques.

¹² Le droit allemand ne connaît pas les règlements autonomes. En effet, le pouvoir exécutif n'est pas en droit d'édicter des règlements à moins qu'une loi l'y autorise en déterminant le contenu, le but et l'étendue de l'autorisation accordée (article 80, al. 1^{er}).

¹³ BVerfGE 89, p. 155 (Maastricht) ; arrêt du 30 juin 2009, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, p. 2267 (Lisbonne). Le texte de ce dernier arrêt est également disponible en ligne sur le site de la Cour constitutionnelle fédérale (www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html ; dernière consultation le 16 septembre 2009).

¹⁴ Cf. p. ex. BVerfGE 84, p. 90 (117 s.). Pour le refus du Conseil constitutionnel français de contrôler la constitutionnalité de lois constitutionnelles, cf. décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962 (incompétence pour le contrôle de constitutionnalité d'une loi modifiant la Constitution et adoptée par voie de référendum) ; décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 (incompétence pour le contrôle de constitutionnalité d'une loi constitutionnelle approuvée par le Congrès).

¹⁵ Ce quorum a été réduit à un quart des membres du Bundestag par l'article 1^{er} n° 3 de la loi relative à la révision de la Loi fondamentale (articles 23, 45 et 93) du 8 octobre 2008, BGBl. 2008 I, p. 1926. Cet article n'entrera toutefois en vigueur que le jour où le traité de Lisbonne entrera en vigueur pour la RFA.

allemand) en cas de divergences d'opinion ou des doutes sur la compatibilité de la norme en question avec la Loi fondamentale.¹⁶ Le contrôle porte tant sur la compatibilité formelle, vérifiant si la norme a été adoptée par l'autorité compétente et dans le respect des conditions de procédure et de forme prévues par la Loi fondamentale pour la création de normes, que sur la compatibilité matérielle, examinant si le contenu de la norme est conforme aux dispositions de la Loi fondamentale.

Si la Cour constitutionnelle fédérale décide que la norme contrôlée est inconstitutionnelle, elle l'annule. Pour des raisons de sécurité juridique, elle se contente toutefois, dans certains cas, de déclarer la norme incompatible avec la Loi fondamentale sans l'annuler, souvent en demandant au Parlement de la remplacer par une norme conforme à la Loi fondamentale dans un délai fixé par la Cour.¹⁷ Le contentieux relatif au contrôle abstrait de normes se limite en moyenne à trois décisions par an.

2. – Le contrôle concret de normes

Ce n'est souvent que lors de l'application d'une norme à un cas d'espèce qu'apparaissent des doutes sur sa constitutionnalité. Dès lors, la Loi fondamentale prévoit un contrôle concret de normes (article 100 al. 1^{er}) qui permet à toute juridiction allemande (y compris aux Cours constitutionnelles des Länder) de saisir la Cour constitutionnelle fédérale pour un contrôle de constitutionnalité d'une loi¹⁸ à l'occasion d'un litige dont elle est saisie.

A la différence du contrôle abstrait de normes, seules les lois votées par le Parlement (fédéral ou d'un Land) peuvent faire l'objet du contrôle concret. Cette limitation s'explique par la compétence accordée aux juridictions allemandes de ne pas appliquer des normes d'un rang inférieur à la loi si elles les estiment inconstitutionnelles ou illégales. Elles peuvent en outre *vérifier* la constitutionnalité de normes législatives. En revanche, la compétence pour *annuler* de telles normes est réservée à la Cour constitutionnelle fédérale.¹⁹ Ce monopole de décision est motivé notamment par le souci de préserver l'autorité du pouvoir législatif. En effet, il serait porté atteinte à cette autorité si les normes votées par le Parlement, représentant du peuple et seul organe constitutionnel dont les membres sont élus au suffrage direct, pouvaient être écartées par toute juridiction. La Cour constitutionnelle fédérale limite cependant son monopole à des lois dont l'adoption devait respecter les dispositions de la Loi fondamentale, à savoir des lois adoptées après l'entrée en vigueur de celle-ci (23 mai 1949). En revanche, les lois « pré-constitutionnelles » promulguées avant le 23 mai 1949 peuvent être écartées par toute autre juridiction si elles sont incompatibles avec la Loi fondamentale.²⁰ Parmi les normes susceptibles d'un contrôle concret, la Cour constitutionnelle fédérale range aussi les normes du droit communautaire dérivé. En effet, elle s'attribue la compétence pour vérifier si les actes adoptés par les organes communautaires respectent les limites tracées par le « programme d'intégration » contenu dans les traités UE et CE et reconnu par le Parlement allemand autorisant la ratification de ces traités.²¹ En fin de compte, la Cour constitutionnelle fédérale cherche à éviter que des actes de droit communautaire dérivé auxquels le Parlement allemand n'a pas consenti (de manière générale, par son approbation des traités européens et de leurs révisions) produisent des effets juridiques en RFA. Cependant, le prix à payer pour atteindre cet objectif est élevé : elle met ouvertement en question la primauté du droit communautaire.

La demande de contrôle concret de normes n'est recevable que si la constitutionnalité de la norme législative en question conditionne la solution du litige à l'occasion duquel la Cour constitutionnelle fédérale a été saisie. Ensuite, la juridiction doit être *convaincue* de l'inconstitutionnalité de la norme ; de simples *doutes* quant à la constitutionnalité de la norme ne sont pas suffisants. A plus forte raison, la

¹⁶ L'article 93 al. 1^{er} n° 2 prévoit en outre le contrôle de compatibilité du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral.

¹⁷ Cf. p. ex. BVerfGE 72, p. 330 (333, n° 2 du dispositif).

¹⁸ L'article 100 al. 1^{er} permet en outre de faire contrôler la compatibilité d'une loi d'un Land avec les normes infra-constitutionnelles du droit fédéral.

¹⁹ Cette compétence ne comprend que la déclaration d'inconstitutionnalité pour incompatibilité de la loi avec la *Loi fondamentale*. La compétence de déclarer inconstitutionnelle une loi à cause de son incompatibilité avec la *Constitution d'un Land* est réservée à la Cour constitutionnelle de ce Land.

²⁰ BVerfGE 2, p. 124 (128 s.) ; depuis jurisprudence constante, cf. p. ex. BVerfGE 97, p. 117 (122).

²¹ Arrêt « Maastricht » (note 13), p. 188.

demande de contrôle de constitutionnalité sera rejetée si la norme peut être interprétée dans un sens compatible avec la Loi fondamentale.

Les effets juridiques de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale sont les mêmes qu'en matière de contrôle abstrait de normes. L'importance pratique du contrôle concret de normes est nettement plus grande que celle du contrôle abstrait ; en effet, il y a environ 60 saisines de contrôle concret de normes par an.

B. – Le contrôle de constitutionnalité d'autres mesures prises par les institutions publiques

En sus du contrôle de constitutionnalité de normes, la Loi fondamentale prévoit plusieurs mécanismes de contrôle constitutionnel d'autres mesures prises par les institutions publiques. Ainsi, la Cour constitutionnelle est habilitée à contrôler notamment le respect des dispositions de la Loi fondamentale concernant la répartition de compétences ainsi que, dans une procédure initiée par des particuliers, le respect des droits fondamentaux.

1. – Le contrôle de la répartition de compétences

La Loi fondamentale répartit les compétences non seulement entre les organes constitutionnels fédéraux (répartition « horizontale » de compétences), mais aussi entre la Fédération et les Länder (répartition « verticale » de compétences). En cas de désaccord sur le respect de ces règles, la Cour constitutionnelle fédérale peut être saisie pour trancher la question.

Quant aux différends concernant la répartition horizontale de compétences, la Cour statue, en vertu de l'article 93 al. 1^{er} n° 1^{er}, sur l'interprétation de la Loi fondamentale, à l'occasion de litiges relatifs à l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême – notamment le Bundestag, le Bundesrat²², le Président fédéral et le Gouvernement fédéral – ou d'autres autorités ou entités titulaires de droits propres, soit par la Loi fondamentale elle-même, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême. Parmi ces autres autorités ou entités figurent, par exemple, les groupes politiques et les commissions du Bundestag, les Présidents du Bundestag et du Bundesrat, les députés, le Chancelier fédéral, les ministres et les partis politiques. La saisine n'est recevable que si le demandeur invoque la violation par le défendeur d'un droit conféré à lui en sa qualité d'organe constitutionnel²³ par la Loi fondamentale ou le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême. Dès lors, un député peut saisir la Cour constitutionnelle fédérale pour faire constater que le Président fédéral a violé, par une dissolution inconstitutionnelle du Bundestag, les droits découlant de son statut de député ;²⁴ en revanche, il ne peut pas faire valoir, dans la procédure prévue par l'article 93 al. 1^{er} n° 1^{er}, une violation de ses droits fondamentaux car ils ne lui sont pas conférés en vertu de sa qualité de député. Les motifs de tels recours sont très divers. Ainsi, un groupe politique a prétendu devant la Cour constitutionnelle fédérale que le consentement du Gouvernement au nouveau concept stratégique de l'OTAN sans approbation préalable par le Parlement serait constitutif d'une violation de ses droits.²⁵ De même, un parti politique a soutenu que le Bundestag et le Bundesrat avaient violé ses droits en adoptant une loi modifiant le système de financement des partis.²⁶ Plusieurs députés et un groupe politique ont soutenu que la manière dont le Gouvernement fédéral avait répondu à une question posée par ces députés et ce groupe aurait violé leur droit d'information.²⁷ Il est même possible que certains groupements internes à l'un organe constitutionnel fassent valoir les droits de cet organe, et même à l'encontre de celui-ci : un groupe politique a demandé à la Cour constitutionnelle fédérale de constater que le Bundestag aurait violé son propre droit d'autoriser les missions des forces armées à l'étranger en adoptant la loi autorisant la ratification du traité de Lisbonne.²⁸ En cas d'une violation d'un droit du demandeur, la

²² Le Bundesrat est un organe législatif fédéral qui est composé de représentants des Gouvernements des Länder.

²³ Ou d'autre autorité ou entité au sens de l'article 93 al. 1^{er} n° 1.

²⁴ BVerfGE 114, p. 121. La Cour a toutefois déclaré que dans le cas d'espèce, la dissolution du Bundestag était conforme à la Loi fondamentale ; elle a donc rejeté la demande sur le fond.

²⁵ BVerfGE 90, p. 286.

²⁶ BVerfGE 85, p. 264.

²⁷ Cour constitutionnelle fédérale, décision du 1^{er} juillet 2009, Deutsches Verwaltungsblatt 2009, p. 1103.

²⁸ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt « Lisbonne » (note 13), n° 201 s. (non compris dans l'extrait publié dans la Neue

Cour est limitée à constater la violation du droit en question. Elle n'est donc pas habilitée à annuler l'acte inconstitutionnel. En pratique, le défendeur se conforme néanmoins à la décision de sorte qu'il est effectivement mis fin à la violation de la Loi fondamentale. On ne saurait tirer du nombre très faible de saisines basées sur l'article 93 al. 1^{er} n° 1^{er} – en moyenne trois par an – des conclusions sur l'importance de cette procédure. En effet, la compétence attribuée à la Cour constitutionnelle fédérale par l'article 93 al. 1^{er} n° 1^{er} fait de cette dernière l'arbitre ultime du « jeu » des organes constitutionnels, arbitre qui (pour reprendre une formule de la Constitution française de 1958) assure le fonctionnement régulier des pouvoirs constitutionnels fédéraux.

Quant aux différends concernant la répartition verticale de compétences, la Cour constitutionnelle fédérale statue, en vertu de l'article 93 al. 1^{er} n° 3, sur demande de la Fédération ou d'un Land, en cas de divergences d'opinion sur les droits et obligations de la Fédération et des Länder, notamment en ce qui concerne l'exécution du droit fédéral par les Länder et l'exercice du contrôle fédéral. Bien que le champ d'application théorique de cette disposition soit vaste – la plupart des lois fédérales sont exécutées par les Länder qui en sont soumis au contrôle fédéral (articles 83 s.) –, l'importance pratique de cette procédure est faible : en moyenne, la Cour est saisie de moins d'une requête par an sur le fondement de l'article 93 al. 1^{er} n° 3.

2. – Le recours constitutionnel à l'initiative de particuliers

La clef de voûte de l'ensemble des mécanismes destinés à mettre fin à des violations de la Loi fondamentale est sans doute le recours constitutionnel à l'initiative de particuliers. Un tel recours peut être formé en vertu de l'article 93 al. 1^{er} n° 4a par toute personne qui estime avoir été lésée par un acte (ou par une omission) d'une institution publique dans l'un de ses droits fondamentaux (articles 1^{er} à 19) ou dans l'un des droits équivalents dont l'article 93 al. 1^{er} n° 4a contient une liste exhaustive.²⁹ Le demandeur saisit lui-même directement la Cour constitutionnelle fédérale sans l'intermédiaire d'une autre juridiction et même sans être obligé de se faire représenter par un avocat.

Le recours est pourtant soumis à des conditions strictes de recevabilité. Le demandeur doit d'abord avoir épuisé toutes les voies de recours juridictionnelles qui permettent d'attaquer l'acte prétendument incompatible avec les droits fondamentaux.³⁰ Il doit avoir utilisé, en outre, tous les autres moyens légaux à sa disposition (p. ex. introduction d'un recours hiérarchique ; demande de lever la forclusion) pour mettre fin à la violation du droit fondamental. Le recours constitutionnel est donc un recours *subsidaire* ; en premier lieu, ce sont les juridictions autres que la Cour constitutionnelle fédérale (juridictions judiciaires et administratives³¹) qui sont tenues de mettre fin à des violations de droits fondamentaux.³² En effet, elles sont liées, tout comme l'ensemble des institutions publiques, par les droits fondamentaux qui sont du droit directement applicable (article 1^{er} al. 3). Du fait de la subsidiarité du recours constitutionnel, la quasi-totalité de ces recours est dirigée contre des décisions judiciaires. Dans ce cas, le demandeur doit introduire son recours dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision attaquée.³³

Le recours ne peut être dirigé qu'à l'encontre de mesures des institutions publiques *allemandes* de sorte que les actes d'une organisation internationale comme l'ONU ou l'OTAN ne peuvent pas faire l'objet

Juristische Wochenschrift). La demande était recevable, mais la Cour l'a rejetée sur le fond.

²⁹ Cette liste comprend notamment le droit de résistance (article 20 al. 4), l'égalité civique des citoyens allemands et le droit d'accès égal à la fonction publique (article 33), le droit de vote (article 38) et certaines garanties liées à des procédures juridictionnelles (articles 101, 103 et 104).

³⁰ Article 90 al. 1^{er} de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgerichtsgesetz ; version consolidée du 11 août 1993, BGBl. 1993 I, p. 1473 ; modification la plus récente : article 2 de la loi du 29 juillet 2009, BGBl. 2009 I, p. 2346). Le texte de cette loi dans sa version consolidée du 11 août 1993 est disponible en langue française sur le site juridique bilingue BIJUS de l'Université de la Sarre (<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/bverfgg>).

³¹ Le système judiciaire allemand connaît deux juridictions judiciaires (juridiction ordinaire et juridiction du travail) et trois juridictions administratives (juridiction administrative générale, juridiction financière et juridiction sociale).

³² Cf. p. ex. BVerfGE 96, p. 27 (40).

³³ S'il n'y a aucune voie de recours juridictionnelle ou aucune autre possibilité d'attaquer l'acte ou l'omission, le délai est d'un an.

d'un recours constitutionnel. En ce qui concerne les actes de droit communautaire dérivé, la Cour constitutionnelle fédérale fait toutefois une exception. En effet, elle estime que la question de savoir si ces actes respectent les droits fondamentaux n'est pas seulement à trancher par la CJCE, mais également par elle-même, les deux juridictions ayant une « relation de coopération ». Selon cette conception, la CJCE assure le respect des droits fondamentaux par les Communautés européennes dans chaque cas d'espèce, tandis que la Cour constitutionnelle fédérale garantit que le niveau de protection des droits fondamentaux assuré par les Communautés européennes ne descende pas d'une manière générale en dessous du niveau indispensable de protection des droits fondamentaux exigé par la Loi fondamentale.³⁴ Dès lors, un recours constitutionnel dirigé contre un acte de droit communautaire dérivé peut être recevable s'il démontre que le niveau général de protection des droits fondamentaux par les Communautés européennes ne satisfait plus aux exigences indispensables de la Loi fondamentale. Cette condition est toutefois interprétée de manière restrictive par la Cour constitutionnelle fédérale de sorte que depuis son arrêt « Maastricht », elle n'a déclaré recevable aucun recours constitutionnel contre un acte de droit communautaire dérivé.

La recevabilité du recours constitutionnel présuppose en outre que le demandeur invoque une violation, par l'acte ou l'omission attaqués, d'un de ses droits fondamentaux (ou droits équivalents). La Cour constitutionnelle fédérale a précisé cette condition par trois critères ; ainsi, le recours n'est recevable que si l'acte ou l'omission touche (concerne) le demandeur *lui-même* de manière *actuelle* et *directe*. Un recours constitutionnel est donc rejeté par exemple si un étranger fait valoir la violation d'un droit fondamental réservé aux seuls citoyens allemands,³⁵ si l'acte attaqué ne produit plus d'effets juridiques ou encore si le recours est dirigé directement contre une loi dont l'application nécessite une action de la part de l'administration.

En plus de ces conditions de recevabilité, le recours constitutionnel est soumis à une procédure d'admission par les sections ou les chambres de la Cour constitutionnelle fédérale.³⁶ A la différence du système américain qui prévoit une décision tout à fait discrétionnaire de la Cour suprême en matière d'admission de recours (*certiorari*), les critères d'admission de recours constitutionnels sont déterminés (au moins en partie) par la loi. Ainsi, un recours constitutionnel doit être admis dans la mesure où il revêt une importance de principe pour le droit constitutionnel ou s'il apparaît opportun, voire nécessaire, de l'admettre pour que soient mises en œuvre les droits fondamentaux (ou droits équivalents) du demandeur.

Si la Cour constitutionnelle fédérale conclut à une violation des droits fondamentaux du demandeur, elle constate quelle disposition de la Loi fondamentale a été violée et par quel acte (ou par quelle omission).³⁷ Elle peut déclarer en outre que toute répétition de l'acte (ou de l'omission) viole également la Loi fondamentale. Dans le cas où la violation d'un droit fondamental est causée par une décision judiciaire, la Cour constitutionnelle fédérale annule celle-ci et renvoie l'affaire à une juridiction compétente ; si la décision judiciaire a été fondée sur une loi inconstitutionnelle ou si une loi viole directement un droit fondamental, cette loi est déclarée nulle.³⁸

L'importance pratique du recours constitutionnel est essentielle. Chaque année, environ 6 000 particuliers forment un recours constitutionnel (soit à-peu-près 97% du total des saisines de la Cour constitutionnelle fédérale). Bien que le taux de succès de ces recours soit très faible (environ 2,5% en moyenne), presque toutes les « grandes décisions » de la Cour constitutionnelle fédérale en matière des droits fondamentaux ont été rendues à l'occasion d'un recours constitutionnel. Celui-ci était donc indispensable (est il l'est toujours) pour l'élaboration et le développement du système allemand des droits fondamentaux.

³⁴ Arrêt « Maastricht » (note 13), p. 175.

³⁵ Parmi ces droits fondamentaux figurent, entre autres, le droit de réunion (article 8), la liberté de circulation et d'établissement (article 11) et la liberté de choix et d'exercice de la profession (article 12).

³⁶ La Cour constitutionnelle fédérale est composée de deux chambres dont chacune comprend trois sections.

³⁷ Les effets juridiques d'une décision sur un recours constitutionnel sont déterminés par l'article 93 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (note 30).

³⁸ Dans certains cas, la Cour constitutionnelle fédérale se contente de déclarer la loi incompatible avec le Loi fondamentale sans l'annuler ; cf. p. ex. BVerfGE 98, p. 169 (171, n° III du dispositif).

II. – Le risque de révisions illimitées de la Loi fondamentale

Le texte d'une Constitution ne peut pas être immuable. Il est donc normal que le pouvoir constituant détermine, dans la Constitution qu'il crée, les procédures et formes ainsi que, s'il le juge nécessaire, les limites matérielles à d'éventuelles révisions constitutionnelles. Par cela, il vise à empêcher des modifications illimitées du texte constitutionnel par le pouvoir constitué. Certaines Constitutions contiennent en plus des dispositions qui déterminent le déroulement d'une révision totale,³⁹ c'est-à-dire d'un remplacement de la Constitution en vigueur par une nouvelle Constitution impliquant une approbation par le pouvoir constituant lui-même. La Loi fondamentale détermine de manière détaillée la révision ordinaire ; en revanche, la révision totale ne fait pas l'objet d'une réglementation explicite. Elle envisage toutefois la possibilité d'une révision totale.

A. – La révision par le pouvoir constitué (révision « ordinaire »)

Pour sa révision ordinaire, la Loi fondamentale prévoit, dans son article 79, tant des conditions de procédure et de forme que des limites matérielles. Le respect de ces conditions peut être contrôlé par la Cour constitutionnelle fédérale selon les procédures prévues pour le contrôle de constitutionnalité des lois, à savoir le contrôle abstrait ou concret de normes ainsi que le recours constitutionnel. La Cour constitutionnelle fédérale exerce ainsi un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles pour empêcher qu'il soit créé du « droit constitutionnel inconstitutionnel » ; ses compétences sont donc plus étendues dans ce domaine que celles du Conseil constitutionnel français.⁴⁰

1. – La procédure et la forme d'une révision de la Loi fondamentale

En vertu de son article 79 al. 2, la Loi fondamentale est révisée selon une procédure législative renforcée. Toute révision de la Loi fondamentale nécessite l'approbation par une majorité qualifiée de deux tiers des membres (et non des suffrages exprimés) du Bundestag ainsi que deux tiers des voix du Bundesrat. Comme le système politique de la RFA a été jusqu'à aujourd'hui dominé par deux grandes puissances politiques opposées – la CDU/CSU (Union chrétienne-démocrate/Union chrétienne-sociale) et le SPD (Parti social-démocrate d'Allemagne) –, la Loi fondamentale ne peut être modifiée que si ces puissances s'entendent sur le contenu de la révision. Malgré cette condition restrictive de majorité qualifiée, les révisions se sont succédées assez rapidement. En effet, la Loi fondamentale a été révisée beaucoup plus fréquemment (54 fois⁴¹ depuis 1949) que la Constitution de la V^e République (24 fois depuis 1958).

La révision revêt la forme d'une loi parlementaire ; celle-ci doit expressément modifier ou compléter le texte de la Loi fondamentale (article 79 al. 1^{er}). Cette dernière condition empêche le morcellement des dispositions constitutionnelles. La Loi fondamentale connaît toutefois une exception importante : en cas d'une modification ou d'un complètement de la Loi fondamentale causés par la fondation de l'Union européenne ou par une révision des traités européens, il n'est pas nécessaire de modifier ou compléter expressément le texte de la Constitution. Ainsi, la RFA a pu ratifier les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice sans qu'il y ait eu besoin de réviser la Loi fondamentale.

2. – Les limites matérielles d'une révision de la Loi fondamentale

En plus de la procédure renforcée, la Loi fondamentale contient des limites matérielles à sa révision. Celles-ci sont beaucoup plus strictes qu'en droit français. En effet, la Loi fondamentale ne se contente pas de soustraire la forme républicaine du Gouvernement à toute révision comme le fait l'article 89 al. 5 de la Constitution de la V^e République française,⁴² mais elle déclare intangibles plusieurs principes fondamentaux du système constitutionnel de la RFA, à savoir l'organisation de la Fédération en Länder, le principe du concours des Länder à la législation (fédérale) et les principes énoncés aux articles 1^{er}

³⁹ Cf. p. ex. article 193 de la Constitution suisse ; article 168 de la Constitution espagnole.

⁴⁰ Sur le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la constitutionnalité de lois constitutionnelles cf. note 14.

⁴¹ La 53^e révision (Loi du 8 octobre 2008 (cf. note 15)) n'entrera en vigueur que le jour où le traité de Lisbonne entrera en vigueur pour la RFA.

⁴² De même : l'article 139 de la Constitution italienne.

(dignité de l'être humain ; caractère obligatoire des droits fondamentaux pour les institutions publiques) et 20 (caractère républicain, fédéral, démocratique et social de l'État ; tout pouvoir émane du peuple ; séparation des pouvoirs ; soumission du pouvoir législatif à l'ordre constitutionnel et des pouvoirs exécutif et judiciaire à la loi et au droit). L'article 79 al. 3 définit donc les éléments fondamentaux, le « noyau dur » ou – dans les termes employés par la Cour constitutionnelle fédérale – l'« identité »⁴³ de la Constitution allemande. Notons qu'il n'empêche que des modifications profondes, *a fortiori* l'abolition de ces principes. Ne sont protégés ni l'ensemble des droits fondamentaux dans leur forme actuelle ni la mise en œuvre concrète des principes énoncés à l'article 79 al. 3. Ainsi, il reste possible de prévoir, par exemple, une autre forme de la participation des Länder à la législation fédérale que par l'intermédiaire du Bundesrat.⁴⁴

Les limites matérielles à la révision de la Loi fondamentale doivent également être respectées dans le contexte européen. En effet, l'article 23 qui définit le cadre constitutionnel de la participation de la RFA au développement de l'Union européenne renvoie expressément à l'article 79 al. 3. L'adhésion de la RFA à l'Union européenne ne doit donc pas porter atteinte à l'« identité » de la Loi fondamentale. Dans son arrêt sur la constitutionnalité de la loi autorisant la ratification du traité de Lisbonne, la Cour constitutionnelle fédérale, saisie par plusieurs recours constitutionnels,⁴⁵ a largement examiné si ce traité respectait les limites érigées dans l'article 79 al. 3.⁴⁶ Or, une violation des principes énoncés à cet article ne peut pas être invoquée au soutien d'un recours constitutionnel. Pour pouvoir contrôler tout de même le respect de ces principes, la Cour a employé, dans le cadre de l'affaire « Lisbonne », la même stratégie que dans son arrêt « Maastricht » :⁴⁷ elle considère que le droit de vote (qui figure parmi les droits équivalents aux droits fondamentaux au sens de l'article 93 al. 1^{er} n° 4a) comprend, entre autres, un droit au respect du principe de la démocratie. Selon la Cour, celui-ci implique que le Bundestag conserve des compétences politiques de décision suffisamment importantes, limitant ainsi l'étendue du transfert de compétences aux Communautés européennes ou à l'Union européenne notamment dans les domaines du droit pénal, du monopole de l'autorité publique à exercer de la contrainte (civile ou militaire), des recettes et dépens, du système social et de la réglementation de certaines questions culturelles (relations familiales, système d'éducation, régime juridique de la religion et de la conscience).⁴⁸ Le traité de Lisbonne n'impliquant aucun transfert de compétences au-delà de ces limites, la Cour déclare conforme à la Loi fondamentale la ratification de ce traité mais statue en même temps que tout transfert supplémentaire de compétences (y compris l'application des « clauses passerelles ») est soumis au consentement préalable du Bundestag.⁴⁹

B. – La révision par le pouvoir constituant (révision totale)

La Loi fondamentale ne contient aucune disposition réglant la procédure et les limites de sa révision totale. Le seul article qui envisage une telle révision totale, l'article 146, prévoit que la Loi fondamentale devient caduque le jour de l'entrée en vigueur d'une Constitution adoptée par une libre décision du peuple allemand. Cette disposition fait partie de la Loi fondamentale depuis 1949 ; son objectif à l'époque était de souligner le caractère provisoire de la Loi fondamentale qui n'était que la Constitution d'une partie de l'Allemagne.⁵⁰ Par conséquent, il y a eu un vif débat lors du processus de la réunification allemande sur la question de savoir s'il était souhaitable d'adopter une nouvelle Constitution au sens de

⁴³ Arrêt « Lisbonne » (note 13), p. 2268. Le même terme a été employé auparavant dans les décisions « Solange I » (BVerfGE 39, p. 271 (279)) et « Solange II » (BVerfGE 79, p. 339 (375 s.)).

⁴⁴ Jörg LÜCKE/Michael SACHS, in : Michael SACHS (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Auflage, München, 2009, Art. 79 Rn. 45.

⁴⁵ La Cour a été également saisie par une demande de constater la violation des droits du Bundestag (article 93 al. 1^{er} n° 1). Celle-ci était pourtant irrecevable dans la mesure où le demandeur invoquait une violation des principes énoncés à l'article 79 al. 3.

⁴⁶ Arrêt « Lisbonne » (note 13), p. 2277 s.

⁴⁷ BVerfGE 89, p. 155 (171 s.).

⁴⁸ Arrêt « Lisbonne » (note 13), p. 2274.

⁴⁹ Arrêt « Lisbonne » (note 13), p. 2281 s.

⁵⁰ Dieter HÖMIG, in : idem (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Auflage, Baden-Baden, 2007, Art. 146 Rn. 1 ; Peter M. HUBER, in : Michael SACHS (Hrsg.) (note 44), Art. 146 Rn. 1.

l'article 146. Finalement, il a été estimé préférable d'appliquer l'ancien article 23 qui prévoyait l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale dans les « nouveaux Länder » après leur adhésion à la RFA. En même temps, a été ajoutée au texte de l'article 146 la précision que, l'unité et la liberté de l'Allemagne ayant été parachevées, la Loi fondamentale valait désormais pour le peuple allemand tout entier.

Le débat s'est depuis penché vers les questions de savoir si l'article 146 permet toujours l'adoption d'une nouvelle Constitution⁵¹ et si l'adoption d'une nouvelle Constitution au sens de l'article 146 doit respecter les limites matérielles prévues par l'article 79 al. 3. La majorité de la doctrine plaide en faveur d'une réponse positive à cette question.⁵² Au contraire de la doctrine, la Cour constitutionnelle fédérale, dans son arrêt « Maastricht », a remarqué (quoiqu'en passant) que l'article 79 al. 3 ne pouvait pas lier juridiquement le pouvoir constituant.⁵³ En effet, il semble difficilement concevable qu'un texte constitutionnel en vigueur puisse limiter le contenu d'une Constitution adoptée par une libre décision du pouvoir constituant et destinée à remplacer la Constitution existante.⁵⁴

III. – Le risque de l'abolition révolutionnaire de la Loi fondamentale

La Loi fondamentale contient plusieurs dispositions qui visent à empêcher son abolition par une révolution. Elles démontrent que les auteurs de la Loi fondamentale ayant tous été témoins de l'usurpation du pouvoir par les Nazis prenaient très au sérieux le danger d'un bouleversement politique. Dès lors, ils créèrent un système constitutionnel protégé, une démocratie qui sait se défendre contre ses ennemis (« *wehrhafte Demokratie* »). Toutefois, les moyens prévus par ces dispositions – notamment la déchéance de certains droits fondamentaux (article 18), la prohibition d'associations et de partis politiques inconstitutionnels (article 9 al. 2 et article 21 al. 2) et le droit de résistance (article 20 al. 4)⁵⁵ – ne sont que les derniers remèdes pour protéger le système constitutionnel. La voie préférée pour répondre aux tentatives politiques pour bouleverser le système existant est le débat politique. La Cour constitutionnelle a en effet décidé à plusieurs reprises qu'il est loisible aux citoyens de mettre en question des valeurs même fondamentales de la Constitution tant qu'ils ne mettent pas en danger les droits d'autrui ; elle a ajouté que la démocratie établie par la Loi fondamentale faisait confiance à l'aptitude de l'ensemble des citoyens de réfuter de telles critiques du système constitutionnel par la voie de la discussion.⁵⁶ Par conséquent, les dispositions mentionnées ci-dessus sont restées sans grande importance pratique. Ce fait ne met pourtant pas en question leur nécessité ; il démontre plutôt que le système démocratique de la RFA a rarement (ou même jamais) été menacé de manière existentielle et qu'il jouit d'une stabilité considérable.

A. – La déchéance de droits fondamentaux

⁵¹ Pour une réponse positive cf. p. ex. Horst DREIER, in : idem (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band III: Artikel 83-146, 2. Auflage, Tübingen, 2008, Art. 146 Rn. 29 s. ; pour une réponse négative cf. p. ex. Josef ISENSEE, Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, in : idem/Paul KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, Heidelberg, 1992, § 166 Rn. 61.

⁵² Cf. p. ex. Josef ISENSEE, Braucht Deutschland eine neue Verfassung?, Köln, 1992 ; Paul KIRCHHOF, in : Josef ISENSEE/Paul KIRCHHOF (Hrsg.) (note 51), § 183 Rn. 21 ; Hans D. JARASS, in : idem/Bodo PIEROTH, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 10. Auflage, München, 2009, Art. 146 Rn. 5. Pour l'opinion contraire cf. p. ex. Horst DREIER (note 51), Rn. 24 (« l'article 146 permet ce que l'article 79 al. 3 interdit ») ; Peter M. HUBER (note 50), Rn. 7 s.

⁵³ BVerfGE, Band 89, p. 155 (180).

⁵⁴ Dans le même sens Horst DREIER (note 51), Rn. 21 et ss. ; Dieter HÖMIG, note 50), Rn. 2.

⁵⁵ Ces dispositions sont complétées par l'article 10 al. 2 (restrictions du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications destinées à défendre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land), par l'article 11 al. 2 (restrictions de la liberté de circulation et d'établissement visant à écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land), par l'article 61 (mise en accusation du Président fédéral devant la Cour constitutionnelle fédérale pour violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale) et par l'article 73 al. 1^{er} n° 10 b (compétence législative exclusive de la Fédération quant à la coopération entre celle-ci et les Länder dans le domaine de la protection de la Constitution (protection de l'ordre constitutionnel libéral et démocratique ainsi que de l'existence et de la sécurité de la Fédération et des Länder)).

⁵⁶ Cf. p. ex. décisions du 5 septembre 2003, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2003, p. 760 (762), et du 15 septembre 2008, Neue Juristische Wochenschrift 2009, p. 908 (909).

L'article 18 prévoit que toute personne⁵⁷ qui abuse de certains droits fondamentaux pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique⁵⁸ est déchue de ces derniers ; la déchéance et son étendue ne peuvent être prononcées que par la Cour constitutionnelle fédérale. Les droits fondamentaux en question sont mentionnés de manière détaillée à l'article 18 de la Loi fondamentale; il s'agit de la liberté d'expression – notamment de la liberté de la presse – (article 5 al. 1^{er}), de la liberté d'enseignement (article 5 al. 3), de la liberté de réunion (article 8), de la liberté d'association (article 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), de la propriété (article 14) et du droit d'asile (article 16a). Précisément, la personne déchue d'un droit fondamental ne perd pas ce droit en tant que tel, mais elle ne peut plus s'en prévaloir devant les autorités publiques. La déchéance vise donc à mettre fin à l'abus d'un droit fondamental, à exclure du discours politique celui qui a abusé de ce droit sans le priver entièrement de celui-ci.⁵⁹

Le droit de saisir la Cour constitutionnelle pour faire prononcer la déchéance d'un droit fondamental est strictement limité à un petit groupe d'organes constitutionnels, à savoir le Bundestag, le Gouvernement fédéral et les Gouvernements de Land. Jusqu'à présent, il n'y a eu que quatre saisines dont aucune avec succès.

B. – La prohibition d'associations inconstitutionnelles

En vertu de l'article 9 al. 2, sont prohibées entre autres les associations qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples. A la différence des autres mécanismes de protection de la Loi fondamentale, la prohibition d'associations n'est pas réservée à la Cour constitutionnelle fédérale mais peut être prononcée par le ministre fédéral de l'intérieur.⁶⁰ Bien que le libellé de l'article 9 al. 2 suggère que les associations inconstitutionnelles sont prohibées directement par la Loi fondamentale elle-même, une association ne doit pas être considérée comme prohibée avant que le ministre de l'intérieur en ait prononcé la prohibition ;⁶¹ cette décision a donc un effet constitutif. La prohibition n'est justifiée que si l'association lutte de manière active et agressive contre l'ordre constitutionnel⁶² ou contre l'idée d'entente entre les peuples ; une association qui se contente de mettre en question l'ordre constitutionnel sans le combattre activement ne peut donc pas être prohibée. La prohibition est obligatoirement accompagnée de la dissolution de l'association.

C. – La prohibition de partis politiques inconstitutionnels

Pour la prohibition de partis politiques, la Loi fondamentale prévoit un régime spécial qui est différent de celui qui s'applique à la prohibition d'associations. En vertu de l'article 21 al. 2,⁶³ sont inconstitutionnels les partis qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs adhérents,

⁵⁷ Dans la mesure où des personnes morales jouissent de droits fondamentaux – ceux-ci s'appliquent aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet (article 19 al. 3) –, elles peuvent en être déchues dans les mêmes conditions que les personnes physiques.

⁵⁸ Selon la Cour constitutionnelle fédérale, l'ordre constitutionnel et démocratique est un système politique qui respecte les exigences d'un État de droit, qui exclut toute forme de despotisme et qui est basé sur le droit d'autodétermination du peuple conformément à la volonté de la majorité, sur la liberté et sur l'égalité. Il comprend notamment le respect des droits fondamentaux concrétisés par la Loi fondamentale, la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs, la légalité de l'administration, l'indépendance des juridictions, un système pluripartite et l'égalité de chances des partis politiques, y compris le droit de constituer et d'exercer, en conformité avec la Constitution, l'opposition politique (BVerfGE 2, p. 1 (12 s.)).

⁵⁹ Martin PAGENKOPF, in : Michael SACHS (Hrsg.) (note 44), Art. 18 Rn. 13.

⁶⁰ Si les activités d'une association sont limitées au territoire d'un seul Land, l'interdiction est prononcée par l'administration de ce Land.

⁶¹ Article 3 al. 1^{er} de la loi relative aux associations (Vereinsgesetz ; BGBl. 1964 I, p. 593 ; modification la plus récente : article 6 de la loi du 21 décembre 2007, BGBl. 2007 I, p. 3198).

⁶² Selon la Cour fédérale administrative (Bundesverwaltungsgericht), l'ordre constitutionnel au sens de l'article 9 al. 2 comprend notamment le respect des droits fondamentaux concrétisés par la Loi fondamentale ainsi que le principe démocratique impliquant la responsabilité du gouvernement, un système pluripartite et le droit de constituer et d'exercer, en conformité avec la Constitution, l'opposition politique (Cour fédérale administrative, arrêt du 13 avril 1999, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report 2000, p. 70 (71)).

⁶³ Une critique profonde de cette disposition est avancée par Horst MEIER, *Parteiverbote und demokratische Republik*, Baden-Baden, 1993.

tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique,⁶⁴ à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne.⁶⁵ La compétence de déclarer inconstitutionnel un parti politique est attribuée exclusivement à la Cour constitutionnelle fédérale ; la déclaration a un effet constitutif. La Cour constitutionnelle fédérale a déduit de ce monopole de décision, appelé communément « privilège des partis »,⁶⁶ qu'il était interdit à toute autorité publique de motiver une mesure prise à l'encontre d'un parti politique par la prétendue inconstitutionnalité de celui-ci avant que la Cour constitutionnelle fédérale ne l'ait formellement déclaré inconstitutionnel.⁶⁷ Ainsi, les autorités publiques ne sont par exemple pas en droit d'interdire la manifestation d'un parti d'extrême droite (ou d'extrême gauche) pour la simple raison que ce parti exprime des opinions inconstitutionnelles ; l'administration d'une ville ne peut pas refuser de mettre à disposition sa salle municipale pour les réunions d'un parti « inconstitutionnel » si elle la met régulièrement à disposition pour les réunions de partis « démocratiques » ;⁶⁸ de même, une caisse d'épargne publique ne peut pas résilier le contrat bancaire avec un parti extrémiste au motif des prises de position politiques de ce parti.⁶⁹ Cette interprétation assez libérale s'explique par le souci de n'influencer le débat politique par des moyens juridiques que si le système constitutionnel ne peut être protégé par aucun autre moyen.⁷⁰ Or, notamment en ce qui concerne l'interdiction de manifestations, les autorités publiques ne suivent pas toutes cette interprétation sans hésiter. En effet, l'administration d'une commune où un parti de l'extrême droite envisage d'organiser une manifestation peut être tentée, face à la pression publique, d'interdire la manifestation en se fondant sur des arguments juridiquement douteux. Ce faisant, elle rejette pourtant la responsabilité aux tribunaux administratifs qui ne peuvent confirmer l'interdiction qu'en présence d'indices clairs que la manifestation envisagée est contraire à la loi.⁷¹

La procédure de prohibition d'un parti politique peut être initiée soit par le Bundestag, le Bundesrat ou le Gouvernement fédéral.⁷² Le parti ne sera prohibé par la Cour constitutionnelle fédérale que s'il a un caractère agressif et s'il tente activement à atteindre les objectifs prohibés à l'article 21 al. 2 : porter atteinte à l'ordre constitutionnel et démocratique, renverser cet ordre ou mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, à savoir son existence en tant qu'État, son indépendance dans le système international ou l'intégrité de son territoire. Toute décision défavorable au parti défendeur, y compris de simples décisions de procédure, doit être prise par une majorité des deux tiers des membres de la chambre saisie de la procédure (soit 6 juges).⁷³ C'est ce quorum qui a récemment empêché d'achever la procédure sur la demande de déclarer inconstitutionnel le NPD (Parti national-démocrate d'Allemagne), un parti d'extrême droite. Saisie, en 2001, par le Gouvernement fédéral, par le Bundestag et par le Bundesrat, la Seconde chambre de la Cour constitutionnelle fédérale a pris connaissance, en

⁶⁴ Pour la définition de l'ordre constitutionnel libéral et démocratique cf. note 58.

⁶⁵ Ces conditions sont compatibles avec les exigences que la Cour européenne des Droits de l'Homme prévoit pour l'interdiction d'un parti politique ; cf. Katharina PABEL, *Parteiverbote auf dem europäischen Prüfstand*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2003, p. 921.

⁶⁶ Pour une critique de cette expression cf. Jörn IPSEN, in : Michael SACHS (Hrsg.) (note 44), Art 21 Rn. 149.

⁶⁷ BVerfGE 12, p. 296 (304 s.) ; pour une analyse plus détaillée de ce sujet cf. Martin MORLOK, in : Horst DREIER (Hrsg.) (note 54), Band II: Artikel 20-82, 2. Auflage, Tübingen, 2006, Art. 21 Rn. 155 s.

⁶⁸ Cour administrative d'appel de la Sarre (Oberverwaltungsgericht des Saarlandes), décision du 18 février 2009, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report* 2009, p. 533.

⁶⁹ Cour de justice fédérale (Bundesgerichtshof), arrêt du 2 décembre 2003, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 1031.

⁷⁰ Cf., dans ce sens, BVerfGE 39, p. 334 (357).

⁷¹ Il y a lieu de préciser que la Cour administrative d'appel du Land Rhénanie-du-Nord-Westphalie (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen), s'opposant ouvertement à la Cour constitutionnelle fédérale, a confirmé à plusieurs reprises les interdictions de manifestations organisées par des partis ou groupements d'extrême droite. Elle a essayé de déduire de plusieurs dispositions de la Loi fondamentale que le droit de réunion ne valait pas pour des manifestations de l'extrême droite (cf. p. ex. décision du 12 avril 2001, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 2113 ; dans le même sens Ulrich BATTIS/Klaus Joachim GRIGOLEIT, *Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes – Eine Analyse der neuen BVerfG-Entscheidungen*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 2051). La Cour constitutionnelle fédérale a fermement rejeté cette argumentation (BVerfGE 111, p. 147 (158 s.)).

⁷² L'interdiction d'un parti qui n'exerce ses activités que sur le territoire d'un seul Land peut également être demandée par le Gouvernement de ce Land.

⁷³ Article 15 al. 4 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (note 30).

2002, du fait qu'il y avait plusieurs informateurs des Offices policiers (fédéral et de plusieurs Länder) de protection de la Constitution parmi les membres du bureau du NPD. Trois membres de la chambre,⁷⁴ c'est à dire la minorité, estimaient que ce fait – la présence d'informateurs au sein du bureau d'un parti immédiatement avant et pendant le déroulement d'une procédure d'interdiction de ce parti – était contraire aux exigences d'un État de droit et entraînait ainsi un obstacle irrémédiable à la procédure. En mars 2003, la Cour a finalement arrêté la procédure sans décider sur le fond de l'affaire.

Jusqu'à présent, la Cour constitutionnelle fédérale n'a déclaré inconstitutionnel que deux partis politiques, à savoir le SRP (Parti socialiste de l'Empire) en 1952⁷⁵ et – ce qui étonnera sans doute les lecteurs français de cette contribution – le KPD (Parti communiste de l'Allemagne) en 1956⁷⁶ qui réapparut en 1968 en tant que DKP (Parti communiste allemand). Depuis l'échec de la tentative de faire interdire le NPD en 2003, un débat concernant une nouvelle saisine de la Cour constitutionnelle fédérale pour faire déclarer l'inconstitutionnalité de ce parti s'est ouvert. Soutenue notamment par les partis de la gauche, une nouvelle saisine a été refusée par le ministre fédéral de l'intérieur ; les ministres de l'intérieur des Länder n'ont, jusqu'à présent, pas trouvé de position commune.⁷⁷

D. – Le droit de résistance

Le droit de résistance est garanti dans l'article 20 de la Loi fondamentale qui est l'un des piliers du système constitutionnel instauré par la Loi fondamentale. Les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel énoncés par son premier alinéa – le caractère républicain, démocratique, social et fédéral de l'État – sont intangibles et ne peuvent faire l'objet d'une révision.⁷⁸ L'alinéa 2 concrétise le principe démocratique et celui de la séparation des pouvoirs ;⁷⁹ l'alinéa 3 soumet le pouvoir législatif à la Constitution et les pouvoirs exécutif et judiciaire à la loi et au droit. Ces dispositions fondamentales sont complétées par l'alinéa 4 qui reconnaît à tous les Allemands le droit de résister à toute personne qui entreprendrait de renverser l'ordre étatique défini aux alinéas précédents, à condition qu'il n'y ait pas d'autre remède possible. Les citoyens – et eux seuls ! – sont donc juridiquement autorisés à sauver la Loi fondamentale.

L'article 20 al. 4 ne faisait pas partie de la version initiale de la Loi fondamentale. Il n'a été inséré dans la Loi fondamentale qu'en 1968 dans le contexte de la révision la plus controversée de celle-ci depuis 1949. Bien que la majorité de la doctrine allemande estime qu'il est impossible de régler le droit de résistance par une disposition du droit positif,⁸⁰ l'article 20 al. 4 est d'une actualité surprenante. En effet, il a été invoqué récemment devant la Cour constitutionnelle fédérale pour fonder l'un des recours constitutionnels contre la loi autorisant la ratification du traité de Lisbonne.⁸¹ La Cour a réfuté cet argument à juste titre, statuant que le recours constitutionnel constituait un « autre remède possible » au sens de l'article 20 al. 4 excluant le recours au droit de résistance.⁸² Elle aurait bien pu ajouter que la ratification du traité de Lisbonne est loin d'être un bouleversement révolutionnaire comme celui envisagé par l'article 20 al. 4.

Conclusion

Les auteurs de la Loi fondamentale étaient conscients de la vulnérabilité de leur œuvre. Ils ont envisagé

⁷⁴ Il est intéressant de noter que deux de ces membres (Winfried HASSEMER, à l'époque le vice-président de la Cour constitutionnelle fédérale, et Lerke OSTERLOH) avaient été élus membres de la Cour sur proposition du SPD tandis que le troisième (Siegfried BROSS) avait été élu sur proposition de la CDU.

⁷⁵ BVerfGE 2, p. 1.

⁷⁶ BVerfGE 5, p. 85.

⁷⁷ En mai 2009, certains d'entre eux ont pourtant présenté un rapport sur les activités du NPD, dans lequel aucune découverte d'informateurs n'apparaît, afin de préparer une nouvelle saisine de la Cour constitutionnelle fédérale.

⁷⁸ Cf. *supra*, II. A. 2.

⁷⁹ Il prévoit que tout pouvoir d'État émane du peuple qui l'exerce au moyen d'élections et de votes et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

⁸⁰ Cf. Michael SACHS, in : idem (Hrsg.) (note 44), Art. 20 Rn. 167.

⁸¹ La même stratégie a été employée auparavant par un recours constitutionnel dirigé contre la loi autorisant la ratification du traité de Maastricht ; cf. l'arrêt « Maastricht » (note 13), p. 180.

⁸² Cf. l'arrêt « Lisbonne » (note 13), n° 185 s. (non compris dans l'extrait publié dans la *Neue Juristische Wochenschrift*).

plusieurs risques auxquels la Loi fondamentale – comme toute autre Constitution – est exposée. Ils ont mis en place plusieurs dispositifs visant à protéger la Loi fondamentale contre la réalisation de ces risques et à réduire ainsi la vulnérabilité de la Constitution allemande. Ces dispositifs forment un système original et efficace de protection de la Constitution contribuant considérablement à ce que le système constitutionnel de la RFA jouisse d'une stabilité considérable depuis 60 ans.