



Conférence des Cours constitutionnelles européennes
Conference of European Constitutional Courts
Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte
Конференция Европейских Конституционных Судов

LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE: FONCTIONS ET RELATIONS AVEC LES AUTRES AUTORITÉS PUBLIQUES

*Rapport national pour le XV^{ème} Congrès de la Conférence
des Cours constitutionnelles européennes, présenté par
la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*

Rapporteurs :

Madame Prof. Dr. Gertrude Lübbe-Wolff, Juge à la Cour constitutionnelle fédérale
Monsieur Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff, Juge à la Cour constitutionnelle fédérale
Monsieur Prof. Dr. Reinhard Gaier, Juge à la Cour constitutionnelle fédérale

I. LES RAPPORTS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE AVEC LE PARLEMENT ET LE GOUVERNEMENT

Par M^{me} Prof. Dr. Gertrude Lübke-Wolff,
Juge à la Cour constitutionnelle fédérale

1. **Le rôle du Parlement (éventuellement du Gouvernement) dans la procédure de nomination des juges de la cour constitutionnelle (l'instance de contrôle constitutionnel). Après nomination, la même autorité a-t-elle la possibilité de révoquer les juges de la cour constitutionnelle ? Quels seraient les motifs / raisons d'une telle révocation ?**

La Constitution allemande, la Loi fondamentale [*Grundgesetz* – GG] détermine de manière détaillée les catégories de litiges qui sont tranchés par la Cour constitutionnelle fédérale (article 93 alinéa 1 GG ; outre les compétences définies par cet article, des compétences supplémentaires peuvent être attribuées à la Cour par une simple loi fédérale). En revanche, la Loi fondamentale ne contient que peu de dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle fédérale, ainsi qu'à la désignation et au statut de ses membres. Les modalités de ces questions sont réglées par la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BVerfGG). Cette dernière ne complète pas uniquement les dispositions constitutionnelles relatives à la Cour constitutionnelle fédérale, mais – dans l'intérêt d'une réglementation claire et cohérente – reprend les dispositions correspondantes de la Loi fondamentale. Pour cette raison, le régime juridique applicable sera, dans les développements qui suivent, présenté sur le fondement de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale. Lorsque la norme mentionnée ne se trouve pas seulement dans cette loi, mais également dans la Loi fondamentale, tant la disposition constitutionnelle que la disposition de la loi applicables seront citées, ce qui permettra de déduire de la manière de citer si une disposition n'a que valeur législative ou si, en plus, elle a aussi valeur constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle fédérale est composée de deux Chambres (§ 2 alinéa 1 BVerfGG), composées à leur tour de huit juges chacune (§ 2 alinéa 2 BVerfGG). Les juges de chaque Chambre sont élus pour la moitié d'entre eux par le Bundestag et pour l'autre moitié par le Bundesrat (article 94 alinéa 1 phrase 2 GG ; § 5 alinéa 1 phrase 1 BVerfGG), c'est-à-dire par la représentation populaire et la représentation des Etats fédérés (*Länder*). Les juges désignés par le Bundesrat sont élus directement par celui-ci ; au Bundestag, par une commission spéciale de douze membres créée à cet effet et composée de membres des groupes parlementaires selon le système de représentation proportionnelle (§ 6, alinéa 1 et alinéa 2 phrase 2 BVerfGG). La majorité requise au sein de la commission du Bundestag et au sein du Bundesrat pour la désignation d'un juge est la majorité des deux tiers (§ 6 alinéa 5 et § 7 BVerfGG).

Ce qui signifie qu'aucun des courants politiques représentés au Bundestag ne peut imposer à lui seul l'un de « ses » candidats. Une large majorité au-delà de chaque groupe parlementaire s'avère indispensable. Ce mode de désignation doit assurer que sont élus uniquement des candidats dont les opinions sont considérées soutenables au-delà d'un seul camp politique et dont il peut être supposé que leurs opinions ne seront pas caractérisées par des idées radicales ou une loyauté aveugle envers une certaine idéologie politique, mais par la loyauté envers la loi et le droit, ainsi que par une attitude conciliatrice.

Lorsqu'à l'expiration d'un délai de trois mois après la fin du mandat d'un juge constitutionnel ou son départ avant terme, la désignation d'un successeur n'a pu intervenir suivant les dispositions mentionnées, la Cour constitutionnelle fédérale doit être invitée à formuler des propositions en vue de cette désignation (§ 7a alinéa 1 BVerfGG). L'Assemblée plénière, c'est-à-dire l'ensemble des juges, de la Cour constitutionnelle fédérale arrête alors une liste comportant trois noms pour chaque poste vacant de juge (§ 7 alinéa 2 BVerfGG). L'élection du nouveau juge appartient cependant toujours aux assemblées mentionnées plus haut et il leur est loisible de désigner une personne qui n'a pas été proposée par la Cour (§ 7 alinéa 4 BVerfGG).

Les juges ne peuvent être membres ni du Bundestag, ni du Bundesrat, ni du gouvernement fédéral, ni encore des organes correspondants au sein d'un Land. Si un membre d'un tel organe est élu juge à la Cour constitutionnelle fédérale, il doit démissionner de ses fonctions dès sa nomination à la Cour (§ 3 alinéa 3 BVerfGG). Les fonctions de juge constitutionnel sont incompatibles avec toute activité professionnelle hormis celle de professeur auprès d'une université allemande (§ 3 alinéa 4 phrase 1 BVerfGG). Il n'est pas interdit aux juges constitutionnels d'être membres d'un parti politique. Une telle situation ne conduit pas non plus à une exclusion d'office d'un tel juge dans une procédure litigieuse devant la Cour et dont l'issue pourrait l'intéresser en sa qualité de membre d'un parti (§ 18 alinéa 2 BVerfGG). Certains juges de la Cour constitutionnelle fédérale sont membres d'un parti politique, d'autres ne le sont pas. Il est cependant d'usage qu'un juge appartenant à un parti politique suspende son adhésion pendant la durée d'exercice de ses fonctions de juge constitutionnel.

En pratique, une tradition informelle s'est établie qui veut que les représentants des deux grands partis allemands – l'Union chrétienne-démocrate (CDU) et le parti social-démocrate d'Allemagne (SPD) – désignent chacun la moitié des juges constitutionnels ; lorsque l'un des grands partis gouverne avec l'aide d'un petit parti, il lui laisse le droit de nomination pour un siège de juge à pourvoir. Cette tradition présente l'inconvénient qu'elle ne conduit pas à ce que les petits partis soient toujours représentés au sein de la Cour en fonction de leur importance politique actuelle. Toutefois, elle s'est révélée être d'un avantage majeur : en effet, cette tradition conduit à soutenir et à renforcer la continuité et la force d'intégration de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. En raison de cette tradition de composer les Chambres pour moitié de juges désignés par l'un des deux grands camps

politiques, étant donné qu'une décision de censure d'une mesure contestée devant la Cour (une loi ou un autre acte juridique) requiert une majorité parmi les juges d'une Chambre – c'est-à-dire au moins cinq juges sur huit –, il n'arrive pas, à la Cour constitutionnelle fédérale, qu'un certain groupe de juges, proches d'un certain parti ou courant politique (par exemple, « de gauche », « de droite », « conservateur », « libéral », démocrate », « républicain », etc.), ou du moins plus proches que d'un autre parti ou courant politique, forme automatiquement la majorité et domine la jurisprudence de la Chambre – du moins jusqu'à ce que la nomination ultérieure de nouveaux juges modifie cette donne. Cela signifie qu'y compris lorsque des questions constitutionnelles hautement influencées par des choix philosophiques sont à trancher, la recherche d'un consensus à l'aide d'arguments est déterminante. Ceci favorise la culture du débat prononcée et marquée par la volonté de s'entendre au sein de la Cour constitutionnelle fédérale, ainsi que la manière de rédiger les décisions de la Cour – manière caractérisée par le souci de prendre en compte tous les aspects en jeu et de parvenir à un résultat qui les concilie. Une telle démarche renforce la paix publique et l'acceptation des décisions de la Cour.

A l'heure actuelle, des évolutions peuvent être observées dans le paysage politique allemand qui ne manqueront pas d'influer sur la tradition observée jusqu'alors en matière de désignation des juges constitutionnels : le nombre de sympathisants des deux « grands » partis est depuis récemment caractérisé par un déclin certain, tandis que croît celui des partis anciennement qualifiés de « petits ». Cette évolution ne manquera pas de produire des effets sur la désignation des membres de la Cour constitutionnelle fédérale. Les partis dont le soutien populaire a augmenté significativement revendiquent désormais une influence plus grande sur la composition de la Cour constitutionnelle fédérale. Toutefois, la tradition qui veut un effort lors de la composition de la Cour constitutionnelle fédérale en vue d'éviter qu'un courant philosophique ne dispose *a priori* d'une majorité qui le dispenserait de mener des débats et de rechercher le consensus, ne pâtira pas nécessairement des changements provoqués par cette évolution.

La durée de l'exercice des fonctions des juges est de douze ans. Toutefois, elle peut être plus courte si le juge atteint la limite d'âge prévue par le § 4 alinéa 1 BVerfGG et qui est atteinte à la fin du mois où le juge en question accomplit sa soixante-huitième année de vie (§ 4 alinéa 3 BVerfGG). La réélection d'un juge – immédiatement au terme de son mandat ou à un moment ultérieur – est exclue (§ 4 alinéa 2 BVerfGG). Les juges continuent à remplir leurs fonctions jusqu'à la désignation d'un successeur (§ 4 alinéa 4 BVerfGG).

La Loi fondamentale garantit l'indépendance de tous les juges, ce qui inclut les membres de la Cour constitutionnelle fédérale (article 97 alinéa 1 GG). Entre autres, cela implique évidemment qu'un juge ne peut être destitué de ses fonctions en raison d'une humeur politique.

Les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent, avant l'expiration de leurs fonctions et contre leur gré, être révoqués, relevés définitivement ou temporairement de leurs fonctions, mutés à un autre emploi ou mis à la retraite qu'en vertu d'une décision de justice, et uniquement pour les motifs et selon les formes prévus par la loi (article 97 alinéa 2 phrase 1 GG). La Loi fondamentale contient une disposition spécifique applicable aux juges fédéraux qui prévoit que si, dans l'exercice de ses fonctions ou en dehors de celles-ci, un juge fédéral viole les principes de la Loi fondamentale ou l'ordre constitutionnel d'un Land, la Cour constitutionnelle fédérale peut, sur demande du Bundestag et à la majorité des deux tiers de ses membres, ordonner la mutation du juge à d'autres fonctions ou sa mise à la retraite. En cas d'atteinte intentionnelle de la part du juge concerné, la révocation de ce dernier peut être prononcée (article 98 alinéa 2 phrases 1 et 2 GG). Toutefois, cette disposition est interprétée comme n'étant pas applicable aux juges de la Cour constitutionnelle fédérale elle-même (cf. Thoma, expertise juridique relative au statut de la Cour constitutionnelle fédérale, dans la revue *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 6 (1957), p. 109 < 170 >).

En ce qui concerne les juges de la Cour constitutionnelle fédérale, c'est le § 105 BVerfGG qui contient une disposition spécifique à leur égard. Le § 105 alinéa 1 dispose :

- « (1) La Cour constitutionnelle fédérale peut habiliter le Président fédéral
1. à mettre à la retraite un juge de la Cour constitutionnelle fédérale pour incapacité permanente à exercer ses fonctions ;
 2. à révoquer un juge de la Cour constitutionnelle fédérale s'il a été condamné par un jugement passé en force de chose jugée pour un acte infamant ou à une peine privative de liberté de plus de six mois, ou s'il a manqué si gravement à ses devoirs que son maintien en fonction est exclu. »

L'introduction d'une telle procédure ne peut être décidée que par l'Assemblée plénière de la Cour constitutionnelle fédérale (§ 105 alinéa 2 BVerfGG), composée de l'ensemble des seize juges de la Cour, et une telle décision requiert une majorité des deux tiers des membres de la Cour (§ 105 alinéa 4 BVerfGG). Si la révocation d'un juge est prononcée au motif d'une condamnation pénale ou d'un manquement grave à ses devoirs, ce juge perd tous les droits découlant de ses fonctions (§ 105 alinéa 6 BVerfGG).

Ces dispositions constituent un garde-fou étendu et efficace contre une « élimination » non fondée d'un juge de la Cour constitutionnelle fédérale. La révocation d'un juge contre le gré de la Cour constitutionnelle fédérale est exclue, étant donné que le droit d'initiative pour la mise à la retraite ou la destitution d'un juge repose uniquement auprès de la Cour elle-même. Cela dit, un juge peut à tout moment demander à être relevé de ses fonctions (§ 12 BVerfGG).

2. Quel est le degré de l'autonomie financière de la cour constitutionnelle - en ce qui concerne l'établissement et la gérance du budget des dépenses ?

Le budget fédéral, dans lequel doivent être inscrites toutes les recettes et les dépenses de la Fédération est adopté par la Parlement au moyen d'une loi fédérale (article 110 GG). La Loi fondamentale ne prévoit pas de dispositions spécifiques relatives à la Cour constitutionnelle fédérale.

Le code budgétaire fédéral (*Bundeshaushaltsordnung* – BHO) dispose que le budget, établi pour une ou deux années d'exercice par la loi de finances (§ 1 alinéa 2 BHO), est subdivisé en titres budgétaires. Les projets de ces titres budgétaires sont préparés par les organismes compétents pour le titre en question et ensuite transmis au ministère fédéral des Finances (§ 27 alinéa 1 BHO). Ce dernier élabore le projet de budget fédéral ; le ministère peut s'écarter des projets de titres budgétaires qui lui sont proposés (§ 28 alinéa 1 phrases 1 et 2 BHO) – étant entendu qu'il doit autant que possible essayer de parvenir à un accord consensuel avec l'organisme ayant soumis ce projet. Le projet de budget est ensuite arrêté par le gouvernement fédéral (§ 29 alinéa 1 BHO), puis transmis au Bundesrat pour avis et parallèlement déposé auprès du Bundestag (article 110 alinéa 3 GG, § 30 BHO).

Durant les premières années qui suivirent la mise en place de la Cour constitutionnelle fédérale (1951-1953), les fonds budgétaires de la Cour faisaient partie du titre budgétaire relatif au ministère fédéral de la Justice. La Cour constitutionnelle fédérale ne pouvait présenter ses besoins budgétaires qu'auprès du ministère de la Justice, mais non directement auprès du ministère des Finances ou de la commission du budget au Parlement. L'inclusion du budget de la Cour au titre budgétaire du ministère de la Justice signifiait en outre que la Cour constitutionnelle fédérale ne pouvait gérer ses fonds de manière indépendante – par exemple, elle ne pouvait alors pas décider elle-même des nominations au sein de l'administration de la Cour.

Cette situation fut toutefois rapidement considérée comme incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs et le statut de la Cour en tant qu'organe constitutionnel. Depuis 1953, la Cour constitutionnelle fédérale a son propre titre budgétaire au sein de la loi de finances fédérale. Cela signifie qu'elle peut présenter elle-même ses besoins budgétaires au ministère fédéral des Finances. En vertu des dispositions susmentionnées du code budgétaire fédéral, le ministère n'est certes pas tenu de retenir toutes les lignes budgétaires demandées par la Cour, mais pour les cas dans lesquels celles-ci ne sont pas reprises telles quelles, il est tout de même assuré que les demandes de la Cour sont portées à la connaissance des organes chargés d'arrêter les décisions budgétaires. Le code budgétaire fédéral prévoit que, lorsque le projet de loi de finances élaboré par le ministère des Finances diverge du projet de titre budgétaire relatif à la Cour et arrêté par le Président de la Cour constitutionnelle fédérale, cette divergence est communiquée au gouvernement fédéral, sauf si les différences ont été arrêtées d'un commun accord (§ 28 alinéa 3 BHO). La même solution est d'ailleurs retenue en ce qui concerne les projets de titre budgétaire

présentés par les présidents du Bundestag, du Bundesrat et de la Cour fédérale des comptes pour leurs institutions respectives. Une disposition analogue s'applique lorsque le projet de loi de finances arrêté par le *gouvernement* fédéral sur le fondement de celui du ministère des Finances et servant de base aux délibérations du Parlement s'écarte des projets de titre budgétaire des organes concernés, sans qu'il y ait eu de consentement de la part de ceux-ci (§ 29 alinéa 3 BHO). Ce mécanisme permet d'assurer que la Cour constitutionnelle fédérale peut soumettre à l'organe chargé de la décision finale en matière budgétaire – le Parlement – ses souhaits budgétaires sans réductions par rapport au projet initial.

Dans la limite des crédits approuvés relatifs au titre budgétaire consacré à la Cour constitutionnelle fédérale, cette dernière gère de manière autonome les moyens budgétaires alloués. A l'instar des autres organes constitutionnels, la Cour est alors soumise au contrôle de la Cour fédérale des comptes, qui vérifie que la gestion des crédits est conforme au droit, efficiente et économique (article 114 alinéa 2 GG ; pour les dispositions particulières cf. les §§ 88 alinéa 1, 90 et 91 alinéa 1 BHO).

3. En absence d'une consultation avec la cour même, est-il usuel ou possible que le Parlement porte des amendements à la loi d'organisation et de fonctionnement de la cour constitutionnelle ?

Il n'existe ni disposition constitutionnelle ni législative qui imposerait explicitement une consultation préalable de la Cour constitutionnelle fédérale en ce qui concerne de telles modifications.

Cela étant, il existe un principe constitutionnel selon lequel les organes constitutionnels se doivent respect mutuel. Ce principe a été dégagé pour la première fois dans le cadre d'un recours constitutionnel, dans lequel les requérants avaient fondé leur grief contre la loi contestée sur le principe constitutionnellement reconnu de loyauté fédérale (aussi appelé principe de conduite favorable envers la Fédération), qui exige de la Fédération comme des Länder de se respecter mutuellement dans leurs actions, et soutenu que, par analogie à ce principe, existait un principe de loyauté entre organes constitutionnels de la Fédération dans leurs rapports mutuels. A l'époque, la Cour laissa d'abord sans réponse la question de l'existence d'un tel principe et celle de savoir si, dans l'affirmative, le requérant d'un recours constitutionnel pouvait invoquer ce principe à l'appui de son recours (cf. Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfGE 29, 221 < 233 > ; dans le cas cité, la question pouvait rester sans réponse, car même en affirmant l'existence d'un tel principe, il n'était pas violé dans le cas de l'espèce). Dans des décisions ultérieures, la Cour a toutefois reconnu explicitement l'existence de ce principe (cf. Recueil BVerfGE 89, 155 < 191 > ; 97, 350 < 374 s. > ; 119, 96 < 122 >). Ce dernier n'implique certes pas qu'un organe constitutionnel serait tenu, préalablement à tout exercice de sa compétence qui pourrait toucher d'une manière quelconque aux fonctions d'un autre organe constitutionnel, de consulter cet organe (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 337 >), mais il soulève la question de savoir si une modification des bases organisationnelles et procédurales de l'activité d'un organe

constitutionnel sans consultation préalable de ce dernier ne constituerait pas une violation du principe selon lequel les organes constitutionnels se doivent respect mutuel. Ainsi, le principe de loyauté fédérale (principe de conduite favorable envers la Fédération), sur lequel est calqué le principe de loyauté entre les organes constitutionnels, a-t-il été interprété par la Cour constitutionnelle fédérale comme exigeant de la Fédération, en vertu de l'obligation de respect mutuel découlant de ce principe, – sauf en cas d'urgence – de consulter le Land concerné lorsqu'elle a recours à son pouvoir de donner des directives, pouvoir dont elle dispose à l'encontre des Länder dans certaines matières d'administration (cf. Recueil BVerfGE 81, 310 < 337 > ; cf. également Recueil BVerfGE 104, 249 < 270 > ; pour l'affirmation générale selon laquelle ce principe oblige la Fédération et les Länder de se consulter mutuellement, cf. Recueil BVerfGE 73, 118 < 197 >).

En pratique, il va de soi en Allemagne que la Cour constitutionnelle fédérale doit être entendue préalablement à toute modification de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

4. La cour constitutionnelle a-t-elle la compétence de vérifier la constitutionnalité des règlements d'organisation et de fonctionnement du Parlement, respectivement, du Gouvernement ?

Il existe plusieurs procédures dans le cadre desquelles des dispositions du règlement du Parlement ou de celui du gouvernement peuvent faire l'objet – directement ou indirectement – d'un examen par la Cour constitutionnelle fédérale.

Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (article 93 alinéa 1 n° 2 GG, §§ 13 n° 6 combinés aux §§ 76 et suivants BVerfGG), la Cour constitutionnelle fédérale peut – entre autres – vérifier sur demande du gouvernement fédéral, du gouvernement d'un Land ou d'un tiers des membres du Bundestag la conformité d'une norme de droit fédéral à la Loi fondamentale. La notion de « droit fédéral » au sens des dispositions citées englobe, selon la conception généralement admise par les juridictions et la doctrine, des normes juridiques de tous les échelons de la hiérarchie juridique, y compris donc les règlements intérieurs des organes constitutionnels (cf. Wieland, *in* Dreier, *Grundgesetz*, t. III, 2^e éd. 2008, Art. 93, n° 58 ; Hopfauf, *in* Schmidt-Bleibtreu / Klein, *Grundgesetz*, 11^e éd. 2008, Art. 93, n° 101). En pratique, ce type de recours n'a jusqu'à présent encore jamais donné lieu à l'examen du règlement du Bundestag ou du gouvernement fédéral.

En revanche, des dispositions du Règlement du Bundestag ont, à plusieurs reprises, fait l'objet d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération. Dans ce type de recours, le Cour constitutionnelle fédérale, saisie par un organe ou une partie d'un organe investie de droits propres par la Loi fondamentale ou par le règlement intérieur d'un organe suprême de la Fédération et contestant une atteinte ou une menace directe aux droits et des obligations qui lui sont reconnus par la Loi fondamentale par un acte ou une omission de la part d'un autre organe ou d'une

partie d'un tel organe, vérifie si la mesure contestée porte effectivement atteinte à la Loi fondamentale (article 93 alinéa 1 n° 1 GG, §§ 63, 64 alinéa 1, 67 phrase 1 BVerfGG). A cette occasion, les parties d'un organe constitutionnel peuvent non seulement défendre leurs propres droits, mais également faire valoir en leur propre nom les droits de l'organe dont elles font partie ; ainsi est-il possible par exemple qu'une atteinte aux droits du Bundestag ne soit pas contestée uniquement par ce dernier, mais également par un groupe parlementaire – en revanche, cette possibilité n'est pas ouverte au député individuel (cf. Recueil BVerfGE 117, 359 < 366 s. > et les références qui y sont citées). Dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération, il est possible d'examiner la constitutionnalité de dispositions du règlement intérieur et d'actes d'application pris sur le fondement de ce dernier.

Ainsi par exemple, une disposition du Règlement du Bundestag fut déclarée contraire à la Constitution dans le cadre d'une telle procédure dès la première année de la mise en place de la Cour constitutionnelle fédérale. Cette disposition prévoyait que des projets de loi ayant une incidence sur les finances publiques ne pouvaient faire l'objet d'une délibération que s'ils étaient accompagnés d'une demande de compensation, destinée à couvrir les coûts ou le déficit entraînés. La Cour a estimé que cette disposition limitait d'une manière non prévue par la Constitution le droit – de valeur constitutionnelle – d'initiative législative (cf. Recueil BVerfGE 1, 144 < 158 et suivantes > ; en revanche, la Cour a jugé conforme à la Constitution la disposition du règlement qui prévoyait un renvoi direct de tels projets à la commission du budget, ce qui conduisait à supprimer la première des trois lectures dont un projet de loi fait habituellement l'objet au Parlement ; cf. la décision citée, p. 151 et suivantes).

La Cour a également jugé contraire à la Constitution une disposition du Règlement du Bundestag selon laquelle un député n'appartenant à aucun groupe parlementaire – dans le cas concret, il s'agissait d'un député qui avait été exclu de son groupe – était privé de toute possibilité de participer aux travaux des commissions du Bundestag. La Cour constitutionnelle fédérale a estimé dans ce cas que, s'il n'y avait pas d'obligation de reconnaître à ce député un droit de vote dans l'une des commissions – ce qui aurait conduit à conférer un poids excessif à ce vote eu égard à sa représentativité –, il fallait néanmoins lui ouvrir la possibilité d'être le membre d'au moins une commission parlementaire et de participer aux travaux de cette dernière en disposant d'un droit de parole et de déposer des motions (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 221 et suivantes >).

En revanche, la Cour a, dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération introduite par des députés du Bundestag, déclaré conforme à la Constitution des décisions du Bundestag limitant à un certain nombre d'heures la durée des débats parlementaires sur une question controversée et accordant aux groupes parlementaires un temps de parole en fonction du poids de chaque groupe. La possibilité de déterminer la durée d'un débat avant le commencement de celui-ci n'était certes pas explicitement prévue dans le Règlement du Bundestag, mais la Cour constitutionnelle fédérale a renvoyé à une disposition de ce

règlement – jugée conforme à la Constitution – permettant au Bundestag de clore le débat ; cette prérogative inclut, selon la Cour, le droit de prévoir dès le départ une durée déterminée pour un débat, ainsi que le droit de décider après ouverture du débat d'en limiter la durée ultérieure (cf. Recueil BVerfGE 10, 4 < 13 >). Dans le même ordre d'idée, la Cour a jugé conforme à la Constitution la répartition du temps de parole en fonction du poids des groupes parlementaires (cf. la décision citée, p. 14 s. ; le règlement ne contenait pas de disposition explicite à ce sujet, mais seulement une règle dont il fut déduit qu'elle considérait ce mode de répartition comme allant de soi).

Toujours dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération, la Cour constitutionnelle fédérale, saisie par des députés contestant les règles votées en 2005 et leur imposant de rendre publics leurs revenus autres que ceux perçus en vertu de leur fonction de député, a jugé – à une majorité très serrée – conforme à la Constitution la norme imposant cette obligation (§ 44a de la loi sur les députés), ainsi que les modalités concrètes de cette dernière fixées par les « règles de conduite applicables aux membres du Bundestag », règles qui, en vertu du § 18 du Règlement du Bundestag allemand, font partie de ce règlement (cf. Recueil BVerfGE 118, 277 < 323 et suivantes, 352 et suivantes >).

En tout état de cause, le principe consacré est que le Bundestag dispose d'une grande liberté d'appréciation pour fixer les dispositions de son règlement intérieur (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 220 >).

Jusqu'à présent, les dispositions du règlement du gouvernement fédéral n'ont, quant à elles, pas encore fait l'objet d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération.

Les dispositions du règlement des chambres parlementaires ou du gouvernement qui sont relatives à la procédure d'adoption de normes juridiques peuvent en outre être examinées dans le cadre de toute procédure dont l'issue dépend de la validité des normes juridiques en question et ainsi faire l'objet d'un contrôle indirect de constitutionnalité. Par exemple, dans le cadre d'un recours constitutionnel pour lequel la question de la validité de dispositions de la loi sur les échanges extérieurs, ainsi que d'un décret pris sur le fondement de cette loi et selon une procédure purement écrite, était déterminante, la Cour a examiné entre autres la question de savoir si le fait que le § 20 alinéa 2 du règlement du gouvernement fédéral admet, sous certaines conditions, qu'un décret soit adopté selon une procédure uniquement écrite était conforme à la Loi fondamentale, question à laquelle la Cour a apporté une réponse affirmative (cf. Recueil BVerfGE 91, 148 < 168 et suivantes >).

5. Le contrôle de constitutionnalité – précisez le type / les catégories d'actes à l'égard desquels il est exercé le contrôle.

Les normes juridiques adoptées par le gouvernement fédéral – comme des décrets ou les dispositions d'un règlement intérieur – peuvent, comme cela a été expliqué dans la

question n° 4, faire l'objet d'un examen par la Cour constitutionnelle fédérale dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes.

Dans le cadre des autres procédures devant la Cour, tant les actes juridiques pris par le gouvernement que toute autre mesure ou omission du gouvernement peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité dans la mesure où ils sont susceptibles de porter atteinte aux droits constitutionnellement garantis de ceux qui ont le droit de former un recours pour protéger leurs droits respectifs. Les actions et les omissions du gouvernement peuvent ainsi être examinées à l'occasion d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération (article 93 alinéa 1 n° 1 GG) lorsqu'il est possible qu'elles aient violé les droits constitutionnellement garantis d'un organe suprême de la Fédération ou d'autres parties investies de droits propres par la Loi fondamentale ou par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême. Ces actions ou ces omissions peuvent également faire l'objet d'une procédure de règlement des litiges entre la Fédération et les Länder (article 93 alinéa 1 n° 3 GG), lorsqu'elles sont susceptibles de porter atteinte aux droits et obligations d'un Land, ainsi que d'un recours constitutionnel formé par une personne (article 93 alinéa 1 n° 4a GG) ou par une commune (article 93 alinéa 1 n° 4b GG), lorsqu'elles ont pu violer les droits fondamentaux ou porter atteinte à la libre administration des communes ou des regroupements de communes.

En définitive, il existe de nombreuses possibilités de déclencher un contrôle de mesures ou d'omissions du gouvernement par la Cour constitutionnelle, étant entendu que concrètement, ces possibilités dépendent de la situation juridique constitutionnelle matérielle, c'est-à-dire de la question de savoir si la Loi fondamentale garantit aux différents requérants un droit susceptible d'avoir été violé par la mesure contestée du gouvernement. Quelques exemples permettront d'illustrer ce propos :

Dans le cadre de recours constitutionnels formés par des personnes concernées, la Cour constitutionnelle fédérale a, à plusieurs reprises, examiné des mesures d'information prises par le gouvernement fédéral ou certains ministères. Étant donné qu'en règle générale, un recours constitutionnel n'est recevable qu'après épuisement des voies de recours ordinaires (§ 90 alinéa 2 BVerfGG) et qu'en cas de bien-fondé d'un tel recours, la Cour constitutionnelle fédérale casse les décisions de justice contestées et renvoie l'affaire devant la juridiction compétente (§ 95 alinéa 2 phrase 2 BVerfGG), mais qu'elle n'annule pas les actes administratifs objets de ces décisions de justice, l'objet primaire du contrôle de constitutionnalité opéré est, dans ces cas, en règle générale la décision de justice ayant approuvé l'action contestée du gouvernement fédéral. Dans la mesure où ces décisions de justice ne doivent pas être cassées déjà pour des vices de procédure, elles peuvent toutefois conduire indirectement à un examen de la constitutionnalité des actions du gouvernement ayant donné lieu à ces décisions de justice. À titre d'exemple peut être cité le cas dans lequel le ministère fédéral de la Santé avait publié une liste de vins dans lesquels un produit chimique nuisible pour la santé avait été détecté. Un chef d'entreprise, craignant un impact négatif de cette liste sur la vente de ses produits, avait formé, sans succès, un recours devant les juridictions administratives. Finalement, il introduisit un

recours constitutionnel pour violation du libre exercice de sa profession et d'autres droits fondamentaux protégeant sa liberté de concurrence, recours dirigé contre les décisions de justice qui avaient rejeté sa plainte. La Cour constitutionnelle fédérale jugea que le recours était recevable, mais ne conclut pas à une violation de liberté de concurrence protégée par des droits fondamentaux, au motif que le gouvernement avait agi dans le cadre de ses missions et de sa compétence et que l'information diffusée n'était pas de nature à porter atteinte à la libre concurrence (cf. Recueil BVerfGE 105, 252 < 264 et suivantes >). Dans un contentieux analogue, la Cour a opéré un contrôle de la conformité avec le droit fondamental d'une communauté religieuse protégeant sa liberté du culte de certains propos critiques que le gouvernement fédéral avait tenus – entre autres dans le cadre de réponses à des questions posées au gouvernement par le Parlement – à l'encontre de cette communauté religieuse. La Cour conclut que le recours constitutionnel était partiellement fondé : selon la Cour, il n'est pas interdit de manière générale au gouvernement fédéral de se prononcer, y compris de manière critique, sur une association culturelle, mais dans le cas concret, les propos du gouvernement n'avaient pas tous respecté le principe de neutralité religieuse et philosophique de l'Etat (cf. Recueil BVerfGE 105, 279 < 292 et suivantes >).

A l'occasion de litiges entre la Fédération et les Länder (article 93 alinéa 1 n° 3 GG, § 13 n° 7 BVerfGG combiné aux §§ 68 et suivants BVerfGG), la Cour constitutionnelle fédérale a vérifié si des instructions adressées par le gouvernement fédéral à un Land dans le cadre de son pouvoir de contrôle, ainsi que des mesures du gouvernement fédéral adressées à des tiers respectaient les limites de la compétence que la Loi fondamentale attribue à la Fédération en matière administrative ou si, au contraire, il y avait eu atteinte aux prérogatives des Länder (cf. Recueil BVerfGE 81, 310 < 329 et suivantes > ; 104, 249 < 264 et suivantes >).

Sur saisine par un groupe parlementaire au Bundestag, la Cour a examiné la question de savoir si le gouvernement fédéral avait porté atteinte à des droits du Bundestag par le fait qu'il avait, sans base légale sous forme d'une loi fédérale, donné son consentement à l'équipement des forces armées américaines stationnées dans la République fédérale d'Allemagne avec des missiles balistiques de moyenne portée (« Pershing II ») et des missiles de croisière. La Cour estima que la requête était recevable, étant donné qu'il était possible que l'autorisation de stationner cet équipement militaire en Allemagne constitue un transfert de droits de souveraineté, licite uniquement sur le fondement d'une loi (article 24 alinéa 1 GG), ou exige un traité international qui aurait requis l'approbation du Bundestag au moyen d'une loi fédérale (article 59 alinéa 2 GG). Dans un tel cas, le droit de participation du Bundestag aurait été violé par le fait que le gouvernement fédéral avait accordé l'autorisation sans le concours du Bundestag (cf. Recueil BVerfGE 68, 1 < 69 >). L'examen du bien-fondé de la requête aboutit toutefois à la conclusion que les droits du Bundestag n'avaient pas été violés ; l'approbation donnée par le gouvernement fédéral fut considérée comme un acte de politique de défense dans le cadre du Traité de l'Atlantique Nord, traité conclu conformément aux dispositions de l'article 24 alinéa 1 GG, et non comme une déclaration établissant un traité autonome (cf. la décision citée, p. 78 et suivantes).

Dans le même ordre d'idées, une requête introduite dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération et par laquelle un groupe parlementaire du Bundestag alléguait une violation des droits du Bundestag par le gouvernement fédéral au motif que ce dernier avait, sans le concours du Bundestag, donné son accord au nouveau Concept stratégique de l'OTAN, a été jugée recevable, mais non fondée – bien que seulement à une majorité très serrée. Selon le requérant, cette action du gouvernement avait sur le fond conduit à une modification substantielle du Traité de l'Atlantique Nord, modification opérée en dehors de la procédure prévue pour la révision de traités et qui aurait exigé une loi fédérale d'approbation (cf. Recueil BVerfGE 104, 151 < 193 et suivantes >). La Cour constitutionnelle, en revanche, n'y a pas vu une révision du traité, mais une évolution du système de l'OTAN à l'intérieur du cadre du traité et a jugé que le gouvernement fédéral était compétent pour prêter son concours à une telle évolution, sans qu'une révision formelle du traité ne soit nécessaire (cf. la décision citée, p. 199 et suivantes).

Les décisions du gouvernement fédéral relatives à l'engagement des forces armées allemandes peuvent être contrôlées par la Cour constitutionnelle fédérale dans le but de vérifier si les droits de participation du Bundestag ont été méconnus. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, la Loi fondamentale exige l'approbation – *préalable*, en règle générale – du Bundestag relative à l'engagement à l'étranger des forces armées (cf. Recueil BVerfGE 90, 236 < 381 et suivantes >). Par conséquent, la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré – dans le cadre de procédures de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération introduites par des groupes parlementaires du Bundestag – que le gouvernement fédéral avait méconnu des droits du Bundestag, lorsqu'il avait omis de demander l'approbation du Bundestag préalablement à certaines interventions des forces armées. L'un de ces cas concernait l'intervention des forces armées allemandes dans le cadre du conflit de Yougoslavie, ainsi que de l'intervention de l'ONU en Somalie en 1992 et 1993 (cf. Recueil BVerfGE 90, 236 < 381 et suivantes >) ; dans un autre cas, la mission des forces armées allemandes était de participer à la protection de la Turquie – concrètement, il s'agissait d'assurer dans l'espace aérien turc des vols de surveillance avec des avions dotés d'un système AWACS – lors de la guerre d'Irak en 2003 (cf. Recueil BVerfGE 121, 135 < 153 et suivantes >).

En revanche, la Cour a déclaré irrecevable la requête d'un groupe parlementaire qui avait allégué qu'il y avait eu une atteinte aux droits du Bundestag en raison du fait que l'approbation du Bundestag n'avait pas été recherchée lors de l'emploi des forces armées pour assurer la sécurité du sommet du G8 qui s'est tenu à Heiligendamm en Allemagne en 2007 ; la Cour a déclaré que pour l'engagement des forces armées sur le territoire national, la Loi fondamentale n'exigeait apparemment pas l'accord du Bundestag, ce qui signifiait dans le cas de l'espèce qu'il ne pouvait y avoir d'atteinte aux droits du Bundestag par la décision du gouvernement fédéral d'engager l'armée (cf. la décision de la Cour constitutionnelle fédérale (Seconde Chambre) du 4 mai 2010 – 2 BvE 5/07 -, dans la revue *EuGRZ* 2010, p. 363 et suivantes).

6. a) Selon le cas, le Parlement et le Gouvernement s'appliquent immédiatement à porter des amendements à la loi (respectivement, à un acte déclaré inconstitutionnel) pour les mettre en accord avec la Constitution, conformément à la décision de la cour constitutionnelle. Si oui, quel est le délai établi à cet égard? Existe-t-il, aussi, une procédure spéciale? Autrement, veuillez préciser les alternatives. Présentez des exemples.

Lorsque la Cour constitutionnelle fédérale vérifie la constitutionnalité d'une loi dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (cf. *supra*, question n° 4), d'un contrôle concret des normes (article 100 GG) – c'est-à-dire d'une question renvoyée par une autre juridiction – ou d'un recours constitutionnel et que la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de la loi, l'effet juridique entraîné est en principe une déclaration de nullité de la norme en question (pour le contrôle abstrait des normes : § 78 phrase 1 BVerfGG ; pour le contrôle concret des normes : § 82 alinéa 2 combiné au § 78 phrase 1 BVerfGG ; pour le recours constitutionnel : § 95 alinéa 3 phrase 1 BVerfGG). La constatation de la nullité d'une norme par la Cour constitutionnelle signifie que la norme déclarée nulle l'était dès le départ, parce qu'elle est contraire à la Loi fondamentale (cf. Recueil BVerfGE 1, 14 < 36 >, jurisprudence constante). Toutefois, la nullité ne remet en principe pas en cause la force de chose jugée de décisions de justice et l'autorité d'actes administratifs qui, dans le passé, ont été fondés sur la norme en question. Sous réserve de certaines dispositions législatives, les décisions qui ne sont plus susceptibles de recours et qui reposent sur une norme déclarée nulle ne sont pas affectées ; toutefois, elles ne peuvent plus être exécutées (§ 79 alinéa 2 BVerfGG ; cette disposition relative au contrôle abstrait des normes est également applicable au contrôle concret des normes et au recours constitutionnel, cf. § 82 alinéa 1 BVerfGG et § 95 alinéa 3 phrase 3 BVerfGG). Une disposition particulière est prévue en ce qui concerne le droit pénal. Un pourvoi en révision conformément aux dispositions du code de procédure pénale est possible contre une condamnation pénale passée en force de chose jugée et reposant sur une norme déclarée nulle ou incompatible avec la Loi fondamentale (pour le contrôle abstrait des normes, cf. § 79 alinéa 1 BVerfGG ; pour le renvoi à cette disposition en ce qui concerne le contrôle concret des normes et le recours constitutionnel, cf. § 82 alinéa 1 BVerfGG et § 95 alinéa 3 phrase 3 BVerfGG).

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, il convient exceptionnellement de prononcer la simple incompatibilité d'une norme avec la Constitution au lieu de la nullité, s'il s'avère que la déclaration de nullité conduirait à une situation encore moins conforme à la Constitution que celle en cas de maintien en vigueur temporaire de la norme (cf. Recueil BVerfGE 61, 319 < 356 > ; 87, 153 < 177 s. > ; jurisprudence constante). Cette solution peut s'appliquer également à l'encontre de normes autres qu'une loi. Cette technique de sanction a par exemple permis de ne pas déclarer nulle, mais simplement incompatible avec la Loi fondamentale une disposition législative relative à la composition d'un organisme doté de compétences en matière de protection de la jeunesse ; dans le cas contraire, l'exigence constitutionnelle de protéger les mineurs aurait été atteinte (cf. Recueil BVerfGE 83, 130 < 154 >). Un régime de redevance en matière audiovisuelle a été déclaré seulement incompatible avec la Loi fondamentale et non nul, car sinon, le service public de radiodiffusion – jugé indispensable notamment dans l'intérêt du bon fonctionnement d'un régime

démocratique – aurait été menacé (cf. Recueil BVerfGE 90, 60 < 105 >). De même, la Cour prononce une déclaration d'incompatibilité au lieu de la nullité d'une norme si dans le cas d'une telle déclaration de nullité, il fallait s'attendre à une situation d'insécurité juridique contraire au principe de l'Etat de droit (cf. Recueil BVerfGE 92, 53 < 73 s. > ; 119, 331 < 382 s. >). La Cour a également considéré qu'un intérêt d'ordre budgétaire pouvait justifier le maintien temporaire en vigueur de dispositions fiscales – du moins lorsque ces dispositions n'imposent qu'une charge minimale aux personnes concernées (cf. Recueil BVerfGE 123, 1 < 37 et suivantes >).

Selon un autre principe développé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, une norme ne doit pas être déclarée nulle, mais seulement incompatible avec la Loi fondamentale lorsqu'existent plusieurs possibilités de remédier à la violation de la Constitution (cf. Recueil BVerfGE 28, 324 < 362 > ; 77, 308 < 337 > ; 115, 276 < 317 > ; 122, 39 < 62 s. > ; jurisprudence constante). Le cas visé ici n'est pas celui – que l'on rencontre presque toujours – selon lequel une réglementation conforme à la Constitution pourrait être aménagée de plusieurs manières différentes en ce qui concerne certaines modalités particulières, mais plutôt celui où existent des options permettant de remédier facilement à la violation de la Constitution par la voie d'une réglementation positive. Le cas typique en la matière est celui où une disposition est considérée comme contraire à la Constitution en raison d'une atteinte au principe d'égalité. En effet, il est généralement possible de remédier à de telles atteintes non seulement en supprimant un avantage accordé ou une charge imposée en violation du principe d'égalité, mais aussi en étendant le cercle des bénéficiaires d'un avantage accordé – le cas échéant en modifiant légèrement ce dernier. Pour ne citer que quelques exemples parmi les nombreuses décisions de la Cour dans lesquelles elle a eu recours à cette technique d'une déclaration d'incompatibilité d'une norme avec la Loi fondamentale plutôt que de la nullité de cette norme, citons le cas de l'interdiction du travail de nuit d'ouvrières – jugée contraire au principe d'égalité (cf. Recueil BVerfGE 85, 191 < 211 s. >) –, celui de l'atteinte au principe d'égalité par des dispositions relatives à des allocations pour promouvoir la formation professionnelle (cf. Recueil BVerfGE 99, 165 < 184 >), ainsi que le cas d'une norme qui subordonnait des assouplissements en matière de reconnaissance du droit de séjour d'un enfant né de parents étrangers à l'intérieur du territoire national uniquement au titre de séjour de la mère –et non pas également à celui du père (cf. Recueil BVerfGE 114, 357 < 371 >).

La possibilité d'une simple déclaration d'incompatibilité est désormais mentionnée explicitement dans quelques dispositions de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (§ 31 alinéa 2 phrase 3, § 79 alinéa 1, § 93c alinéa 1 phrase 3 BVerfGG), sans toutefois en préciser les conditions.

Lorsque la Cour ne prononce que l'incompatibilité d'une norme avec la Loi fondamentale, elle fixe généralement un délai pendant lequel la norme est temporairement maintenue en vigueur, ou elle déclare que le législateur est tenu d'adopter une nouvelle réglementation à l'intérieur d'un certain délai. La durée de ce délai est fixée selon des critères qui ne sont généralement pas mentionnés explicitement, telles que la gravité de l'atteinte à la Constitution, l'urgence, la complexité de la nouvelle réglementation ou encore les exigences particulières découlant de la matière à régler.

La Cour fixe généralement des délais entre un et deux ans (cf. parmi les décisions récentes Recueil BVerfGE 120, 125 < 168 > ; 120, 169 < 179 >, décisions relatives à des questions de droit fiscal ; 121, 30 < 68 >, décision relative à l'interdiction de participation de partis politiques à des entreprises privées de l'audiovisuel ; 121, 175 < 204 >, décision sur une disposition de la loi relative aux transsexuels concernant un changement de nom suite à un changement de sexe ; 121, 317 < 373 >, décision relative à la réglementation d'un Land en matière de protection des non-fumeurs dans le domaine de la restauration).

Il arrive cependant qu'un délai plus long soit accordé. Tel a été le cas en matière électorale : A l'occasion d'un contentieux électoral, la Cour a déclaré une disposition de droit électoral contraire à la Constitution, mais eu égard à la nécessité, explicitement mentionnée, de tenir compte des délais légaux pour la préparation des opérations de scrutin, ainsi qu'à la complexité de la nouvelle réglementation à adopter, la Cour a laissé au législateur un délai de trois ans pour agir (cf. Recueil BVerfGE 121, 266 < 316 >). Cette situation a conduit à ce que les élections au Bundestag qui eurent lieu presque un an et trois mois après cette décision, se soient déroulées encore sur le fondement de dispositions jugées contraires à la Constitution. La Cour n'a pas non plus annulé le scrutin précédant – objet principal de la saisine de la Cour – malgré le fait que la norme jugée contraire à la Constitution avait influé sur la répartition des sièges. Cette solution retenue par la Cour était motivée entre autres par le fait que cette influence sur la répartition des sièges n'était pas notable et que l'anomalie n'était pas non plus particulièrement grave. Cette dernière résidait dans un paradoxe difficile à déceler de la procédure de calcul pour la répartition des sièges – procédure qui avait été choisie pour des motifs légitimes en soi – et pouvait conduire dans certains cas au résultat absurde qu'un gain en nombre de voix obtenus aboutissait à une réduction du nombre de sièges emportés. Si cette disposition avait eu comme objectif de favoriser précisément certains partis politiques, cette anomalie aurait sans aucun doute été jugée grave et un délai plus court aurait été fixé.

Il arrive aussi que le délai laissé au législateur soit inférieur à un an. Tel a été le cas en ce qui concernait l'obligation du législateur d'élaborer une nouvelle réglementation relative à certaines prestations sociales. La Cour avait déclaré la réglementation existante contraire à la Constitution, au motif que le montant prévu des prestations, découlant d'une exigence constitutionnelle, destinées à assurer un minimum vital aux personnes démunies n'était pas fixé selon une procédure transparente et adéquate. Le délai fixé par la Cour n'était que de onze mois dans le cas de l'espèce (cf. Cour constitutionnelle fédérale, arrêt de la Première Chambre du 9 février 2010 1 BvL 1/09 et autres – cf. sous www.bverfg.de).

Finalement, il peut arriver que la Cour renonce purement et simplement à imposer un délai. A titre d'exemple peut être cité un cas récent dans lequel la Cour s'est abstenue de prévoir un délai, parce qu'elle avait elle-même déterminé les dispositions transitoires qui devaient s'appliquer jusqu'à l'adoption d'une nouvelle norme par le législateur (cf. Cour constitutionnelle fédérale, décision de la Première Chambre du 21 juillet 2010 – 1 BvR 420/09 – cf. sous www.bverfg.de). Dans le cas concret, la Cour avait déclaré incompatible avec le droit constitutionnellement garanti d'un père à élever son enfant (article 6 alinéa 2 GG) une disposition législative qui refusait, sauf accord de la mère de

l'enfant, d'une manière générale l'autorité parentale au père d'un enfant naturel. Une déclaration de nullité de la norme n'était pas envisageable, car elle aurait conduit à ce que jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation, un père concerné n'ait, même pas avec le consentement de la mère, pu être investi de l'autorité parentale. Le maintien en vigueur temporaire de la norme aurait prolongé l'atteinte au droit fondamental constatée, dont les conséquences risquaient, le cas échéant, d'être irréversibles, eu égard à l'importance revêtue par l'écoulement du temps dans de tels cas en ce qui concerne l'approfondissement du lien de l'enfant avec le parent concerné. En outre, la norme en question avait déjà été déclarée incompatible avec l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt du 3 décembre 2009, affaire n° 22028/04, *Zaunegger c/ Allemagne*). Eu égard à ces conditions particulières de l'espèce, la Cour s'est estimée habilitée à fixer elle-même les dispositions transitoires devant s'appliquer et elle a décidé que le juge aux affaires familiales devait, sur demande de l'un des parents, investir les parents en commun de l'autorité parentale ou d'une partie de celle-ci, dans la mesure où une telle solution est dans l'intérêt de l'enfant (cf. la décision précitée de la Cour constitutionnelle fédérale). Il n'y avait alors plus lieu de fixer un délai au législateur, délai dont le sens est justement d'assurer que la situation transitoire déclenchée normalement par une déclaration de simple incompatibilité et pendant laquelle une norme en principe contraire à la Constitution continue à être applicable, cesse dans un délai raisonnable.

Dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels de la Fédération, un acte juridique ou une omission du gouvernement ne doivent pas, en vertu des dispositions de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, être déclarés nuls lorsque leur inconstitutionnalité est constatée. La Cour doit se borner à constater si la mesure ou l'omission contestées portent atteinte aux droits de la partie adverse (§ 67 phrase 1 BVerfGG). Toutefois, même une décision qui se borne à prononcer une telle constatation lie tous les organes constitutionnels de la Fédération et des Länder, ainsi que toutes les autorités administratives et juridictionnelles (§ 31 alinéa 1 BVerfGG).

**6. b) Le Parlement peut invalider la décision de la Cour Constitutionnelle :
veuillez spécifier les conditions.**

Le droit allemand ne reconnaît pas au Parlement la compétence d'invalider une décision de la Cour constitutionnelle fédérale. En revanche, il est loisible au législateur constitutionnel de modifier la Loi fondamentale et de rendre par cette voie une norme conforme à la Constitution qui avait été déclarée incompatible avec cette dernière par la Cour constitutionnelle fédérale. Toutefois, le législateur constitutionnel doit alors respecter les limites que la Loi fondamentale impose aux révisions constitutionnelles (l'article 79 alinéa 3 GG interdit toute modification de la Loi fondamentale qui toucherait aux principes garantis par les articles 1 et 20 GG ; cela signifie qu'il ne saurait être porté atteinte à l'obligation de tous les pouvoirs publics de respecter la dignité humaine, ni aux principes fondamentaux de l'organisation de l'Etat).

A titre d'exemple peut être citée une révision constitutionnelle ayant eu lieu justement cette année, en réaction à un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale. La Cour avait déclaré contraire à la Constitution une disposition législative qui obligeait les

communes à gérer certains services sociaux pour personnes à la recherche d'un emploi en commun avec l'Agence fédérale pour l'emploi, au motif que cette disposition portait atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales, ainsi qu'à une autre disposition constitutionnelle relative aux principes fondamentaux de l'organisation administrative (cf. Recueil BVerfGE 119, 331 < 361 et suivantes >). La loi du 27 juillet 2010 portant révision de la Loi fondamentale (Journal officiel fédéral BGBl. I p. 944) a alors introduit dans la Loi fondamentale un article 91e destiné à maintenir l'organisation administrative qui avait été jugée contraire à la Constitution.

7. Existe-t-il des mécanismes de coopération institutionnalisée entre la Cour Constitutionnelle et d'autres organismes ? Si oui, quelle est la nature de ces contacts / quelles sont les fonctions et les prérogatives qui s'exercent des deux parts ?

Dans toute procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale, la partie adverse et toute autre personne intéressée doivent être entendues (§ 23 BVerfGG). Dans le cadre du recours constitutionnel, où il n'y a pas de partie adverse, l'organe constitutionnel dont l'action ou l'omission font l'objet du recours, ainsi que, dans le cas où la mesure contestée émane d'un ministre ou d'une autorité de la Fédération ou d'un Land, le ministre compétent doivent avoir la possibilité de prendre position (§ 94 alinéas 1 et 2 BVerfGG ; la notion d'« autorité » au sens de cette disposition recouvre également les autorités juridictionnelles). Outre ces droits d'être entendu et d'émettre un avis, il n'existe pas d'obligations formelles qui imposeraient une coopération. Dans des cas concrets, des contacts auxquels ne participent pas toutes les personnes intéressées par la procédure et allant au-delà de ceux mentionnés seraient difficilement conciliables avec le droit de ces personnes d'être entendues par le juge (article 103 alinéa 1 GG). Le principe selon lequel il est interdit d'échanger de manière sélective – c'est-à-dire en incluant certaines personnes et en excluant d'autres – des informations relatives à une procédure engagée est pris très au sérieux par la Cour. Par conséquent, il est déjà rare qu'un autre organe constitutionnel essaie d'établir un tel contact avec la Cour. Dans un cas, relatif à une procédure d'interdiction d'un parti politique, un ministre fédéral a essayé d'entrer en contact téléphonique avec la Présidente de la Cour à l'époque (en même temps Présidente de la Chambre compétente), afin de lui expliquer certains points difficiles de l'affaire. La Présidente a alors refusé la conversation téléphonique.

Selon une tradition établie depuis assez longtemps, la Cour constitutionnelle fédérale rencontre pour des échanges d'ordre général environ une fois tous les deux ans le gouvernement fédéral et une fois par législature le Bureau du Bundestag et les chefs des groupes parlementaires représentés au Bundestag. Cette tradition s'est instaurée du fait qu'en plus du Président fédéral, du Bundestag, du Bundesrat et du gouvernement fédéral, la Cour constitutionnelle fédérale fait partie des cinq organes constitutionnels prévus par la Loi fondamentale et que ces autres organes constitutionnels ont l'habitude de procéder régulièrement à des échanges d'informations. Cela étant, il est fait strictement attention lors de ces rencontres à ce que des saisines engagées ou imminentes, ainsi que des questions de droit relatives à ces saisines, ne soient pas abordées.

II. LA SOLUTION DES CONFLITS JURIDIQUES DE NATURE ORGANIQUE PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Par M. Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff,
Juge à la Cour constitutionnelle fédérale

Introduction

Outre la garantie des droits fondamentaux et des droits de l'homme, la Constitution détermine l'organisation fondamentale des pouvoirs et des compétences de la puissance publique. La Constitution pose les bases juridiques de l'organisation de la puissance étatique ; elle prévoit notamment quels sont les organes de l'Etat, elle détermine la procédure relative à la constitution et à la composition de ces organes et fixe les compétences de ces derniers. Lorsque plusieurs organes constitutionnels sont dotés de droits propres, il est inévitable que surgissent entre eux des conflits relatifs à la légalité des actions et des omissions des uns et des autres.

Lorsque de tels conflits ne doivent pas être résolus uniquement en fonction des rapports de force politiques, mais d'après des principes juridiques, il est alors logique de faire trancher ces litiges par une juridiction (cf. Stern, *in* : *Bonner Kommentar zum GG – Zweitebearbeitung* – Art. 93 n° 73). Etant donné que les questions soulevées sont au cœur du droit constitutionnel, de tels litiges doivent être jugés par une cour constitutionnelle.

L'objectif d'une procédure de règlement de litiges entre organes n'est alors pas tant la conciliation de droits subjectifs opposés – comme c'est par exemple le cas en droit civil – que le règlement de questions relatives à la répartition des compétences déterminée par la Constitution. Le but premier du contrôle par la justice constitutionnelle n'est pas la réalisation des droits de certains organes de l'Etat ; la décision de la Cour constitutionnelle doit préciser la répartition des compétences prévue par la Constitution et de cette manière assurer le bon fonctionnement des institutions dans un Etat régi par le principe de la séparation des pouvoirs.

Les litiges entre organes font, en général, partie des procédures hautement politisées devant une cour constitutionnelle. Dans la République fédérale d'Allemagne, c'est surtout la minorité politique qui, par la voie d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels essaie d'imposer ses droits face à la majorité ; cette procédure est un instrument essentiel de l'opposition politique. Cela étant, la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels n'est pas une procédure d'ordre politique, mais juridictionnelle. Dans le cadre d'une telle procédure, la Cour constitutionnelle se prononce, à l'occasion d'un litige de droit constitutionnel, sur la répartition des compétences voulue par la Constitution. La procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels ne conduit pas uniquement à une décision dans un

conflit concret entre organes constitutionnels, mais est en même temps l'occasion d'interpréter la Constitution. En tant que procédure essentielle relative à la répartition constitutionnelle des compétences, le règlement de litiges entre organes fait partie des éléments centraux de la justice constitutionnelle.

A. Les caractéristiques de la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels

Les litiges entre organes se caractérisent par le fait que des organes constitutionnels (de la Fédération) portent devant une instance indépendante une querelle relative aux droits que la Constitution leur garantit. Les organes constitutionnels sont juridiquement établis par la Constitution dans leur existence, leur statut et leurs compétences essentielles par le fait que leur existence et leur fonction confèrent à l'Etat sa forme juridique particulière et qu'ils participent à la direction suprême de l'Etat par la voie de leurs activités (cf. Stern, *in* : *Bonner Kommentar zum GG – Zweitbearbeitung* – Art. 93 n° 92). Derrière les conflits relatifs aux différents droits des organes se dessine en général politiquement la lutte entre majorité et minorité politiques (cf. Stern, *in* : *Bonner Kommentar zum GG – Zweitbearbeitung* – Art. 93 n° 76).

Comme l'implique déjà le terme de « litige », la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels est caractérisée par deux parties qui s'opposent en tant que requérant et partie adverse devant la Cour constitutionnelle fédérale. Le règlement d'un litige entre organes constitutionnels constitue ainsi une procédure contradictoire conditionnée par l'existence d'un rapport de droit constitutionnel entre le requérant et la partie adverse (cf. Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfGE 2, 347 < 365 > ; 45, 1 < 29 > ; 104, 151 < 193 s. >). Le règlement d'un litige entre organes constitutionnels n'a pas pour finalité d'assurer un contrôle abstrait de la constitutionnalité objective de l'action d'un organe, mais doit délimiter les compétences des organes, lorsque surgit un litige à ce sujet (cf. Recueil BVerfGE 104, 151 < 193 s. > ; 118, 244 < 257 >).

1. L'évolution historique de la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels

Le règlement de litiges entre organes constitutionnels fait partie des compétences centrales de la justice constitutionnelle en Allemagne et est enraciné de manière particulière dans la tradition constitutionnelle allemande (cf. Schlaich / Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8^e éd. 2010, n° 80 et suivants). Dans le cadre du constitutionnalisme naissant du 19^e siècle, les différents Etats allemands se sont dotés de constitutions qui attribuaient des droits aux princes et aux états ou aux représentations populaires. Etant donné que toute norme juridique nécessite d'être interprétée et que cette interprétation peut donner lieu à des opinions divergentes, la plupart des constitutions allemandes prévoyaient que les litiges relatifs au contenu et à l'interprétation de la Constitution seraient tranchés par une cour d'Etat.

Ainsi par exemple, le § 153 de la Constitution de la Saxe de 1831 disposait-il : « *Lorsque naît un doute sur l'interprétation de certains points de la charte constitutionnelle et que celui-ci ne peut être résolu d'un commun accord entre le gouvernement et les états, les raisons invoquées par le gouvernement d'une part, et par les états d'autre part, doivent être soumis pour décision à la Cour d'Etat* » (cf. Schlaich / Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8^e éd. 2010, n^o 80 et les références qui y sont citées).

Au niveau fédéral, la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels n'a été ancrée dans la Constitution que par la Loi fondamentale. La première constitution allemande adoptée démocratiquement, la Constitution dite de l'Eglise Saint-Paul de 1849, avait certes prévu une procédure de litige constitutionnel au niveau de l'Empire, mais cette constitution ne fut jamais appliquée. Tant la Constitution de l'Empire de 1871 que celle de la République de Weimar de 1919 laissaient le règlement de litiges entre organes constitutionnels au domaine politique et ne prévoyaient pas leur règlement par une cour constitutionnelle indépendante (cf. Schlaich / Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8^e éd. 2010, n^o 81 ; Stern, *in* : *Bonner Kommentar zum GG – Zweitbearbeitung* – Art. 93 n^o 69 ; Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n^o 96).

La Loi fondamentale a confié le soin de trancher un litige entre organes constitutionnels de la Fédération à la Cour constitutionnelle fédérale – notamment en raison des expériences faites sous la République de Weimar. La mise en place d'une justice constitutionnelle était la manifestation du choix selon lequel l'obligation matérielle de toute puissance publique de respecter la Constitution devait pouvoir faire l'objet d'un contrôle par des juges indépendants et dans le cadre d'une procédure juridictionnelle dont la norme de référence du contrôle est la Constitution, et de conférer un caractère définitif à la décision de ces juges (cf. W. Meyer, *in* : von Münch / Kunig, *GG*, 5^e éd 2003, article 93 n^o 4).

2. La compétence de la Cour constitutionnelle fédérale pour régler des litiges entre organes constitutionnels

La Cour constitutionnelle fédérale ne peut se saisir d'office, sa compétence est limitée aux procédures, introduites sur requête, que lui attribue la Loi fondamentale. Ainsi, la compétence de trancher des litiges entre organes constitutionnels doit, elle aussi, être conférée par la Constitution à la Cour constitutionnelle fédérale. L'article 93 de la Loi fondamentale [*Grundgesetz* – GG] énumère les types de procédure attribués à la Cour constitutionnelle fédérale et détermine la compétence de cette dernière.

Selon l'article 93 alinéa 1 n^o 1 GG, la Cour constitutionnelle fédérale statue entre autres « *sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême* ». Cette disposition permet de soumettre à la Cour constitutionnelle fédérale les litiges entre les organes constitutionnels de la Fédération, afin qu'elle les tranche. Pour le règlement de litiges entre organes constitutionnels d'un Land, le principe est celui de la compétence des

cours constitutionnelles des Länder. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, par exemple lorsqu'un Land n'a pas de cour constitutionnelle, que l'article 93 alinéa 1 n° 4 GG permet d'attribuer le règlement de litiges entre organes constitutionnels d'un Land à la Cour constitutionnelle fédérale (sur cette question, cf. *infra*, point VII).

Les modalités concrètes de cette procédure ne sont pas prévues par la Loi fondamentale, mais réglées par la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*). Le § 13 n° 5, ainsi que les §§ 63 à 68 BVerfGG concrétisent les conditions d'exercice de la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels esquissées dans l'article 93 alinéa 1 n° 1 GG ; cette loi n'a pas de valeur constitutive pour ce type de recours, car elle ne fait que préciser les conditions de droit processuel dans les limites posées par la Constitution (cf. Storost, *in* : Umbach / Clemens / Dollinger, *BVerfGG*, 2^e éd. 2005, § 13 n° 6 ; Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n° 90).

3. Les traits principaux de la procédure

Dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, le requérant demande à la Cour de déclarer qu'une action ou une omission de la partie adverse violent la Loi fondamentale. La procédure est contradictoire et en règle générale, son objet n'est pas de trancher une question juridique abstraite, mais un cas concret (cf. Recueil BVerfGE 2, 347 < 365 > ; 45, 1 < 29 > ; 104, 151 < 193 s. >). La procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels est destinée à protéger les droits des institutions de l'Etat dans leurs rapports mutuels, mais non d'assurer un contrôle général de constitutionnalité (cf. Recueil BVerfGE 100, 266 < 268 >). La Cour constitutionnelle fédérale rend une décision relative à l'interprétation de la Constitution, et cette décision intervient à l'occasion d'un litige concret. Bien que cette décision en matière contentieuse soit l'objectif principal de la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, la Cour constitutionnelle fédérale peut en même temps trancher dans le dispositif de sa décision une question déterminante pour l'interprétation de la disposition invoquée de la Loi fondamentale (§ 67 phrase 3 BVerfGG).

La procédure de règlement de leurs litiges permet aux organes constitutionnels, à l'occasion d'un cas particulier, de s'affronter juridiquement sur la répartition des compétences applicables au sein du système de séparation des pouvoirs. Ces questions peuvent avoir trait à la compétence législative, au respect des droits de participation garantis par la Loi fondamentale (cf. Recueil BVerfGE 104, 151 < 194 >) ou encore à des mesures individuelles qui concernent le statut du requérant en tant qu'organe constitutionnel. Etant donné que les organes constitutionnels ne disposent pas de droits subjectifs – ils se définissent exclusivement par leurs compétences et leur statut au sein de l'organisation de l'Etat – la violation de droits fondamentaux ne peut pas faire l'objet d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels.

Un contrôle approfondi de la constitutionnalité de normes de droit fédéral ne peut ainsi pas être déclenché par la voie de cette procédure. Aux fins d'un tel contrôle existe la procédure du contrôle abstrait des normes, qui peut être introduite par requête du gouvernement fédéral, du gouvernement d'un Land ou d'un tiers des membres du Bundestag (article 93 alinéa 1 n° 2 GG combiné aux §§ 13 n° 6 et 76 et suivants BVerfGG).

La procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels n'offre pas non plus au Parlement la possibilité d'exercer une tutelle générale sur les actions des autres organes constitutionnels. La Cour constitutionnelle fédérale a souligné cet aspect dans une décision relative à un litige entre le Bundestag et le gouvernement fédéral :

« La Loi fondamentale a fait du Bundestag une assemblée législative, mais non point un 'organe de tutelle' à l'encontre du gouvernement fédéral ; [...]. Par conséquent, il ne peut être déduit de la Loi fondamentale un 'droit propre' du Bundestag qui imposerait au gouvernement de s'abstenir de tout comportement matériellement ou formellement contraire à la Constitution. Les 'droits du Bundestag' au sens du § 64 alinéa 1 BVerfGG sont au contraire uniquement les droits attribués au Bundestag pour qu'il les exerce exclusivement lui-même, les droits de participation du Bundestag, ainsi que les droits dont le respect est nécessaire pour assurer la sauvegarde de ses compétences et de ses actes [...] »
(cf. Recueil BVerfGE 68, 1 < 72 s. >).

Le but du litige entre organes est alors de délimiter les compétences des organes constitutionnels les uns par rapport aux autres, mais il n'est pas de procéder à un contrôle de la constitutionnalité objective de l'action des organes constitutionnels (cf. Recueil BVerfGE 104, 151 < 193 s. > ; 118, 244 < 257 >).

B. Les parties à une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels

Conformément à l'article 93 alinéa 1 n° 1 GG, les litiges à résoudre dans le cas de cette procédure sont des différends relatifs aux droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties auxquelles la Loi fondamentale ou le règlement d'un organe fédéral suprême ont attribué des droits propres. Peuvent donc être parties à une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels les organes fédéraux suprêmes et d'autres parties ; ces deux groupes doivent être présentés séparément.

1. Les organes fédéraux suprêmes

Les organes fédéraux suprêmes ne sont pas énumérés individuellement à l'article 93 alinéa 1 n° 1 GG. L'emploi de la forme superlative « suprême » implique en premier lieu que les organes constitutionnels fédéraux en question ne doivent être hiérarchiquement subordonnés à aucun autre organe (cf. Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n° 102). Etant donné qu'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels ne peut être menée qu'entre des acteurs de la vie constitutionnelle (cf. Recueil BVerfGE 1, 208 < 221 > ; 27, 240 < 246 >), il peut en être déduit en second lieu que seuls les organes dotés de missions propres dans le champ de la direction politique de l'Etat en vertu de la Loi fondamentale ont la capacité d'être partie à un tel litige.

Parmi les organes fédéraux suprêmes figurent, selon la définition qui vient d'en être donnée, le Bundesrat, le Président fédéral, le Bundestag, le gouvernement fédéral, la Commission commune du Bundestag et du Bundesrat, ainsi que l'Assemblée fédérale

(cf. Pietzcker, *in* : *50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. I, 2001, p. 587 < 593 > et les références qui y sont citées ; cf. également Koriöth, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 2, 5^e éd. 2005, Art. 50 n° 10 – la Cour constitutionnelle fédérale elle-même est dès le départ exclue du cercle des requérants potentiels d’une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, étant donné que sa fonction n’est pas de participer à la direction de l’Etat ; cf. Stern, *in* : *Bonner Kommentar zum GG – Zweitbearbeitung* – Art. 93 n^{os} 92 et suivants). L’énumération opérée par le § 63 BVerfGG des requérants dans une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels est incomplète, car elle se borne à mentionner le Président fédéral, le Bundestag, le Bundesrat et le gouvernement fédéral. Ce décalage ne soulève cependant pas de problèmes de constitutionnalité, car l’article 93 alinéa 1 n° 1 GG (et l’interprétation de celui-ci) est une norme supérieure par rapport au § 63 BVerfGG n’ayant qu’une portée déclaratoire et prime sur ce dernier.

2. Les parties d’un organe au sens du § 63 BVerfGG en tant qu’« autres parties » au sens de l’article 93 alinéa 1 n° 1 GG

Parmi les autres parties au sens de l’article 93 alinéa 1 n° 1 GG auxquelles la Loi fondamentale ou le règlement intérieur d’un organe fédéral suprême ont attribué des droits propres figurent tout d’abord les parties ou les subdivisions des organes fédéraux suprêmes (cf. Schlaich / Koriöth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8^e éd. 2010, n^{os} 88 ; Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n° 105).

Appartiennent à cette catégorie le Président du Bundestag et le Président du Bundesrat (cf. Recueil BVerfGE 27, 152 < 157 > ; 73, 1 < 30 >), les membres du gouvernement fédéral (cf. Recueil BVerfGE 45, 1 < 28 > ; 67, 100 < 126 s. >), les commissions politiques (cf. Schlaich / Koriöth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8^e éd. 2010, n^{os} 88 ; Umbach, *in* : Umbach / Clemens / Dollinger, *BVerfGG*, 2^e éd. 2005, §§ 63, 64 n° 7 en se référant à la décision au Recueil BVerfGE 2, 143 < 160, 165 >), les groupes parlementaires (cf. Recueil BVerfGE 2, 143 < 152 et suivantes > ; 90, 286 < 336 > ; 100, 266 < 268 >), les groupes au sein d’une sous-commission parlementaire (cf. Recueil BVerfGE 67, 100 < 124 >) et les groupes au sens du § 10 alinéa 4 du Règlement du Bundestag (c’est-à-dire des groupes de députés qui s’unissent sans atteindre le nombre de députés requis pour former un groupe parlementaire ; cf. Recueil BVerfGE 84, 304 < 318 > ; 96, 264 < 276 >). En revanche, la majorité ou la minorité qui se dégagent à l’occasion d’un simple vote ne sont pas considérées comme pouvant être parties à la procédure de règlement des litiges entre organes (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 341 s. >).

Au Bundesrat, ont la capacité d’être partie à la procédure de règlement des litiges entre organes le Président du Bundesrat, le Bureau, les commissions, les membres du Bundesrat ainsi que l’ensemble des délégués d’un Land au Bundesrat (cf. Engels, *Jura*, 2010, p. 421 < 423 >).

3. Exemple : les groupes parlementaires et la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels selon la jurisprudence actuelle de la Cour constitutionnelle fédérale

Ces derniers temps, les procédures de règlement des litiges entre organes constitutionnels sont souvent introduites par des groupes parlementaires au Bundestag. Ce propos est illustré par les décisions récentes de la Cour constitutionnelle fédérale en la matière :

a) Dans sa décision du 4 mai 2010 (2 BvE 5/07, dans la revue *EuGRZ* 2010, p. 343), la Cour constitutionnelle fédérale avait à examiner la question de savoir si le soutien logistique apporté par 1 100 soldats et employés civils de la Bundeswehr aux services chargés d'assurer la sécurité au sommet du G8 de Heiligendamm (du 6 au 8 juin 2007) avait pu être décidé par le ministre fédéral de la Défense sans l'intervention du Bundestag. Le requérant était le groupe parlementaire Alliance 90 / Les Verts, alléguant une atteinte à l'article 87a alinéa 2 GG au motif que le Bundestag n'avait pas été saisi de la question du recours à la Bundeswehr à Heiligendamm.

La Cour constitutionnelle fédérale a rejeté les requêtes comme étant manifestement non fondées.

b) Dans sa décision du 7 mai 2008 (Recueil BVerfGE 121, 135), la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré que le gouvernement fédéral avait porté atteinte au droit d'approbation préalable du Bundestag concernant l'engagement des forces armées, droit de participation constitutionnellement garanti du Bundestag en matière de défense. Selon la Cour, le gouvernement avait omis de solliciter l'accord du Bundestag relatif au concours de soldats allemands apporté dans le cadre de mesures de surveillance par l'OTAN de l'espace aérien turc entre le 26 février et le 17 avril 2003. Le requérant dans cette procédure était le groupe parlementaire FDP (parti libéral).

c) Dans sa décision du 3 juillet 2007 (Recueil BVerfGE 118, 244), la Cour constitutionnelle fédérale a décidé qu'en raison de la décision du Bundestag du 9 mars 2007, la participation de la Bundeswehr au mandat élargi ISAF en Afghanistan ne portait pas atteinte aux droits que le Bundestag tient en vertu de l'article 59 alinéa 2 phrase 1 GG. La partie requérante dans cette procédure était le groupe parlementaire PDS / La Gauche et faisait grief au gouvernement fédéral, la partie adverse, d'avoir contribué à une évolution de l'OTAN au-delà de ce qui était autorisé par la loi d'approbation à ce traité. La partie requérante y voyait alors une violation des droits du Bundestag en vertu de l'article 59 alinéa 2 GG.

4. « Autres parties » au sens de l'article 93 alinéa 1 n° 1 GG qui ne sont pas des parties d'un organe au sens du § 63 BVerfGG

Contrairement au § 63 BVerfGG, qui estime que la capacité d'être partie à une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels est limitée aux parties du Bundestag, du Bundesrat ou du gouvernement fédéral dotées de droits propres par la Loi fondamentale ou le règlement intérieur du Bundestag ou du Bundesrat, l'article 93 alinéa 1 n° 1 GG élargit le cercle de requérants à tous ceux que

la Loi fondamentale ou le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême dotent de droits propres. Cette différenciation revêt une importance pratique pour la question de la possibilité pour un parti politique et pour un député du Bundestag d'être partie à une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels (cf. Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n° 106 ; Schlaich / Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8^e éd. 2010, n^{os} 90 et suivants).

a) Les députés du Bundestag allemand

Un député isolé peut être partie à une procédure de règlement des litiges entre organes, dans la mesure où il fait valoir que la mesure qu'il conteste viole directement son statut de député qui découle de l'article 38 GG (cf. Recueil BVerfGE 70, 324 < 350 > ; 90, 286 < 342 >). Dans un tel litige, il n'est pas une partie du Bundestag, mais un requérant en vertu de sa propre qualité d'organe constitutionnel (cf. Recueil BVerfGE 60, 374 < 378 > ; 114, 121 < 146 >).

Les députés du Bundestag sont élus au suffrage universel direct, libre, égal et secret (article 38 alinéa 1 phrase 1 GG) pour une durée de quatre ans (article 39 alinéa 1 GG). Ils sont les représentants du peuple tout entier, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience (article 38 alinéa 1 phrase 2 GG). En tant qu'institution élue directement par le peuple, le Bundestag est l'organe de décision représentatif dans l'Etat régi par la Loi fondamentale (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 217 >), et il ne peut représenter le peuple de manière adéquate que s'il participe en tant qu'entité à ce processus de formation de la volonté (cf. Recueil BVerfGE 44, 308 < 315 s. >). Les députés font partie de l'organe constitutionnel qu'est le Bundestag, ils exercent une fonction (article 48 alinéa 2 phrase 1 GG), concourent à l'exercice de la puissance publique (cf. Pieroth, *in* : Jarass / Pieroth, *GG*, 10^e éd. 2009, Art. 38 n° 25) et doivent prendre part au processus de formation de la volonté du Parlement, afin que soient adoptées les décisions parlementaires dans le cadre de la démocratie représentative (cf. Recueil BVerfGE 44, 308 < 316 >). Dans le cadre de la procédure parlementaire, les députés disposent donc de divers droits de participation – droits leur permettant d'exercer effectivement la mission que leur attribue la Constitution.

A l'occasion d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, un député isolé peut contester une atteinte ou une menace de tout droit découlant de son statut constitutionnel (cf. Recueil BVerfGE 43, 142 < 148 > ; 60, 374 < 379 > ; 62, 1 < 31 > ; 70, 324 < 350 > ; 80, 188 < 208 s. > ; 94, 351 < 362 > ; 99, 19 < 28 > ; 108, 251 < 271 >). Conformément au § 64 alinéa 1 BVerfGG, sa requête est recevable s'il ne peut être exclu dès le départ que la mesure contestée de la partie adverse a violé ou menacé directement des droits du requérant qui découlent d'un rapport de nature constitutionnelle entre les parties concernées (cf. Recueil BVerfGE 94, 351 < 362 s. > ; 99, 19 < 28 > ; 104, 310 < 325 > ; 108, 251 < 271 s. >). Sur le fondement de ces critères, des députés ont déjà contesté une restriction de leur droit de parole en séance plénière (cf. Recueil BVerfGE 10, 4), la dissolution avant terme du Bundestag (cf. Recueil BVerfGE 62, 1 ; 114, 121) ou l'obligation d'indiquer et de rendre publics leurs revenus tirés d'activités exercées en dehors de leur mandat parlementaire (cf.

Recueil BVerfGE 118, 277). En revanche, le respect du droit d'approbation préalable du Bundestag (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 215 >) ou des compétences du Bundestag à l'égard du gouvernement fédéral (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 342 >) ne fait pas partie des droits propres des députés, droits susceptibles d'être invoqués.

b) Les partis politiques

L'article 21 alinéa 1 phrase 1 GG dispose que les partis politiques concourent à la formation de la volonté politique du peuple. Les partis poursuivent cet objectif en présentant des listes et des candidats dans les circonscriptions pour les élections au Bundestag ou aux parlements dans les Länder (cf. Löwer, *in* : Isensee / P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, t. III, 3^e éd 2005, § 70 n^o 20). Il ne découle certes pas automatiquement de cette fonction des partis politiques qu'ils peuvent être partie à un litige entre organes constitutionnels, mais la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu aux partis politiques actifs au niveau fédéral une qualité organique dans l'exercice de leurs fonctions (cf. la décision de principe à ce sujet au Recueil BVerfGE 4, 27 < 31 >). Malgré les critiques d'une partie de la doctrine (cf. Pietzcker, *in* : *50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. I, 2001, p. 587 < 595 > et les références qui y sont citées), la Cour n'est depuis jamais revenue sur cette jurisprudence, du moins lorsque le litige constitutionnel concerne le statut d'un parti politique en tant que sujet de la formation de la volonté politique et oppose ce parti à un autre organe constitutionnel (cf. Recueil BVerfGE 66, 107 < 115 > ; 73, 40 < 65 > ; 74, 44 < 48 s. > ; 79, 379 < 383 >). La Cour estime que dans ce domaine, les partis politiques sont tellement impliqués dans le processus de formation de volonté des organes de l'Etat que pour la défense de leur statut, il fallait leur reconnaître la possibilité d'être partie à une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels.

Les dispositions de la loi sur les partis politiques relatives au financement de ces partis touchent également au statut constitutionnel des partis politiques en tant qu'acteurs de la vie constitutionnelle ayant une influence sur la formation de la volonté politique et peuvent alors faire l'objet d'une procédure de règlement des litiges devant la Cour constitutionnelle fédérale ; en revanche, les ordonnancements et les demandes de remboursement du Président du Bundestag effectués eux aussi sur le fondement des dispositions relatives au financement des partis politiques ne peuvent faire l'objet d'une telle procédure (cf. Recueil BVerfGE 27, 152 < 157 > ; Pietzcker, *in* : *50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. I, 2001, p. 587 < 594 >). De même, un parti politique peut engager une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, lorsqu'il veut contester les mesures de propagande du gouvernement pendant une campagne électorale (cf. Recueil BVerfGE 44, 125 < 136 s. >).

En dehors de ces domaines centraux pour leur activité, il appartient toutefois aux partis politiques de rechercher la protection de leurs droits devant les tribunaux ordinaires et, après épuisement des voies de recours ordinaires, au moyen d'un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale. Ceci vaut notamment lorsqu'un parti politique veut faire valoir son statut constitutionnel à l'encontre d'un établissement public de radiodiffusion (cf. Recueil BVerfGE 7, 99 – un tel établissement comme partie adverse n'est pas un autre organe constitutionnel).

Les associations électorales et autres regroupements privés n'ont pas non plus la capacité d'être partie à une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, étant donné qu'ils ne remplissent pas les conditions posées par le § 2 alinéa 1 de la loi sur les partis politiques (cf. Recueil BVerfGE 1, 208 < 227 > ; 13, 54 < 81 et suivantes > ; 74, 96 ; 79, 379 < 384 s. >).

5. *La perte de la qualité de partie*

Dans une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels engagée devant la Cour constitutionnelle fédérale, la capacité d'un organe constitutionnel d'être partie ne cesse pas nécessairement, lorsque change le représentant de l'organe constitutionnel en question. Notamment, le cas des organes collégiaux comme le Bundestag illustre le fait que la qualité juridique d'organe constitutionnel est autonome par rapport au statut juridique des personnes physiques membres de cet organe collégial. Le terme d'une législature ne conduit pas automatiquement à la perte de la capacité d'être partie à une procédure de règlement d'un litige pendant devant la Cour constitutionnelle fédérale (cf. Recueil BVerfGE 4, 144 < 152 >). Le principe de la discontinuité personnelle et matérielle du Parlement ne s'applique qu'au Bundestag concret, tel qu'il est composé à un moment donné, mais non pas au Bundestag en tant qu'institution prévue par le droit constitutionnel (cf. Bethge, *in* : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 63 n° 81).

Le principe du maintien de la capacité des organes constitutionnels d'être partie ou de se joindre à une procédure de règlement des litiges ne s'applique pas uniquement aux organes collégiaux engagés dans une telle procédure. Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* également aux autres types d'organes constitutionnels. La capacité d'un député d'être partie ou de se joindre à une procédure de règlement des litiges ne cesse pas, lorsque ce député quitte le Parlement. Ce qui est déterminant est le statut du député au moment où il a introduit la procédure de règlement des litiges devant la Cour constitutionnelle fédérale (cf. Recueil BVerfGE 102, 224 < 231 >).

Toutefois, un organe requérant au sein duquel la majorité vient à changer – comme cela peut être le cas du Bundestag ou du Bundesrat – est libre de retirer la requête introduisant une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels (cf. Pietzcker, *in* : *50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. I, 2001, p. 587 < 598 >).

C. *L'objet de la procédure*

L'objet d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels est un litige concret relatif aux compétences ou au statut des organes constitutionnels. À cet égard, le § 64 alinéa 1 phrase 1 BVerfGG emploie des termes comme « *mesure ou omission de la partie adverse* » par lesquelles le requérant est atteint ou directement menacé dans ses droits et obligations que lui confère la Loi fondamentale. La mesure ou l'omission contestées doivent être réelles et avoir une portée juridique.

Toute action de la partie adverse susceptible de porter atteinte à la situation juridique du requérant peut constituer une mesure ayant une portée juridique. Une mesure au sens du § 64 alinéa 1 BVerfGG est non seulement une mesure individuelle (cf. Recueil BVerfGE 93, 195 < 203 >), mais aussi l'adoption d'une loi (cf. Recueil BVerfGE 1, 208 < 220 >; 4, 144 < 148 >; 82, 322 < 335 >; 92, 80 < 87 >; 102, 224 < 234 >; 103, 164 < 169 >), ou encore la participation à l'élaboration d'une norme de droit (cf. Bethge, *in*: Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 64 n° 23). La décision par laquelle le Parlement rejette un projet de loi peut également être qualifiée de mesure susceptible de faire l'objet d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 215 >). L'adoption ou la modification d'une disposition du Règlement du Bundestag peuvent elles aussi constituer une mesure au sens du § 64 alinéa 1 BVerfGG, lorsqu'elles sont susceptibles de concerner juridiquement le requérant (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 209 >; 84, 304 < 318 >). L'application du règlement lui-même n'est en revanche pas un objet valable pour une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 209 >). Le rejet d'une demande de reconnaissance du statut de groupe parlementaire ou de groupe au Bundestag selon le § 10 alinéa 4 du Règlement du Bundestag constitue lui aussi une mesure susceptible de donner lieu à une procédure de règlement des litiges (cf. Recueil BVerfGE 84, 304 < 318 >).

Une mesure sans portée juridique ne peut faire l'objet d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels. Un acte est dénué de portée juridique, lorsqu'il ne produit des effets qu'à l'intérieur d'un organe constitutionnel ou qu'il ne constitue qu'un travail préparatif pour une autre mesure, quant à elle revêtue d'une portée juridique. Ainsi, un simple projet de loi (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 212 >) ne peut-il faire l'objet d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, pas plus que l'adoption d'une loi qui nécessite des mesures d'application autonomes (cf. Recueil BVerfGE 94, 351 < 363 >). Un blâme prononcé par le Président du Bundestag à l'encontre d'un député (cf. Recueil BVerfGE 60, 374 < 384 >), des propos désobligeants de membres du gouvernement contre un parti politique (cf. Recueil BVerfGE 13, 123 < 125 >; 40, 287 < 292 >; 57, 1 < 5 >) ou encore l'affirmation d'un groupe parlementaire qu'un projet de loi contient des dispositions contraires à la Constitution (cf. Recueil BVerfGE 2, 143 < 168, 171 s. >) ne constituent pas des mesures ayant une portée juridique. La même solution s'applique aux conclusions provisoires d'une enquête à l'encontre de députés (cf. Recueil BVerfGE 97, 408 < 414 >) et aux réponses données aux questions orales posées au sein du Parlement (cf. Recueil BVerfGE 13, 123 < 126 >; 57, 1 < 5 >).

Le terme d'omission renvoie quant à lui à l'absence de prise d'une mesure (cf. Bethge, *in*: Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 64 n° 36). La portée juridique joue ici un rôle encore plus important qu'à l'occasion de mesures positives. Une omission n'a de signification juridique que s'il existe une obligation juridique d'agir (cf. Klein, *in*: Benda / Klein, *Verfassungsprozessrecht*, 2^e éd. 2001, § 26 n° 1025). Si cette condition n'est pas remplie, une requête demandant qu'une omission soit déclarée contraire à la Constitution doit être rejetée comme irrecevable, faute d'objet valable de la requête (cf. Recueil BVerfGE 104, 310). Une omission pouvant jouer un rôle du point de vue

du droit constitutionnel peut par exemple résider dans le fait que le Président fédéral refuse de promulguer une loi, que le gouvernement refuse de répondre à une question posée par le Parlement ou encore que le gouvernement fédéral dénie au Bundestag ou à une commission d'enquête la communication d'un dossier (cf. Bethge, *in* : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 64 n° 36).

Il peut arriver dans certains cas qu'il ne soit pas possible d'établir une différence nette entre une mesure (positive) et l'omission de prendre une mesure. Dans ce cas de figure, il convient de déterminer quel est le « principal » grief invoqué (cf. Bethge, *in* : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 64 n° 23).

Etant donné que les organes constitutionnels ne disposent pas de droits subjectifs – ils se définissent uniquement par leurs compétences et leur statut au sein de l'ordre constitutionnel –, la violation de droits fondamentaux ne peut être invoquée dans le cadre de la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels.

D. Les conditions de recevabilité

1. Le droit de présenter une demande

Eu égard au fait que la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels a pour finalité la sauvegarde des droits d'un organe en tant que tel, une requête n'est recevable que si le requérant soutient qu'une mesure de la partie adverse viole ou menace directement les droits ou les obligations dont lui ou l'organe auquel il appartient sont investis par la Loi fondamentale (§ 64 alinéa 1 BVerfGG). Cette disposition de droit processuel est destinée à éviter qu'un requérant use de la possibilité non prévue de faire valoir en son nom propre les droits d'un tiers, sans être au moins une partie de l'organe concerné. Alors que la capacité d'être partie à un litige entre organes constitutionnels soulève de manière plutôt abstraite la question de savoir quels peuvent être le requérant et la partie adverse, la question du droit de présenter une demande concerne le rapport contentieux concret des parties et la possibilité d'une atteinte concrète au droit (cf. Löwer, *in* : Isensee / P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, t. III, 3^e éd 2005, § 70 n° 21). Le requérant doit établir de manière suffisamment motivée que la mesure qu'il conteste a une portée juridique, c'est-à-dire qu'elle n'a pas le caractère d'une mesure provisoire, préparatoire ou simplement d'exécution (cf. Recueil BVerfGE 97, 408 < 414 >), ou, en cas d'omission, qu'une obligation constitutionnelle de prendre la mesure omise ne peut être exclue (cf. Recueil BVerfGE 103, 81 < 86 >).

a) Un rapport de droit constitutionnel

Le droit dont la violation est alléguée doit être de nature constitutionnelle (cf. Recueil BVerfGE 102, 224 < 231 s. >). Un droit tiré d'une norme de valeur simplement législative ne suffit pas pour pouvoir présenter une demande (cf. Recueil BVerfGE 103, 81 < 88 s. >). Toutefois, le fait que le droit prétendument violé découle du droit constitutionnel ne suffit pas à lui seul. Ce droit doit en plus être relatif aux institutions, c'est-à-dire aux compétences ou au statut des organes constitutionnels (cf.

Bethge, *in* : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 64 n° 62) ; il doit englober le droit invoqué par le requérant (cf. Recueil BVerfGE 87, 207 < 208 s. >) et être attribué à ce dernier pour qu'il l'exerce ou y participe exclusivement lui-même.

Pour cette raison, on n'est en présence d'un rapport de droit constitutionnel que si les parties au litige sont des organes constitutionnels ou des parties de ces organes et – cette condition s'ajoute à la première – que le litige porte sur des droits de nature constitutionnelle (cf. Benda / Klein, *Verfassungsprozessrecht*, 2^e éd. 2001, n° 1011). La procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels n'est pas destinée à donner lieu à un contrôle abstrait, détaché des droits du requérant, de la mesure contestée (cf. Recueil BVerfGE 68, 1 < 73 > ; 73 ; 1 < 30 > ; 80, 188 < 212 > ; 104, 151 < 193 s. >). De même, cette procédure ne permet pas d'imposer le respect d'autres normes juridiques (constitutionnelles). Elle n'est pas une procédure de contrôle objectif (cf. Recueil BVerfGE 104, 151 < 193 s. >) ; sa finalité est la protection des droits des organes constitutionnels les uns par rapport aux autres, mais non d'assurer un contrôle général de constitutionnalité (cf. Recueil BVerfGE 100, 266 < 268 >).

Par exemple, un député ne peut soutenir à l'appui d'une requête dans un litige entre organes qu'une certaine mesure doive être réglée de manière particulière par une loi formelle (cf. Recueil BVerfGE 80, 188 < 214 s. >), si cela ne découle pas directement de son statut. De même, il ne peut invoquer des mécanismes mis en place spécifiquement pour la protection des droits fondamentaux, comme la primauté de la loi, le principe selon lequel seule la loi peut apporter des restrictions aux droits fondamentaux, ou encore le principe selon lequel la loi doit être suffisamment précise. Le député ne peut faire valoir que les droits qui découlent de sa qualité d'organe au sens de l'article 38 alinéa 1 phrase 2 GG (cf. Recueil BVerfGE 94, 351 < 365 > ; 99, 19 < 29 >). Sont alors exclus dès le départ des griefs qui seraient fondés sur une atteinte aux droits fondamentaux (cf. Recueil BVerfGE 84, 290 < 299 > ; 94, 351 < 365 > ; 99, 19 < 29 >). Les organes de l'Etat ne sont pas dotés de droits fondamentaux, ni pour eux-mêmes, ni pour des tiers. Un litige entre organes constitutionnels n'est pas un conflit relatif aux droits fondamentaux.

b) Des droits propres

Pour que le requérant puisse faire valoir des droits propres, il faut que ces derniers découlent directement de la Loi fondamentale et lui soient attribués pour qu'il les exerce ou y participe exclusivement lui-même (cf. Recueil BVerfGE 68, 1 < 72 >).

Dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, un député isolé n'est pas une partie du Bundestag, mais un requérant en vertu de sa propre qualité d'organe (cf. Recueil BVerfGE 60, 374 < 378 > ; 114, 121 < 146 >), lorsqu'il soutient que la mesure ou l'omission contestées portent directement atteinte au statut qu'il tient selon l'article 38 GG (cf. Recueil BVerfGE 70, 324 < 350 > ; 90, 286 < 342 >). Les groupes parlementaires au Bundestag disposent d'un droit propre au respect des droits protégeant la minorité (cf. Recueil BVerfGE 70, 324 < 351 >). Les partis politiques peuvent invoquer leur droit à l'égalité des chances, droit découlant de l'article 21 alinéa 1 phrase 2 combiné à l'article 3 alinéa 1 GG (cf. Recueil BVerfGE

73, 1 < 28 s. > ; 73, 40 < 65 s. > ; 84, 290 < 299 >) ; ils ne peuvent cependant invoquer ni les droits fondamentaux ni le respect du droit constitutionnel objectif en tant que droits propres (cf. Recueil BVerfGE 73, 1 < 29 > ; 84, 290 < 299 > ; 104, 14 < 20 >).

c) Des droits de l'organe

Le § 64 alinéa 1 BVerfGG prévoit que le requérant peut aussi faire valoir en son nom propre les droits d'un organe dont il fait partie. Cette possibilité de faire valoir en son nom propre les droits d'un tiers est *in fine* déjà prévue par l'article 93 alinéa 1 n° 1 GG (cf. Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, article 93 n° 110 ; Pietzcker, *in* : *50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. I, 2001, p. 587 < 605 >). Cette possibilité repose sur l'idée de protection de la minorité et doit permettre à l'opposition de faire vérifier le respect de la répartition des compétences entre les organes de l'Etat même dans le cas où la majorité de l'organe concerné ne considère pas ses droits comme violés (cf. Schlaich / Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8^e éd. 2010, n° 94 ; Stern, *in* : *Bonner Kommentar zum GG – Zweitbearbeitung – Art. 93 n° 76*).

Dans la pratique, la possibilité de faire valoir les droits d'un organe est d'importance surtout pour les groupes parlementaires, qui peuvent contester des atteintes aux compétences du Bundestag en tant organe dans son entier (cf. Recueil BVerfGE 1, 351 < 359 > ; 2, 143 < 165 > ; 68, 1 < 65 > ; 90, 286 < 336 > ; 100, 266 < 268 > ; 104, 151 < 193 >).

d) Possibilité d'une atteinte à des droits

Pour que sa demande soit recevable, il suffit que le requérant dans une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels allègue une violation de ses droits et soit, en cas de contestation, en mesure d'en démontrer la possibilité. Il est suffisant, mais également indispensable, que le requérant soit concrètement atteint dans son droit (cf. Recueil BVerfGE 1, 208 < 228 s. >). Le droit de présenter une demande est ouvert s'il ne peut être exclu dès le départ que la mesure contestée de la partie adverse a violé ou menacé directement des droits que le requérant tient à l'encontre de la partie adverse (cf. Recueil BVerfGE 94, 351 < 362 s. > ; 99, 19 < 28 > ; 104, 14 < 19 >). La question de savoir si une violation ou une restriction au droit du requérant a réellement eu lieu est réservée à l'examen du bien-fondé de la requête (cf. Umbach, *in* : Umbach / Clemens / Dollinger, *BVerfGG*, 2^e éd. 2005, § 67 n° 142).

2. La désignation correcte de la partie adverse

La procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels est une procédure contradictoire et il appartient au requérant de désigner la bonne partie adverse. La question de savoir contre quel organe la requête doit être dirigée dépend de celle de savoir qui est à l'origine de la mesure ou de l'omission contestées et en est juridiquement responsable (cf. Recueil BVerfGE 62, 1 < 33 > ; 67, 100 < 126 > ; Stern, *in* : *Bonner Kommentar zum GG – Zweitbearbeitung – Art. 93 n° 164*).

Lorsqu'est contestée l'adoption d'une norme juridique, la requête doit être dirigée contre l'assemblée qui en est à l'origine – en général le Bundestag ; ceci vaut également pour le cas où un autre type d'acte parlementaire est contesté (cf. Umbach, *in* : Umbach / Clemens / Dollinger, *BVerfGG*, 2^e éd. 2005, §§ 63, 64 n^{os} 155 et suivants).

Si la mesure contestée est un acte émanant du pouvoir exécutif, il faut distinguer selon la personne à laquelle cet acte est imputé : le gouvernement dans son ensemble (cf. Recueil BVerfGE 88, 173 < 180 >, participation de la Bundeswehr aux vols de surveillance AWACS de la FORPRONU dans l'espace aérien de la Bosnie-Herzégovine ; 90, 286 < 338 >, participation de la Bundeswehr aux actions de l'OTAN et de l'UEO contre la République fédérale de Yougoslavie), un ministre fédéral individuel (cf. Recueil BVerfGE 40, 287, rapport du Service de protection de la Constitution du ministère fédéral de l'Intérieur) ou les deux en même temps (cf. Recueil BVerfGE 67, 100 < 126 >, refus opposé par le ministère fédéral des Finances de communiquer des dossiers à une commission d'enquête, refus fondé sur une décision de principe du gouvernement fédéral). Si l'objet du litige doit être une disposition d'un règlement intérieur, il faut que la requête soit dirigée contre l'organe qui s'est doté de ce règlement intérieur (cf. Umbach, *in* : Umbach / Clemens / Dollinger, *BVerfGG*, 2^e éd. 2005, §§ 63, 64 n^o 164).

3. Les conditions de forme et de délai

En vertu du § 23 alinéa 1 BVerfGG, la requête introduisant une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels doit être formée par écrit et suffisamment motivée. Selon le § 64 alinéa 2 BVerfGG, la requête indique quelle disposition de la Loi fondamentale est considérée violée par la mesure ou l'omission contestées de la partie adverse. Toutefois, une mention explicite de la disposition en question n'est pas indispensable ; il suffit qu'il puisse être déduit des motifs exposés de quelle disposition il s'agit (cf. Recueil BVerfGE 4, 115 < 123 > ; 68, 1 < 64 >).

La requête doit être introduite dans un délai de six mois à compter de la prise de connaissance de la mesure contestée ou de l'omission (§ 64 alinéa 3 BVerfGG). Ceci permet de tenir compte des objectifs d'intelligibilité du droit et de sécurité juridique. D'une part, des violations contestées au moyen d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels peuvent « s'atténuer » avec l'écoulement du temps et d'autre part, le processus parlementaire, souvent pressé et enfiévré, ne doit pas être paralysé par le règlement de questions d'ordre constitutionnel situées dans un passé assez lointain.

Lorsque l'objet de la procédure est une loi, le délai commence à courir à partir de sa promulgation (cf. Recueil BVerfGE 24, 252 < 257 s. > ; 27, 294 < 297 > ; 67, 65 < 70 >) ; lorsqu'il s'agit d'une décision, le délai s'ouvre à compter de la prise de connaissance de celle-ci (cf. Recueil BVerfGE 71, 299 < 303 s. >) ; si la procédure est dirigée contre une omission, le délai pour introduire la requête commence au moment du refus par la partie adverse de la mesure demandée (cf. Recueil BVerfGE 4, 250 < 269 > ; 21, 312 < 319 >) ; 92, 80 < 89 >) ; finalement, en cas de contestation d'une mesure individuelle, le délai court à partir du moment où ladite mesure produit ses effets au détriment du requérant.

Ce délai est un délai de forclusion et aucun relevé de forclusion n'est possible (cf. Recueil BVerfGE 92, 80 < 89 > ; 104, 310 < 322 > ; 110, 403 < 405 >).

4. *L'intérêt légitime pour agir*

L'affirmation du droit de présenter une demande implique en principe la présence d'un intérêt légitime pour agir (cf. Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n° 114). Notamment, cet intérêt ne s'éteint pas en raison de l'écoulement du temps ou d'une réforme de la mesure ou de l'omission contestées. Une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels peut alors porter sur une violation de droits dans le cadre d'un cas déjà achevé (cf. Recueil BVerfGE 10, 4 < 11 > ; 41, 291 < 303 > ; 49, 70 < 77 >) ou sur une loi déclarée nulle suite à un contrôle abstrait des normes (cf. Recueil BVerfGE 20, 134 < 141 >). L'intérêt légitime pour agir ne disparaît pas non plus, parce que le requérant n'a pas essayé de lutter contre la mesure contestée par la voie parlementaire (cf. Recueil BVerfGE 90, 286 < 338 >). En revanche, une requête introduisant une procédure de règlement des litiges entre organes est irrecevable, lorsque le requérant aurait pu empêcher en temps utile par ses propres actions la violation de ses droits (cf. Recueil BVerfGE 68, 1 < 77 >).

5. *La possibilité de se joindre à la procédure*

L'effet obligatoire d'une décision rendue dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels par la Cour constitutionnelle lie – contrairement par exemple à une décision du juge civil – non seulement le requérant et la partie adverse, mais aussi tous les organes constitutionnels, au-delà du cas concret tranché (cf. § 31 alinéa 1 BVerfGG). Afin qu'un litige puisse faire l'objet d'un débat circonstancié, dans lequel le pour et le contre sont soigneusement présentés au juge, le § 65 BVerfGG prévoit qu'à tout moment de la procédure, d'autres personnes ayant la capacité d'introduire une telle procédure et citées au § 63 BVerfGG peuvent venir soutenir le requérant ou la partie adverse.

Celui qui se joint à la procédure se voit reconnaître le statut d'une partie au litige (cf. Recueil BVerfGE 20, 18 < 25 > ; Löwer, *in* : Isensee / P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, t. III, 3^e éd 2005, § 70 n° 25) et dispose ainsi d'un droit propre d'introduire des demandes dans la mesure où celles-ci ont un lien avec l'objet du litige décrit dans la requête (cf. Recueil BVerfGE 6, 309 < 326 > ; 12, 308 < 310 >). Afin d'éviter un éclatement de la procédure de règlement des litiges entre organes, celui qui se joint – par sa propre déclaration devant le juge – à la procédure doit en outre faire partie du cercle des requérants potentiels de ce type de procédure (§ 63 BVerfGG) ; en revanche, il n'est pas nécessaire pour celui qui se joint à la procédure qu'un préjudice lui ait été causé ou qu'il soit personnellement concerné par la procédure (cf. Umbach, *in* : Umbach / Clemens / Dollinger, *BVerfGG*, 2^e éd. 2005, § 65 n° 8). Toutefois, celui qui se joint à la procédure ne devient pas lui-même une partie au différend, car il ne détermine pas subjectivement l'objet du litige (cf. Bethge, *in* : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 63 n° 3). Son rôle dans le cadre de la procédure se limite plutôt au soutien de la partie au litige à laquelle il s'est joint (cf. Recueil BVerfGE 12, 308 < 310 > ; 20, 18 < 23 > ; 63, 346 < 348 >).

E. La décision rendue dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels

Dans sa décision rendue dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, la Cour constitutionnelle fédérale déclare si la mesure ou l'omission contestées de la partie adverse ont porté atteinte à une disposition de la Loi fondamentale (§ 67 alinéa 1 phrase 1 BVerfGG). Ce faisant, elle ne constate pas la nullité d'une mesure ni ne se prononce sur la validité d'une norme contestée. Il est « seulement » indiqué à la partie adverse qu'il y a une situation contraire à la Constitution ; il appartient à la partie adverse de remédier à cet état (cf. Recueil BVerfGE 24, 300 < 351 > ; 85, 264 < 266, 326 >).

Lorsque la Cour constitutionnelle fédérale constate qu'il y a eu violation de la Loi fondamentale, elle peut en outre fixer un délai au législateur pour que celui-ci remédie à la situation inconstitutionnelle. La Cour use de cette faculté de donner la possibilité au législateur de pallier cette situation dans un délai déterminé, notamment dans les cas où une norme contraire à la Constitution conduirait à un vide juridique et à une situation encore moins conforme à la Constitution que celle qui vient d'être constatée. Jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation, il faut alors accepter les inconvénients de la situation juridique critiquée par la Cour constitutionnelle fédérale (cf. Recueil BVerfGE 85, 264 < 326 >).

Les dispositions combinées de l'article 93 alinéa 1 n° 1 GG et du § 67 alinéa 1 phrase 1 BVerfGG présument que dans leurs rapports mutuels, les organes constitutionnels respectent la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour constitutionnelle fédérale au sujet d'une mesure, sans qu'il ne soit alors nécessaire pour la Cour d'imposer une obligation d'agir et des mesures d'exécution relatives à cette obligation. Ce principe de respect mutuel entre les organes constitutionnels, principe qui découle du principe de l'Etat de droit garanti par l'article 20 alinéa 3 GG, ainsi que l'obligation des pouvoirs exécutif et législatif de s'abstenir de prendre des mesures contraires à la Loi fondamentale fournissent une garantie suffisante pour que toutes les parties à la procédure se soumettent aux décisions de la Cour constitutionnelle fédérale (cf. Umbach, *in* : Umbach / Clemens / Dollinger, *BVerfGG*, 2^e éd. 2005, § 67 n° 17 ; Schlaich / Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 8^e éd. 2010, n° 83 ; Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n° 115).

Dans la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels, la Cour constitutionnelle fédérale est également compétente pour rendre une ordonnance provisoire (cf. Recueil BVerfGE 89, 38 < 44 > ; 96 ; 223 < 229 > ; 98, 139 < 144 >). Dans de tels cas, la Cour peut imposer à la partie adverse – au-delà de la constatation d'un comportement contraire à la Constitution – des obligations concrètes guidant son action (cf. Bethge, *in* : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, *Bundesverfassungsgesetz*, § 67 n° 36). En tant que de besoin, la Cour constitutionnelle fédérale peut assurer la réalisation de sa décision au moyen d'une ordonnance d'exécution conformément au § 35 BVerfGG (cf. Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n° 115).

F. Les litiges entre organes au sein d'un Land

Selon l'article 93 alinéa 1 n° 4, 3^e cas de figure GG combiné au § 13 n° 8 BVerfGG, la Cour constitutionnelle fédérale est aussi compétente pour trancher les litiges de droit public qui se présentent au sein d'un Land, si aucune autre voie de recours n'est ouverte pour les régler (cf. Pietzcker, *in* : *50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. I, 2001, p. 587 < 611 et suivantes > ; Löwer, *in* : Isensee / P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, t. III, 3^e éd 2005, § 70 n° 26 s.). Lors d'un tel « litige interne à un Land », il s'agit d'un différend de droit constitutionnel opposant deux organes constitutionnels d'un Etat fédéré ; la Cour constitutionnelle fédérale n'est revêtue que d'une compétence subsidiaire pour trancher un tel litige qui est en principe de la compétence de la Cour constitutionnelle du Land concerné (cf. Recueil BVerfGE 111, 286 < 288 >). Lorsque la Constitution d'un Land ne prévoit pas de recours devant la Cour constitutionnelle de ce Land, qu'elle impose des conditions de recevabilité plus strictes que celles du § 71 alinéa 1 n° 3 BVerfGG (cf. Recueil BVerfGE 60, 319 < 323 s. > ; 62, 194 < 199 > ; 93, 195 < 202 >) ou lorsqu'un Land ne dispose pas (encore) d'une cour constitutionnelle (cf. Recueil BVerfGE 102, 224 < 227, 231 >, décision relative à la Cour constitutionnelle de Thuringe qui n'avait pas encore été mise en place en 1991), la Cour constitutionnelle fédérale assure une protection juridictionnelle complète contre les atteintes aux droits que les acteurs de la vie constitutionnelle d'un Land tiennent en vertu de leur Constitution (cf. Recueil BVerfGE 93, 195 < 202 > ; 102, 245 < 250 >).

Le litige interne à un Land est l'expression du principe selon lequel la Fédération veille à ce que le système de formation de la volonté de l'Etat caractérisé par la séparation des pouvoirs existe aussi au niveau des Länder (dans ce sens, cf. Löwer, *in* : Isensee / P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, t. III, 3^e éd 2005, § 70 n° 26). Cette procédure constitue le pendant au niveau fédéré de la procédure de règlement de litiges entre organes constitutionnels de la Fédération, à cette différence que les parties au litige ne sont pas les organes suprêmes fédéraux ou des parties de ceux-ci, mais les organes suprêmes d'un Land et les parties de ces organes dotées de droits propres par la Constitution du Land ou le règlement intérieur d'un organe suprême du Land (§ 71 alinéa 1 n° 3 BVerfGG). A l'instar de la procédure de règlement des litiges entre organes constitutionnels fédéraux, les partis politiques et les députés au Landtag ont la capacité d'être partie à un litige interne à un Land (cf. Voßkuhle, *in* : v. Mangoldt / Klein / Starck, *GG*, tome 3, 5^e éd. 2005, Art. 93 n° 160 ; Löwer, *in* : Isensee / P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, t. III, 3^e éd 2005, § 70 n° 27). Les requérants doivent être atteints directement dans leurs droits et leurs compétences par la mesure qui fait l'objet du litige.

La norme de référence pour le contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale dans le cadre d'un litige interne à un Land n'est pas la Loi fondamentale, mais la Constitution du Land concerné. Selon le § 72 alinéa 2 BVerfGG, la Cour constitutionnelle fédérale déclare si la mesure ou l'omission contestées de la partie adverse ont porté atteinte à une disposition de la Constitution du Land.

A titre d'exemple pour un litige interne à un Land qui a été jugé recevable, peut être cité l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 21 juillet 2000 (cf. Recueil

BVerfGE 102, 224), dans lequel la Cour devait examiner le § 5 alinéa 2 phrase 1 n^{os} 2 et 3 de la loi sur les députés du Land de Thuringe et se prononcer sur la compatibilité de cette disposition avec le Statut provisoire du Land de Thuringe (norme comparable à la Constitution d'un Land). Les requérants – plusieurs députés du Landtag – critiquaient les suppléments aux indemnités parlementaires de base accordés aux présidents des groupes parlementaires, aux vice-présidents des groupes parlementaires, aux secrétaires des groupes parlementaires, ainsi qu'aux présidents des commissions parlementaires.

La Cour constitutionnelle fédérale censura le versement de ces suppléments au bénéfice des vice-présidents et des secrétaires des groupes parlementaires, ainsi qu'aux présidents des commissions parlementaires – mais non aux présidents des groupes parlementaires – au motif que le nombre de postes dotés de suppléments devait être limité à certaines fonctions parlementaires particulièrement importantes sur le plan politique.

III. LA MISE EN APPLICATION DES DECISIONS DES COURS CONSTITUTIONNELLES

Par M. Prof. Dr. Reinhard Gaier,
Juge à la Cour constitutionnelle fédérale

1. Les décisions de la Cour onstitutionnelle sont :

- a) définitives;
- b) susceptibles d'appel ; en l'occurrence, veuillez précisez les titulaires du droit, les délais et la procédure ;
- c) obligatoires *erga omnes* ;
- d) obligatoires *inter partes litigantes*.

a) Les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale ne sont susceptibles d'aucun recours. Lors de leur publication ou de leur notification aux personnes intéressées par la procédure, elles sont revêtues de la force de chose jugée ; dans l'intérêt de la paix publique, la décision qui met un terme à une procédure est une décision définitive. Conformément au § 93d alinéa 1 phrase 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*), ceci vaut explicitement aussi pour les décisions des sections de la Cour constitutionnelle fédérale.

La possibilité de faire opposition, lorsque la Cour constitutionnelle fédérale a rendu une décision sans audience dans le cadre de la protection judiciaire provisoire (procédure de référé du § 32 alinéas 2 et 3 BVerfGG), ne constitue pas une exception à cette règle. En effet, il ne s'agit pas d'un moyen de recours au sens strict, car l'opposition n'a pas d'effet dévolutif, elle n'entraîne pas le renvoi de l'affaire devant une autre instance. Au contraire, c'est la Cour constitutionnelle fédérale elle-même qui tranche cette opposition ; cette dernière n'a pour effet que de rattraper l'audience orale qui n'avait pas eu lieu précédemment.

b) Dans les types de procédure les plus importants en pratique, les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale déploient un effet obligatoire *erga omnes*. Cette solution ne découle toutefois pas déjà de principes procéduraux généraux, mais découle seulement de dispositions spécifiques relatives à la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale.

aa) La force de chose jugée, dont sont revêtues les décisions judiciaires et qui découle du fait que ces décisions deviennent incontestables, conduit, selon le droit processuel général, à l'autorité de chose jugée. La Cour constitutionnelle fédérale considère que ses décisions sont, elles aussi, revêtues de cette autorité de chose jugée (cf. Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfGE 4, 31 < 38 s. > ; jurisprudence constante). La Cour justifie cette position par le fait que, nonobstant son caractère d'organe constitutionnel, la Constitution (article 92 de la Loi fondamentale [*Grundgesetz – GG*]) la classe parmi les titulaires du pouvoir judiciaire et lui confie donc des prérogatives judiciaires (cf. Recueil BVerfGE 104, 151 < 196 > et les références citées dans cette décision). Bien qu'une disposition législative explicite en ce

sens fasse défaut, il peut être déduit de diverses dispositions législatives relatives au contentieux constitutionnel que la loi part elle aussi du principe que les décisions de la Cour sont revêtues de l'autorité de chose jugée (cf. Recueil BVerfGE 33, 199 < 204 >).

L'autorité de chose jugée définit l'étendue du caractère déterminant du fond d'une décision de justice pour des contentieux futurs. A cet égard, il importe de tenir compte des limites de l'autorité de chose jugée. Conformément aux principes usuels du droit processuel, la Cour constitutionnelle fédérale souligne elle aussi que l'autorité de chose jugée est déterminée par le seul dispositif de la décision et non par les développements contenus dans les motifs de celle-ci ; toutefois, les motifs d'une décision peuvent servir d'aide à l'interprétation du dispositif (cf. Recueil BVerfGE 4, 31 < 38 s. > ; 78, 320 < 328 >). Sur le fond, l'autorité de chose jugée est limitée par l'objet concret de la procédure (cf. Recueil BVerfGE 4, 31 < 39 > ; 78, 320 < 328 > ; 104, 151 < 196 >), lequel à son tour est déterminé par la requête qui a déclenché la procédure et par les faits qui en sont à l'origine. Du point de vue des personnes liées, l'autorité de chose jugée ne produit d'effet qu'*inter partes*, c'est-à-dire entre les seules parties du litige (cf. Recueil BVerfGE 4, 31 < 39 > ; 78, 320 < 328 > ; 104, 151 < 196 >) et leurs ayants-droit.

bb) Alors que l'autorité de chose jugée fait partie des instruments généraux du droit processuel, le § 31 BVerfGG contient deux dispositions importantes particulières au contentieux constitutionnel. Celles-ci attribuent aux décisions de la Cour constitutionnelle fédérale un effet obligatoire très étendu.

(1) En premier lieu, le § 31 alinéa 1 BVerfGG dispose que les organes constitutionnels de la Fédération et des Länder, ainsi que toutes les autorités administratives et juridictionnelles sont liés par les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale. Cet effet obligatoire s'étend aux décisions des sections faisant droit à un recours conformément au § 93c BVerfGG (cf. Recueil des décisions des sections de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfGK 7, 229 < 236 >). En revanche, les décisions de non-admission d'un recours constitutionnel prononcées par les sections sur le fondement du § 93b BVerfGG ne sont pas revêtues de cet effet obligatoire, car elles ne rendent pas de décision sur le fond d'une affaire (cf. Recueil BVerfGE 92, 91 < 107 >). L'effet obligatoire ne représente pas une simple extension de l'autorité de chose jugée (cf. Recueil BVerfGE 20, 56 < 87 > ; 77, 84 < 104 >), mais déploie des effets particuliers. Du point de vue matériel, la jurisprudence – controversée au sein de la doctrine – de la Cour constitutionnelle fédérale estime ainsi que l'effet obligatoire ne s'étend pas uniquement au dispositif d'une décision, mais également aux motifs nécessaires de cette dernière (cf. par exemple Recueil BVerfGE 1, 14 < 37 > ; 104, 151 < 197 >). En ce qui concerne le cercle des personnes liées, celui-ci s'étend, au-delà des personnes intéressées par la procédure, à tous les organes constitutionnels et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Dans ce sens, il y a un effet obligatoire *erga omnes*, qui ne concerne cependant que les pouvoirs publics cités, et non les particuliers tiers à la procédure. L'effet obligatoire impose aux autorités de l'Etat de prendre en compte les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, d'adapter leurs actions futures en fonction de ses décisions et d'appliquer des décisions concrètes dans le cadre de leurs compétences (cf. Recueil BVerfGE 2, 139 < 142 >).

Une disposition supplémentaire s'applique au cas de la procédure du recours constitutionnel : si un recours constitutionnel est couronné de succès, le § 95 alinéa 1 phrase 2 BVerfGG permet à la Cour constitutionnelle fédérale d'ordonner l'interdiction de réitérer une mesure qui a été censurée dans un cas concret, en prononçant que toute répétition d'une telle mesure violerait elle aussi la Constitution. En d'autres termes, la Cour peut déclarer de manière préventive qu'une mesure réitérée est contraire à la Constitution. La Cour constitutionnelle fédérale interprète cette norme dans un sens qui permet d'étendre l'effet obligatoire d'une décision de la justice constitutionnelle, et de l'imposer à d'autres autorités publiques ou d'en faire bénéficier d'autres personnes que le requérant qui avait saisi la Cour (cf. Recueil BVerfGE 7, 99 < 109 >). Les effets décrits sont cependant des effets qui se déploient de toute manière en vertu du § 31 alinéa 1 BVerfGG, ce qui explique que l'interdiction de réitérer une mesure censurée n'ait pas développé d'importance pratique.

(2) Les décisions les plus importantes de la Cour constitutionnelle fédérale sont revêtues d'un effet *erga omnes* complet en vertu de leur force obligatoire générale que leur confère leur effet de force de loi prévu par le § 31 alinéa 2 BVerfGG. L'effet de force de loi assure de la manière la plus efficace l'exécution des décisions de la justice constitutionnelle, car il crée du droit directement applicable. Cette disposition s'applique dans des procédures énumérées limitativement, dans lesquelles la Cour examine au sens large la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire dans les procédures du contrôle abstrait, ainsi que du contrôle concret des normes, mais aussi du recours constitutionnel, lorsque ce dernier est dirigé directement ou indirectement contre une loi. Lorsqu'au terme de l'une de ces procédures, la Cour constate la compatibilité ou l'incompatibilité d'une loi avec la Loi fondamentale ou déclare la nullité d'une loi, le ministère fédéral de la Justice doit faire publier le dispositif de la décision de la Cour au Journal officiel fédéral (§ 31 alinéa 2 phrase 3 BVerfGG).

En vertu du § 31 alinéa 2 BVerfGG, seul le dispositif d'une décision constatant la nullité, la compatibilité ou l'incompatibilité d'une disposition législative avec la Constitution a force de loi. Les motifs de la décision n'ont pas force de loi, mais ils doivent être pris en considération lors de l'interprétation du dispositif. Le prononcé de la nullité d'une loi contraire à la Constitution était initialement la seule sanction prévue par la loi et, y compris de nos jours, est censé être la règle (cf. le § 78 BVerfGG). La Cour constitutionnelle fédérale a toutefois constaté très tôt qu'en vertu des effets très larges engendrés, le prononcé de la nullité de la loi contraire à la Constitution ne constitue pas dans tous les cas la mesure la plus adéquate (cf. Recueil BVerfGE 13, 248 < 260 s. >). Pour cette raison, la Cour a développé la technique de la déclaration d'incompatibilité – dans un premier temps en dehors du cadre du droit processuel écrit, mais cette technique de sanction a depuis été entérinée par le législateur – qui, selon le § 31 alinéa 2 BVerfGG, a également force de loi.

2. Dès la publication de la décision au Journal Officiel, le texte légal déclaré inconstitutionnel est :
 - a) abrogé;
 - b) suspendu, jusqu'à ce que l'acte/le texte déclaré inconstitutionnel soit mis en accord avec les dispositions de la Constitution;
 - c) suspendu, jusqu'à ce que le législateur invalide la décision de la cour constitutionnelle;
 - d) d'autres situations.

a) Lorsque la Cour constitutionnelle fédérale constate la compatibilité ou l'incompatibilité d'une loi avec la Loi fondamentale, ou lorsqu'elle déclare la nullité d'une loi, le dispositif de sa décision est publié par le ministère fédéral de la Justice au Journal officiel fédéral (§ 31 alinéa 2 phrase 3 BVerfGG). La portée de cette publication n'est cependant que déclaratoire, étant donné que les décisions de la Cour prononçant la nullité d'une loi ou l'incompatibilité de cette dernière avec la Constitution n'ont elles-mêmes qu'un effet déclaratoire et ce, en vertu de la « doctrine de la nullité » suivie en Allemagne. Dans la tradition constitutionnelle allemande, une norme contraire à une norme de valeur supérieure est nulle de plein droit (*ipso iure*) et dès le départ (*ex tunc*) (cf. Recueil BVerfGE 115, 51 < 62 >), ce qui permet de déduire la nullité *eo ipso* d'une loi contraire à la Constitution. La décision par laquelle la Cour constitutionnelle fédérale juge une norme contraire à la Constitution n'a donc pas d'effet constitutif, elle ne casse pas la norme, ni ne l'annule, ni ne la réforme ; elle se borne juste à une constatation et ne fait qu'écarter l'illusion selon laquelle la loi concernée serait valide. Il découle toutefois des dispositions applicables à la compétence des tribunaux qu'une telle constatation – du moins en ce qui concerne les lois entrées en vigueur sous l'empire de la Loi fondamentale – ne peut être faite que par la Cour constitutionnelle fédérale et que jusqu'à ce qu'une telle constatation soit prononcée, les normes juridiques doivent être respectées par toute personne.

Conformément au § 31 alinéa 2 BVerfGG, les seules décisions de la Cour constitutionnelle fédérale revêtues de la force de loi sont celles prononçant la compatibilité ou l'incompatibilité d'une loi avec la Loi fondamentale ou déclarant la nullité d'une loi ; seules ces décisions sont ensuite publiées au Journal officiel fédéral. En revanche, cette disposition ne s'applique notamment pas lorsque, saisie d'un recours constitutionnel, la Cour juge contraire à la Constitution non une loi, mais juste des mesures prises par les autorités administratives ou la décision d'un tribunal. Dans de tels cas, la Cour constitutionnelle fédérale constate quelle disposition de la Loi fondamentale a été violée par la mesure ou l'omission concrètes contestées (§ 95 alinéa 1 phrase 1 BVerfGG). Une telle constatation que la Constitution a été violée entraîne automatiquement l'effet obligatoire prévu par le § 31 alinéa 1 BVerfGG. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale casse la décision contestée et, dans le cas où le recours était dirigé contre une décision de justice, renvoie l'affaire aux tribunaux compétents (§ 95 alinéa 2 BVerfGG). Dans la mesure où elle est cassée, la décision contestée est directement écartée. Lors de la procédure qui s'engage alors devant lui, le tribunal auquel l'affaire est renvoyée est lié par la constatation d'une atteinte à la Constitution.

b) Les effets juridiques produits sont différents lorsque la Cour constitutionnelle fédérale ne prononce pas la nullité d'une loi contraire à la Constitution, mais recourt à la possibilité de déclarer cette loi incompatible avec la Loi fondamentale. En vertu du § 31 alinéa 2 BVerfGG, une telle déclaration d'incompatibilité a elle aussi force de loi et conduit à une interdiction d'appliquer la loi censurée (cf. Recueil BVerfGE 73, 40 < 101 > ; 100, 59 < 103 >). A cet égard, cette technique de sanction ne se distingue pas de la déclaration de nullité. Cela étant, la différence déterminante entre les deux réside dans le fait que la déclaration d'incompatibilité – contrairement à la déclaration de nullité – ne crée pas immédiatement des faits, mais laisse à la Cour constitutionnelle fédérale la faculté de l'assortir de mesures transitoires, prises par ordonnance d'exécution sur le fondement du § 35 BVerfGG. Les effets juridiques

d'une déclaration d'incompatibilité sont donc pour l'essentiel déterminés par le contenu d'une ordonnance relative à l'exécution de la décision, ordonnance rendue par la Cour constitutionnelle fédérale en même temps que la décision.

La déclaration d'incompatibilité peut s'avérer nécessaire afin de laisser au législateur la marge d'appréciation et le temps de réflexion pour une refonte de la loi censurée. Deux types de cas peuvent être distingués dans lesquels cette technique de sanction trouve application : (1.) lorsque le législateur doit pouvoir disposer de plusieurs options pour remédier à la situation contraire à la Constitution (cf. Recueil BVerfGE 61, 43 < 68 > ; 99, 280 < 298 > ; 121, 317 < 373 >), ce qui est notamment le cas lors de la constatation d'une atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 3 GG (cf. Recueil BVerfGE 22, 349 < 361 > ; 99, 280 < 298 > ; 117, 1 < 69 > ; 122, 210 < 245 >), et (2.) lorsque l'intérêt général commande qu'une transition en douceur ait lieu entre l'état du droit contraire à la Constitution à un état du droit conforme à cette dernière (cf. Recueil BVerfGE 91, 186 < 207 >), notamment dans les cas où une déclaration de nullité aboutirait à une situation juridique encore moins conforme à la Constitution que la situation au moment de la censure (cf. Recueil BVerfGE 83, 130 < 154 > ; 92, 53 < 73 > ; 111, 191 < 224 > ; 117, 163 < 201 >).

En ce qui concerne l'exécution de la décision de la Cour, figure parmi les mesures envisageables une ordonnance déclarant que la loi contraire à la Constitution demeure encore valide, soit telle quelle, soit modifiée. Ainsi par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale a-t-elle récemment admis que des dispositions contraires à la Constitution relatives à l'impôt sur les successions puissent encore trouver application, afin de permettre une programmation financière et budgétaire sérieuse (cf. Recueil BVerfGE 117, 1 < 2, 70 >). Plusieurs options pour une réforme du régime de l'impôt sur les successions étaient ouvertes, parmi lesquelles le législateur pouvait opérer son choix. En revanche, en ce qui concerne par exemple les lois de certains Etats fédérés relatives à l'interdiction de fumer dans les lieux de restauration, la Cour n'a ordonné la validité que d'une version modifiée de ces lois, et y a ajouté des exceptions supplémentaires concernant les petits établissements de restauration (cf. Recueil BVerfGE 121, 317 < 318, 373, 376 s. >). Un autre exemple est celui des dispositions relatives au monopole de l'Etat sur les paris sportifs, dispositions dont l'ordonnance d'exécution de la Cour a exigé qu'elles soient appliquées de manière plus conséquente (cf. Recueil BVerfGE 115, 276 < 277, 317, 319 >). Dans les deux cas, il s'agissait d'assurer une transition en douceur vers le droit nouveau : en décidant le maintien en vigueur du droit examiné par la Cour, l'objectif était de permettre, pendant la période transitoire jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation, de prévenir les risques causés respectivement par la fumée de tabac et l'addiction au jeu.

Lorsque même dans une version modifiée, la Cour constitutionnelle fédérale ne peut accepter les dispositions contraires à la Constitution comme réglementation transitoire, c'est la Cour elle-même qui, sur le fondement du § 35 BVerfGG, formule les dispositions qui doivent s'appliquer pendant la période transitoire. A titre d'exemple peut être cité le cas dans lequel la Cour a déclaré contraire à la Constitution la disposition qui prévoyait qu'en cas de désaccord sur le choix du nom de famille, c'était le nom du mari qui devenait le nom commun des époux. La Cour a jugé que chaque époux garderait son nom de famille et que jusqu'à l'adoption d'une

nouvelle loi, les enfants communs porteraient le nom composé des noms des époux, dont l'ordre serait tiré au sort par l'officier de l'état-civil (cf. Recueil BVerfGE 84, 9 < 10, 22 s. >). Dans son arrêt relatif à la répression de l'interruption de grossesse, la Cour est même allée jusqu'à définir minutieusement les dispositions transitoires et les obligations de consultation auxquelles une femme enceinte devait se soumettre afin de pouvoir procéder à une interruption de grossesse impunie (cf. Recueil BVerfGE 88, 203 < 209 s., 328, 334 >).

En dernier lieu, la Cour constitutionnelle fédérale a également la faculté de ne pas ordonner le maintien en vigueur de la loi jugée contraire à la Constitution. Dans ce cas, privilégier la déclaration d'incompatibilité par rapport à la déclaration de nullité n'a de sens que si la Cour fixe au législateur, en même temps que la déclaration d'incompatibilité, un délai pour adopter une réglementation conforme à la Constitution et considère qu'entre-temps, une réglementation transitoire n'est pas indispensable. La norme jugée contraire à la Constitution n'est alors plus applicable et les procès en instance devant les tribunaux demeurent suspendus (cf. Recueil BVerfGE 88, 203 < 209 s., 328, 334 >).

3. Une fois rendue une décision d'inconstitutionnalité par la cour constitutionnelle, en quelle manière est-elle obligatoire pour la cour judiciaire de fond et pour les autres instances judiciaires ?

Comme déjà été exposé à la question n° 1, il résulte du § 31 alinéa 1 BVerfGG que toutes les autorités juridictionnelles – le tribunal qui a saisi la Cour constitutionnelle ainsi que tous les autres tribunaux nationaux – sont liées par les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale. Cet effet obligatoire inclut toutes les décisions que la Cour constitutionnelle rend sur le fond d'une affaire – et donc pas uniquement les seules décisions de censure d'une norme – mais en revanche, il ne découle pas d'effet obligatoire de décisions relatives à la seule procédure (cf. Recueil BVerfGE 78, 320 < 328 >). Les décisions par lesquelles les sections font droit à un recours constitutionnel en vertu du § 93c BVerfGG (cf. Recueil BVerfGK 7, 229 < 236 >), ainsi que les ordonnances d'exécution prises sur le fondement du § 35 BVerfGG sont également revêtues de l'effet obligatoire. Les tribunaux sont en outre liés par les ordonnances provisoires rendues par la Cour constitutionnelle fédérale (cf. Recueil BVerfGK 7, 229 < 236 >).

4. Est-ce que le législateur remplit, chaque fois et dans les délais prévus, son obligation constitutionnelle d'éliminer les aspects portant sur l'inconstitutionnalité - tant lors du contrôle *a posteriori*, que lors du contrôle *a priori* ?

Lorsque la Cour constitutionnelle fédérale déclare qu'une norme est incompatible avec la Constitution, elle fixe souvent un délai au législateur pour qu'il adopte une nouvelle norme, conforme à la Constitution. Une disposition explicite en ce sens ne se trouve ni dans la Constitution, ni dans la loi, mais une telle démarche de la Cour est justifiée par et dans le cadre de la compétence de cette dernière d'examiner la constitutionnalité d'une loi. La Cour elle-même qualifie parfois ce type de décision de

« décisions comportant un appel » à l'adresse du législateur (cf. Recueil BVerfGE 86, 369 < 379 >), mais le contenu de telles décisions est mieux décrit par des termes comme pouvoir d'injonction ou ordre d'adopter une norme. Habituellement, le législateur s'exécute en temps utile lorsqu'il reçoit une telle directive, y compris lorsque le domaine à régler est politiquement très controversé. Ainsi la Cour a-t-elle fixé au législateur un délai allant jusqu'au 31 décembre 2008, après avoir déclaré incompatibles avec la Loi fondamentale (bien que provisoirement encore applicables) des dispositions centrales du régime de l'impôt sur les successions. La loi de réforme qui s'imposait en raison de cette déclaration d'incompatibilité a été votée juste avant l'expiration de ce délai, le 24 décembre 2008, et publiée au Journal officiel fédéral le 31 décembre 2008

5. Que se passe-t-il, si, dans le délai prévu par la Constitution et / ou par la législation, le législateur n'efface pas le vice d'inconstitutionnalité ? Veuillez présenter des exemples.

Si le législateur ne donne pas suite à l'injonction de la Cour constitutionnelle fédérale d'adopter une nouvelle loi, la Cour peut ordonner des mesures d'exécution en vertu du § 35 BVerfGG, ce qui fut par exemple le cas lorsque la Cour avait, par deux fois, invité sans succès le législateur à augmenter l'indemnité de subsistance au bénéfice des fonctionnaires ayant au moins trois enfants. Dans une troisième décision à ce sujet, la Cour a déterminé un ultime délai et, pour le cas où celui-ci ne serait pas non plus respecté, fixé elle-même le montant du droit ouvert (cf. Recueil BVerfGE 99, 300 < 304, 331 s. >). Du point de vue du droit régissant les voies d'exécution, il s'agit ici d'une menace d'exécution d'office, la Cour aurait alors agi réellement comme un législateur de substitution. Fort heureusement, cela n'a pas été nécessaire, car suite à cette troisième décision de la Cour, le législateur a adopté à temps une loi relative à l'augmentation et au versement complémentaire des indemnités de subsistance.

Que la Cour constitutionnelle fédérale ait la faculté de recourir aux possibilités d'exécution ouvertes par le § 35 BVerfGG en cas d'inaction du législateur ne signifie toutefois pas qu'elle y soit *tenue*. Dans le cas cité des indemnités de subsistance, il s'agissait d'un droit à une prestation de la part de l'Etat, droit garanti aux citoyens par la Constitution. Ici, la Cour ne pouvait rester inactive en ce qui concernait l'exécution de sa décision, car sinon, elle aurait refusé une protection juridique efficace aux citoyens. Mais lorsque la Cour intervient pour défendre des droits constitutionnellement garantis contre des ingérences de l'Etat – ce qui est le cas général quand la Cour est saisie d'un recours constitutionnel – et déclare pour cette raison qu'une loi est incompatible avec la Constitution, des cas peuvent se présenter dans lesquels l'ordre d'adopter une nouvelle norme n'est nécessaire ni dans l'intérêt du requérant, ni pour assurer l'autorité de la Cour. Tel était par exemple le cas de la loi relative à l'impôt sur la fortune. Au milieu de l'année 1995, la Cour avait déclaré incompatibles avec la Loi fondamentale les dispositions sur la détermination de l'assiette de l'impôt sur la fortune, fixé au législateur un délai jusqu'au 31 décembre 1996 pour l'adoption d'une nouvelle loi, puis ordonné le maintien en vigueur du droit actuel « *au plus tard jusqu'à cette date* » (cf. Recueil BVerfGE 93, 121 < 122 >). Suite à cette décision de la Cour, la classe politique a mené un débat sur la suppression complète de l'impôt sur la fortune.

Le gouvernement voulait renoncer à cet impôt, mais ne disposait pas de la majorité requise au Bundesrat. Pour cette raison, le Bundestag, où les partis soutenant le gouvernement avaient la majorité, s'est simplement abstenu de légiférer. Le gouvernement a néanmoins atteint son objectif, car, fin 1996, une fois écoulé le délai pour la durée duquel la Cour constitutionnelle fédérale avait ordonné le maintien en vigueur de la norme, il n'existait plus de base légale pour l'impôt sur la fortune ; depuis, cet impôt n'est plus prélevé en Allemagne. De son côté, la Cour constitutionnelle fédérale est elle aussi restée inactive et n'a pas essayé d'imposer des mesures qui auraient permis d'exécuter la directive donnée au législateur d'adopter une nouvelle loi. Cette démarche de la Cour est juste, car un ordre d'exécution de sa décision n'aurait pas servi les intérêts des requérants, désormais libérés de toute soumission à une imposition de leur fortune. De plus, le législateur n'était obligé que d'assurer un état juridique conforme à la Constitution et il lui était loisible d'atteindre cette situation par une renonciation complète à ce type d'imposition.

L'exemple de l'impôt sur la fortune montre qu'avec la formulation d'un ordre de maintenir en vigueur le droit censuré, la Cour constitutionnelle fédérale prend également soin de régler les effets juridiques applicables au cas où le législateur ne donnerait pas suite à l'invitation d'adopter une nouvelle norme, ou qu'il ne le fait pas avant l'expiration du délai déterminé. La Cour avait ordonné le maintien en vigueur de la loi relative à l'impôt sur la fortune explicitement « *jusqu'au plus tard* » au 31 décembre 1996 (cf. Recueil BVerfGE 93, 121 < 122 >). Dès le départ il était clair qu'à défaut d'adoption d'une nouvelle loi avant l'expiration de ce délai, les dispositions concernées de la loi relatives à l'impôt sur la fortune ne seraient plus applicables et que cet impôt ne pourrait plus être prélevé. Dans sa décision relative à l'impôt sur les successions en revanche, la Cour avait ordonné le maintien en vigueur du droit actuel « *jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation* » et fixé un délai jusqu'au 31 décembre 2008 pour cette adoption (cf. Recueil BVerfGE 117, 1 < 2 >). Si le législateur était resté inactif, il aurait été possible de continuer à appliquer l'ancien régime de l'impôt sur les successions aussi après l'écoulement du délai. Dans ce cas, tant l'intérêt des citoyens soumis à cet impôt que le respect de l'autorité de la Cour auraient toutefois rendu nécessaire, du moins une fois passé un certain temps, la prise de mesures sur le fondement du § 35 BVerfGG, afin de permettre la réalisation de l'ordre prononcé d'adopter une nouvelle norme. Au besoin, la Cour aurait alors pu par exemple limiter après coup la durée pendant laquelle le droit ancien devait rester applicable, et de ce fait exercer une pression sur le législateur en brandissant la menace d'une suppression d'une source de recettes fiscales. Une requête en ce sens auprès de la Cour n'aurait pas été nécessaire, car en vertu de l'autonomie en matière d'exécution de ses décisions postulée par la Cour, les mesures prises sur le fondement du § 35 BVerfGG le sont d'office (cf. Recueil BVerfGE 6, 300 < 303 >).

6. Est-ce que par un autre acte normatif, le législateur peut-il entériner, une fois de plus, la solution législative déclarée inconstitutionnelle ? Veuillez avancer les arguments.

La portée de l'effet obligatoire prévu par l'article 31 alinéa 1 BVerfGG à l'égard du législateur ne fait pas l'unanimité. La question ici est de savoir si – après que la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré une norme contraire à la Constitution – le

législateur est tenu par une « interdiction de répétition » de la norme censurée, en d'autres termes, s'il lui est interdit d'adopter une nouvelle fois une loi au contenu pareil ou similaire à celui de la loi censurée. Sur cette question, la jurisprudence des deux Chambres de la Cour diverge depuis plus de vingt ans : Alors que la Seconde Chambre a très tôt affirmé une telle interdiction de réitérer la norme censurée en se fondant sur la teneur du § 31 alinéa 1 BVerfGG (cf. Recueil BVerfGE 1, 14 < 37 > ; cf. également Recueil BVerfGE 69, 112 < 115 >), la Première Chambre a refusé de conclure à une telle interdiction dans ses décisions ultérieures (cf. Recueil BVerfGE 77, 84 < 104 > ; 96, 260 < 263 > ; 98, 265 < 320 s. > ; 102, 127 < 141 >). L'argument central avancé par la Première Chambre tient au respect dont doivent bénéficier la liberté d'appréciation et la responsabilité du législateur démocratiquement légitimé. Celui-ci a la responsabilité particulière d'adapter l'ordre juridique à l'évolution des exigences de la société et des conceptions du droit, et en principe, il doit pouvoir exercer cette responsabilité par l'adoption d'une loi nouvelle au contenu pareil ou similaire à une autre loi. En outre, si le législateur était lié par une telle interdiction de répétition, cela conduirait à une fossilisation de la jurisprudence, car la Cour constitutionnelle fédérale ne peut pas corriger sa jurisprudence de sa propre initiative ; elle ne peut le faire qu'une fois qu'elle a été valablement saisie. Une fois rendues, les décisions de la Cour seraient immuables une fois pour toutes et ne laisseraient plus au législateur la marge d'appréciation pour procéder aux adaptations nécessaires aux évolutions sociales et économiques d'une société moderne, libre et dynamique.

La crainte qu'en l'absence d'une interdiction de répétition d'une norme censurée, il serait possible au législateur de passer outre, à volonté, à toute décision de la Cour constitutionnelle, vient évidemment à l'esprit. Toutefois, les considérations citées militent en faveur de trouver une solution non pas en liant juridiquement le législateur d'une manière stricte, mais en adoptant une démarche flexible. En cas de réitération d'une norme, la jurisprudence de la Première Chambre exige pour cette raison du législateur qu'il n'ignore pas les motifs pour lesquels la Cour constitutionnelle fédérale avait déclaré la première loi contraire à la Constitution. Il faut qu'il y ait des raisons particulières justifiant une nouvelle loi, raisons qui peuvent découler notamment d'un changement important des circonstances de droit ou de fait déterminantes pour l'examen de constitutionnalité, ou d'un changement des conceptions à la base d'un tel examen. En l'absence de telles raisons, la Cour constitutionnelle fédérale ne s'estime pas tenue de procéder à un nouvel examen de questions constitutionnelles déjà tranchées (cf. Recueil BVerfGE 96, 260 < 263 >) ; au contraire, elle mentionne alors qu'il s'agit de la répétition d'une norme censurée et s'abstient d'en examiner une nouvelle fois le contenu (cf. Recueil BVerfGE 102, 127 < 141 >). Ce raisonnement se fonde sur le principe constitutionnel non écrit selon lequel les organes constitutionnels se doivent respect mutuel, principe reconnu par la jurisprudence de la Cour (cf. par exemple Recueil BVerfGE 89, 155 < 191 > ; 119, 96 < 125 >) et qui exprime l'obligation des organes constitutionnels de faire preuve de considération les uns à l'égard des autres et de s'abstenir d'actions constituant un affront pour les autres organes constitutionnels. Dans le cas de figure mentionné ici, cela signifie concrètement qu'il est interdit au législateur de par la Constitution de remettre en cause l'autorité de la Cour en adoptant immédiatement après une décision de censure d'une loi par cette dernière une loi au contenu identique ou similaire.

L'importance pratique de la divergence de jurisprudence entre les deux Chambres ne doit toutefois pas être surestimée. Il est à supposer que la Seconde Chambre ne postule l'interdiction de répétition d'une norme censurée que sous réserve du principe de la « *clausula sic rebus stantibus* », ce qui conduit à penser qu'un changement des circonstances de fait, mais aussi de nouveaux arguments juridiques peuvent amener le législateur à adopter une nouvelle fois une certaine loi. L'effet obligatoire ne s'applique pas non plus à des normes au contenu similaire votées par le même législateur ou un législateur différent, mais qui n'étaient pas l'objet du recours ; l'effet obligatoire n'impose pas non plus au législateur d'abroger de telles dispositions.

7. La Cour constitutionnelle a-t-elle la possibilité d'exiger l'exécution de ses décisions à d'autres organismes publics et/ou d'établir la manière dont celles-ci seront mises en exécution à l'égard d'une certaine affaire ?

Initialement, il était prévu que le Président fédéral soit doté de la compétence d'exécuter les décisions de la justice constitutionnelle, tout comme le Président du *Reich* était compétent, sous l'empire de la Constitution de la République de Weimar, pour exécuter les décisions de la Haute Cour constitutionnelle (*Staatsgerichtshof*). Toutefois, eu égard aux compétences reconnues au Président fédéral par la Constitution, cette idée ne fut pas suivie, et c'est à la Cour constitutionnelle fédérale elle-même que fut attribuée la compétence de décider de l'exécution de ses décisions.

Le § 35 BVerfGG dispose que la Cour peut déterminer dans sa décision qui est chargé de l'exécuter. En outre, cette disposition permet à la Cour de fixer, pour les cas particuliers, « *les modalités de l'exécution* » de sa décision. Très tôt, la Cour constitutionnelle fédérale a eu recours à cette habilitation de type clause générale de compétence, afin de revendiquer à son profit la maîtrise de l'exécution de ses décisions. Dès 1957, elle a non seulement souligné sa position particulière en tant que l'un des organes constitutionnels suprêmes, mais a également jugé que le § 35 BVerfGG attribuait à la Cour « *toute compétence nécessaire pour assurer l'exécution de ses décisions* » (cf. Recueil BVerfGE 6, 300 < 303 >). La Cour revendique la prérogative d'ordonner toute mesure nécessaire pour « *assurer l'efficacité* » de ses décisions. En même temps, la Cour étend la notion « d'exécution » et l'interprète comme incluant toutes les mesures « *qui sont nécessaires pour mettre en place une situation de fait telle qu'elle est nécessaire pour la réalisation du droit tel qu'il a été interprété par la Cour constitutionnelle fédérale* ». Evidemment, la Cour constitutionnelle fédérale ne se reconnaît pas une maîtrise sans limite de l'exécution de ses décisions, mais souligne que la condition pour prendre des mesures concrètes d'exécution est la nécessité de telles mesures ; ce faisant, la Cour rappelle qu'elle est elle-même tenue par le principe de proportionnalité. A l'intérieur de ce cadre, la Cour s'estime compétente d'ordonner toute mesure « *qui permet d'aboutir de la manière la plus adéquate, rapide, utile, simple et efficace au résultat qui s'impose* » (cf. Recueil BVerfGE 6, 300 < 304 >).

Dès lors, la Cour constitutionnelle fédérale est aussi compétente pour charger des personnes, des autorités ou des organes soumis à la puissance publique allemande de mesures concrètes d'exécution de ses décisions selon le § 35 BVerfGG. Ce faisant, il

n'est pas indispensable que l'organisme chargé de cette exécution dispose lui-même de prérogatives de puissance publique, notamment de prérogatives de contrainte ; au contraire, des personnes privées peuvent se voir conférer des prérogatives de puissance publique par l'ordonnance d'exécution de la décision de la Cour. Ceci explique la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle fédérale connaît deux types de délégation de la compétence d'exécution : soit la Cour peut charger un organisme de manière générale de cette exécution et lui laisser un pouvoir discrétionnaire pour l'application des mesures d'exécution, soit elle peut charger un organe d'une mesure d'exécution concrète et déterminée et faire ainsi de ce délégué un « organe exécutif » de la Cour constitutionnelle fédérale (cf. Recueil BVerfGE 2, 139 < 142 s. >).

Il n'y a que peu de décisions pour l'exécution desquelles la Cour constitutionnelle fédérale a besoin du concours d'autres organes. En règle générale, la Cour peut assurer elle-même la réalisation de ses décisions, en adoptant des dispositions transitoires ou une ordonnance relative au maintien en vigueur d'une loi censurée. Une solution différente s'impose toutefois dans les cas – en pratique extrêmement rares – d'une procédure d'interdiction d'un parti politique. Ici, la Cour charge par exemple les ministres de l'Intérieur des Länder de procéder à la dissolution du parti interdit et de veiller à ce que l'interdiction de créer une organisation de substitution soit respectée (cf. Recueil BVerfGE 2, 1 < 2 >). De même, il peut s'avérer nécessaire de recourir au concours d'autres organes, lorsqu'il s'agit d'exécuter une ordonnance provisoire de la Cour. Ainsi la Cour constitutionnelle fédérale a-t-elle par exemple chargé un juge d'instruction de l'analyse de documents saisis et de l'examen de l'intérêt de ces documents pour le rassemblement de preuves par une commission d'enquête parlementaire (cf. Recueil BVerfGE 74, 7). Un autre exemple fondé sur la compétence attribuée à la Cour par le § 35 BVerfGG est celui de l'ordonnance rendue dans l'affaire relative au stockage préventif des données de télécommunication, ordonnance dans laquelle la Cour a jugé que les Länder devaient fournir au gouvernement fédéral des renseignements sur les effets pratiques de la loi (cf. Recueil BVerfGE 121, 1 < 28 s. >).