

Constitution et pratiques de la Constitution Rapport sur l'Allemagne

I. Les paramètres extérieurs de la réflexion sur la pratique constitutionnelle en Allemagne

Les particularités du droit constitutionnel allemand sous l'empire de la Loi fondamentale sont souvent expliquées comme des réactions aux erreurs commises sous la Constitution de Weimar ; à tout le moins, l'idée selon laquelle la Constitution de Weimar aurait permis ou favorisé des évolutions qui ont conduit à la catastrophe est largement répandue. Il s'agit d'un aspect qu'il convient de prendre en considération dans l'analyse du débat sur les rapports entre « Constitution et pratiques de la Constitution » ou, pour reprendre une traduction littérale des concepts allemands, entre « droit constitutionnel » (« Verfassungsrecht ») et « réalité constitutionnelle » (« Verfassungswirklichkeit »)¹ en Allemagne et, partant, dans l'examen des pratiques constitutionnelles susceptibles de s'écarter de la Constitution.

La Constitution de Weimar avait été conçue, après la fin de la Première Guerre mondiale, pour instaurer un nouvel ordre politique. Elle reposait en partie sur des strates plus anciennes du droit constitutionnel, mais comportait également des éléments expérimentaux. Elle ne fut pas aimée ; contrairement à ce qui s'est produit avec la Loi fondamentale, aucun « patriotisme constitutionnel »² ne s'est développé autour d'elle. Des éléments en apparence mineurs, mais revêtant une grande importance symbolique, tels que l'émergence d'une pratique relative au drapeau national différente de celle prescrite par la Constitution, montrent déjà que la norme et la réalité entretenaient, sous la République de Weimar, un rapport particulièrement conflictuel. La Constitution désignait ainsi le drapeau noir-rouge-or comme drapeau national, tandis qu'un drapeau noir-blanc-rouge portant les couleurs du Reich dans le canton supérieur intérieur était prévu comme pavillon marchand.³ Mais les prescriptions claires de la Constitution n'ont pas été respectées. Le drapeau noir-rouge-or n'était utilisé que par ceux qui soutenaient la République et la démocratie, tandis que les forces monarchistes et d'extrême droite s'identifiaient au second, en raison de la référence chromatique aux couleurs de l'Empire. Le conflit autour du drapeau de 1926 entraîna même la chute d'un gouvernement à la suite d'une instruction du gouvernement de hisser « le faux drapeau » sur les bâtiments des représentations diplomatiques à l'étranger.

¹ « Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit » est le titre d'un célèbre essai consacré à cette question, publié dans l'ouvrage de G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3^e éd. augm., De Gruyter, Berlin, Boston, 1966, p. 249-271.

² Le concept de « patriotisme constitutionnel » (*Verfassungspatriotismus*) a été forgé par le politologue allemand Dolf Sternberger, qui employa cette expression pour la première fois en 1970 avant de la populariser dans un article publié dans la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* le 23 mai 1979.

³ Voir Article 3 de la Constitution de Weimar.

Le décalage entre le droit constitutionnel et la pratique constitutionnelle fut cependant beaucoup plus grave dans le domaine de la réglementation de l'état d'exception. Le célèbre article 48 de la Constitution de Weimar⁴ permettait au président du *Reich* d'adopter des décrets d'urgence. Cette faculté fut d'abord utilisée à de nombreuses reprises, mais de manière conforme à la Constitution, afin de surmonter des situations de crise. Il se développa toutefois progressivement une pratique constitutionnelle dans laquelle l'instrument d'exception prévu par l'article 48 de la Constitution de Weimar devint un substitut à la législation parlementaire ordinaire. Au plus tard lorsque des projets de loi rejetés par le Reichstag furent transformés en décrets d'urgence, cette pratique dépassa les limites constitutionnelles de l'article 48 et conduisit à une vidange progressive de la substance de l'État constitutionnel parlementaire.

Sous le régime national-socialiste, à partir de 1933, un changement qualitatif se produisit : la pratique politique ne visait désormais plus à mettre en œuvre la Constitution de Weimar. Celle-ci continua formellement d'exister, mais elle perdit sa fonction de cadre normatif de l'ordre politique. La pratique qui se développa par la suite ne peut dès lors plus être interprétée comme une pratique constitutionnelle, mais comme une pratique détachée de la Constitution.

Dans ce contexte, il revêtait une importance capitale pour les auteurs de la Loi fondamentale d'empêcher qu'une pratique constitutionnelle à nouveau en opposition diamétrale avec le droit constitutionnel puisse se développer et ainsi remettre en cause la force normative de la Constitution. C'est ce qui explique notamment la création d'une juridiction constitutionnelle conçue comme « gardienne de la Constitution » (« Hüter der Verfassung »).⁵ Il s'agissait de pouvoir qualifier de manière autoritative les pratiques contraires à la Constitution de « pratiques inconstitutionnelles » et, par là même, de parvenir à une clarification sans ambiguïté. C'est dans cette perspective que le constitutionnaliste Rudolf Smend, qui avait déjà enseigné sous la République de Weimar, put reprendre, en 1962, lors du discours prononcé à l'occasion du dixième anniversaire de la Cour constitutionnelle fédérale, la célèbre citation d'Oliver Wendell Holmes⁶ et

⁴ Article 48 de la Constitution de Weimar (la partie la plus importante: ... « Le président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis au sein du Reich, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement ; en cas de besoin, il peut recourir à la force. A cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153. Le président du Reich doit sans retard communiquer au Reichstag toutes les mesures prises en application du premier ou du deuxième alinéa du présent article. Ces mesures doivent être abrogées à la demande du Reichstag. ... »).

⁵ H. Kelsen, « Wer soll der Hüter der Verfassung sein? », in R. Chr. van Ooyen (dir.), *Hans Kelsen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2^e édition, 2019, p. 58 sq. (initialement publié dans *Die Justiz*, 1930/31, vol. VI, p. 576–628). Kelsen développe son idée de la Cour constitutionnelle comme gardienne de la Constitution dans le cadre de sa controverse avec Carl Schmitt. Il lui attribue la fonction de contrôler la constitutionnalité des lois et, partant, de contrôler le législateur, et non celle de contrôler une pratique constitutionnelle qui s'écarterait de la Constitution. Il considère néanmoins la justice constitutionnelle comme une garantie de l'effectivité normative de la Constitution.

⁶ O. W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review* 1897 n°10, p. 457–478 (461): « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law. »

constater que la Loi fondamentale était, en pratique, identique à son interprétation par la Cour constitutionnelle fédérale.⁷

Cette réflexion soulève toutefois une question particulièrement intéressante : dans quelle mesure la Cour constitutionnelle fédérale elle-même peut-elle contribuer à créer une pratique constitutionnelle qui s'écarte de la Constitution ? Jusqu'à quel point la transformation constitutionnelle (« *Verfassungswandel* ») modifie-t-elle l'interprétation de la Constitution et conduit-elle à l'émergence d'une nouvelle pratique constitutionnelle ? Et peut-il également se développer – malgré l'étendue considérable des compétences juridictionnelles de la Cour constitutionnelle fédérale – une pratique qui s'écarte des exigences normatives de la Constitution ?

Les deux particularités qui caractérisent en Allemagne la réflexion sur une pratique politique potentiellement contraire à la Constitution sont ainsi, d'une part, l'héritage historique et, d'autre part, la position forte de la Cour constitutionnelle fédérale, non seulement en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution, mais également au sein du système politique dans son ensemble.

II. Définitions et concepts

Le terme français « pratique de la Constitution » peut être traduit littéralement en allemand par « *Verfassungspraxis* ». Toutefois, ce concept recouvre plusieurs strates de signification, qui font l'objet de discussions sous d'autres notions. Dans le cadre d'une comparaison juridique fonctionnelle, celles-ci doivent donc également être prises en considération. En outre, le terme « pratique de la Constitution » lui-même peut être compris de différentes manières.

A. Pratique de la constitution (« *Verfassungspraxis* »)

1. La détermination de la pratique constitutionnelle par le juge constitutionnel

En reprenant le constat formulé par Rudolf Smend au début des années 1960, soit dix ans après la création de la Cour constitutionnelle fédérale, on peut identifier une première strate de signification du concept de pratique constitutionnelle : le droit constitutionnel tel qu'il est interprété par la Cour constitutionnelle fédérale. La Cour constitutionnelle fédérale ayant développé de manière innovante et créative les méthodes classiques d'interprétation⁸ et ayant dégagé, à partir de la lettre de la Constitution, des solutions à des questions sociales et politiques nouvelles,⁹ il est possible de constater une différence sensible entre le texte de la Constitution – modifié plus de soixante fois entre 1949 et 2026 – et la conception du droit constitutionnel en vigueur.

⁷ R. Smend, « Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962 », in: *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1963, p. 23-37 (24).

⁸ E.-W. Böckenförde, « Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik », *NJW*, 1976, p. 2089-2099.

⁹ Voir le jugement sur le climat : Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 24 mars 2021, 1 BvR 2656/18 et *al.*, BVerfGE 157, 30.

Ces différences sont considérables, d'une part parce que la jurisprudence a parfois modifié durablement l'équilibre des pouvoirs au sein de l'État et, d'autre part, parce que tant de nouveaux droits fondamentaux ont été consacrés que les droits fondamentaux non écrits semblent désormais recouvrir les droits fondamentaux expressément inscrits dans la Constitution. Un exemple très connu du déplacement de l'équilibre des pouvoirs entre les organes de l'État est la réserve dite parlementaire (« *Parlamentsvorbehalt* ») en matière de déploiement de la Bundeswehr à l'étranger, qui n'est pas prévue par le texte constitutionnel, mais qui a été développée dans les années 1990 puis progressivement précisée.¹⁰

Parmi les droits fondamentaux qui ne figurent pas dans la Loi fondamentale, mais qui ont connu une remarquable carrière tant en Allemagne qu'à l'étranger, on peut citer le droit à l'autodétermination informationnelle,¹¹ le droit général de la personnalité¹² ou encore le droit fondamental à la garantie de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes informatiques (« *Computergrundrecht* »).¹³ De même, l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou sur l'âge ne figure pas dans la Constitution,¹⁴ mais fait partie de la pratique constitutionnelle vécue.¹⁵

2. La pratique politique dans le cadre de la Constitution

« Pratique de la Constitution » peut également être interprétée comme une pratique politique qui s'écarte du texte de la Constitution et dont il est controversé de savoir si elle demeure dans le cadre de la Constitution ou non. Une telle pratique politique s'est souvent développée dans des domaines dans lesquels la Loi fondamentale ne contient aucune réglementation ou seulement des dispositions très rudimentaires. Il est toutefois également possible que la pratique ait révélé que la conception ou les choix de la Loi fondamentale ne correspondent pas aux exigences de la vie politique quotidienne. Il existe de très nombreux exemples de ces deux phénomènes.

¹⁰ Cour constitutionnelle fédérale, jugement du 12 juillet 1994 – 2 BvE 3/92 *et al.*, BVerfGE 90, 286 (381 sq.); Cour constitutionnelle fédérale, jugement du 23 septembre 2015 – 2 BvE 6/11, BVerfGE 140, 160 (168 sq.).

¹¹ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 15 décembre 1983, 1 BvR 209/83 *et al.*, BVerfGE 65, 1 (41 sq.).

¹² Le droit général de la personnalité a d'abord été reconnu en 1954 par la Cour fédérale de justice (jugement du 25 mai 1954 – I ZR 211/53, BGHZ 13, 334 (337 sq.) – *Leserbrief*) en tant que droit civil, avant d'être développé par la Cour constitutionnelle fédérale en tant que droit fondamental de nature constitutionnelle, sur le fondement de l'article 2, alinéa 1, lu en combinaison avec l'article 1, alinéa 1, de la Loi fondamentale (Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 16 juillet 1969 – 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1 (6) – *Mikrozensus*).

¹³ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 27 février 2008 – 1 BvR 370/07 et 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274 (302 sq.).

¹⁴ Article 3 alinéa 3 de la Loi fondamentale : « Nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être discriminé en raison de son handicap. »

¹⁵ La Cour constitutionnelle fédérale n'a pas intégré l'orientation sexuelle aux critères de discrimination énumérés à l'article 3, alinéa 3, de la Loi fondamentale. Elle la soumet toutefois, sur le fondement de l'article 3, alinéa 1, à un contrôle particulièrement strict, proche de celui applicable aux critères énumérés à l'article 3, alinéa 3 (voire : Cour constitutionnelle fédérale, jugement du 7 juillet 2009 – 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199 – *Lebenspartnerschaftsgesetz*).

Ainsi, la Loi fondamentale ne réglemente pas les accords de coalition (« Koalitionsvereinbarungen »). En raison de la réalité politique, dans laquelle il est extrêmement rare qu'un parti dispose à lui seul de la majorité absolue au niveau fédéral et puisse former seul le gouvernement, les accords de coalition constituent un élément essentiel de l'exercice du pouvoir gouvernemental. La Loi fondamentale ne prévoit en revanche que le pouvoir du Chancelier fédéral de déterminer les grandes orientations de la politique gouvernementale (« Richtlinienkompetenz »).¹⁶ La tension potentielle entre ce pouvoir de détermination des orientations et les accords de coalition n'est pas réglementée ; dans la pratique, ces derniers ont en tout état de cause acquis un poids que la Loi fondamentale n'avait pas prévu.

Il en va de même des groupes parlementaires des partis (« Fraktionen »). Ceux-ci ne sont pas réglementés par la Loi fondamentale et ne sont mentionnés qu'incidemment dans une disposition.¹⁷ Les règles qui leur sont applicables figurent essentiellement dans des normes infra-constitutionnelles.¹⁸ Dans la réalité, les groupes parlementaires constituent toutefois l'un des facteurs les plus déterminants du parlementarisme allemand. Des contradictions entre la Constitution écrite et la pratique peuvent notamment résulter de la discipline de groupe (« Fraktionszwang »), qui entre en tension avec le mandat libre ;¹⁹ cette question a toutefois fait l'objet d'un certain nombre de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale.²⁰

Les partis eux-mêmes ne sont finalement réglementés que de manière rudimentaire par la Loi fondamentale ;²¹ une pratique politique détaillée s'est développée en ce qui concerne leurs droits et leurs obligations.

Enfin, le Bundesrat constitue lui aussi un exemple du décalage entre la conception constitutionnelle et la réalité constitutionnelle. Selon la Constitution, le Bundesrat est l'organe de représentation des Länder. Dans la réalité politique, toutefois, en raison des différentes configurations partisans des gouvernements des Länder, il constitue un contrepoids politique et partisan au Bundestag.

B. Concepts connexes

1. Droit constitutionnel coutumier (« Verfassungsgewohnheitsrecht »)

Il convient de mentionner encore comme concept connexe le « droit coutumier constitutionnel » (« Verfassungsgewohnheitsrecht ») ; en allemand, on emploie également l'expression « principes constitutionnels non écrits » (« ungeschriebene Verfassungsgrundsätze »). Il s'agit de règles considérées comme indispensables à la

¹⁶ Article 65 de la Loi fondamentale : « Le Chancelier fédéral fixe les grandes orientations de la politique et en assume la responsabilité. »

¹⁷ Art. 53a alinéa 1, 2^e phrase GG.

¹⁸ La Loi sur le statut juridique des membres du Bundestag allemand (« Abgeordnetengesetz ») et le Règlement du Bundestag allemand (« Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages »).

¹⁹ Article 38 : « Les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience. »

²⁰ Voir notamment Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 4 juillet 2005 – 2 BvE 2/04, BVerfGE 112, 118.

²¹ Article 1 de la Loi fondamentale.

pratique, qui ne figurent pas dans le texte de la Constitution, mais qui sont traitées comme si elles en faisaient partie. Les exemples les plus connus sont, d'une part, le principe de fidélité fédérale (« Bundestreue »), qui régit les relations entre les Länder et la Fédération, et, d'autre part, le principe de coopération loyale entre les organes constitutionnels (« Gebot des loyalen Zusammenwirkens der Verfassungsorgane »), auquel il est fait référence chaque fois qu'un conflit oppose des organes constitutionnels et que sa résolution exige des concessions de part et d'autre. Il est en outre reconnu qu'il existe un certain nombre de compétences législatives non écrites permettant de délimiter, d'une part, les compétences des Länder et, d'autre part, celles de la Fédération.

2. Transformation constitutionnelle (« Verfassungswandel »)

Lorsqu'on examine la réflexion doctrinale consacrée à la question de la pratique constitutionnelle, la notion de transformation constitutionnelle (« Verfassungswandel ») se trouve nécessairement au centre de l'attention. Il s'agit de l'idée selon laquelle l'interprétation des exigences constitutionnelles peut évoluer sous l'effet de changements politiques et sociaux, alors même que le texte de la Constitution demeure inchangé.

III. La problématique d'une pratique incompatible avec la Constitution

A. L'interprétation de la Constitution et la pratique inconstitutionnelle

La question de savoir à partir de quel moment une pratique doit être considérée comme incompatible avec la Constitution et quand elle peut encore être regardée comme s'inscrivant dans le cadre constitutionnel dépend avant tout de la théorie de l'interprétation de la Constitution. Il est certes certain que le libellé des normes ne constitue qu'un point de départ de l'interprétation, de sorte que la seule constatation d'une contradiction entre le texte littéral de la Constitution et une pratique ne devrait pas, à elle seule, suffire à conclure à l'inconstitutionnalité. La limite est toutefois assurément atteinte lorsqu'une pratique contredit clairement l'esprit d'une disposition constitutionnelle, tel qu'il peut être dégagé par une interprétation téléologique, et, plus particulièrement, l'esprit de la Constitution dans son ensemble. Cette limite a été maintes fois recherchée et précisée dans la littérature juridique. Dans son célèbre texte « Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit », Gerhard Leibholz écrit :

« Cette intégration de la réalité politique dans la teneur matérielle en valeurs de la Constitution trouve sa limite là où cette réalité politique tend à modifier le sens matériel de la Constitution, qui demeure un sens normatif. »²²

Leibholz en donne un exemple particulièrement éclairant.²³ Ainsi, dans la pratique, à l'époque du national-socialisme, le terme d'« État de droit » (« Rechtsstaat »), inscrit dans

²² G. Leibholz, « Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit », in G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3^e éd. augm., De Gruyter, Berlin, Boston, 1966, p. 249-271, spéc. p. 251.

²³ Idem, p. 252.

la Constitution de Weimar, fut d'abord interprétée comme désignant un « État légal formel » (« formaler Gesetzesstaat »), considérant ainsi que la seule conformité à la loi suffisait à satisfaire aux exigences de l'État de droit. Progressivement, cette conception de l'« État légal formel » fut remplacée par celle du « véritable État de droit national-socialiste » (« wahrer nationalsozialistischer Rechtsstaat »). Par là même, on se plaça clairement en contradiction avec l'esprit de la Constitution de Weimar.

B. Typologie des pratiques inconstitutionnelles

Si l'on cherche à systématiser les pratiques incompatibles avec la Constitution, il conviendrait, compte tenu de l'importance considérable de la justice constitutionnelle, de distinguer entre, d'une part, une pratique politique qui n'a jamais fait l'objet d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale et, d'autre part, une pratique politique qui n'est pas conforme à la Constitution, mais qui a néanmoins été acceptée par la Cour constitutionnelle fédérale. Dans ce scénario, l'argumentation de la Cour constitutionnelle fédérale peut soit se fonder sur l'idée que l'évolution sociale a entraîné une évolution de l'interprétation de la Constitution et a rendu nécessaire une nouvelle interprétation, soit sur l'idée que la Loi fondamentale doit être adaptée à la réalité politique, faute de quoi le fonctionnement du système politique serait remis en cause.

Dans ce contexte également, il est utile de donner des exemples.

1. Justification d'une pratique inconstitutionnelle par l'évolution sociale

Lorsqu'il s'agit de montrer qu'une évolution du droit constitutionnel, allant à l'encontre du texte de la Constitution, était nécessaire, il convient de garder à l'esprit que la réalité sociale à l'époque de l'élaboration de la Loi fondamentale était encore profondément marquée par les conceptions du XIXe siècle. Ainsi, en matière de droits fondamentaux, on distinguait entre les droits reconnus à toute personne et les droits politiques²⁴ réservés aux seuls citoyens.²⁵ C'est notamment le cas de la liberté de réunion et de la liberté professionnelle.

Toutefois, une distinction aussi stricte n'était plus adaptée à une société de plus en plus ouverte et caractérisée par une population de plus en plus diverse, et elle n'était d'ailleurs plus souhaitée. C'est pourquoi s'est développée une pratique politique consistant à reconnaître également les droits politiques, à l'exception du droit de vote, aux personnes qui ne possèdent pas la nationalité allemande. La Cour constitutionnelle fédérale a eu recours à un artifice interprétatif afin de ne pas statuer à l'encontre du libellé univoque de la Constitution : elle a protégé les droits politiques des étrangers par l'intermédiaire du droit général au libre épanouissement de la personnalité (l'article 2 de la Loi fondamentale). Les droits des non-ressortissants ne se situent donc pas tout à fait au même niveau, mais ils ont néanmoins été, contrairement à ce que prévoyait initialement la Constitution, largement alignés.

²⁴ « Jedermanns-Rechte ».

²⁵ « Deutschenrechte ... ».

Mais, dans ce cas, il est également possible de considérer qu'il s'agit d'une évolution de l'interprétation de la Constitution et de nier l'existence d'une pratique inconstitutionnelle.

La Cour constitutionnelle fédérale elle-même confirme la nécessité d'adapter la compréhension de la Constitution à une réalité en constante évolution.

Une disposition constitutionnelle peut connaître une « évolution de sa signification lorsque de nouveaux faits, qui n'avaient pas été prévus, apparaissent dans son domaine, ou lorsque des faits connus, du fait de leur insertion dans le déroulement d'ensemble d'une évolution, apparaissent sous un jour nouveau ou prennent une signification nouvelle ».²⁶

2. Justification d'une pratique inconstitutionnelle par une nécessité politique

L'autre hypothèse est celle dans laquelle se développe une pratique politique incompatible avec la Constitution, mais qui est néanmoins considérée comme politiquement nécessaire ; on voit ici apparaître un phénomène que l'on pourrait qualifier de « pragmatisme constitutionnel ».

Un exemple célèbre en est la question de confiance (« Vertrauensfrage ») fictive suivie de la dissolution du Parlement. En raison de l'instabilité politique qui avait marqué la période de Weimar, on s'est efforcé, sous le régime de la Loi fondamentale, d'éviter des changements fréquents de gouvernement. C'est pourquoi une motion de défiance constructive (« konstruktives Misstrauensvotum ») a été prévue : la mise en cause de la confiance du Bundestag dans le Chancelier fédéral devait s'accompagner de l'élection d'un nouveau Chancelier fédéral.

Dans la pratique politique, il a toutefois été considéré comme nécessaire de disposer, en outre, d'un instrument permettant de provoquer de nouvelles élections au cours de la législature. À cette fin, la question de confiance a été utilisée de telle manière que les « propres troupes » du Chancelier fédéral lui refusent — contrairement à leur conviction réelle — la confiance, généralement en s'abstenant, afin de permettre, sur la base d'une perte de confiance fictive, de provoquer de nouvelles élections.

Bien qu'il s'agisse clairement d'un détournement de la question de confiance et d'un contournement de la motion de défiance constructive prévue par la Constitution, la Cour constitutionnelle fédérale a accepté cette pratique et a jugé qu'il s'agissait, en définitive, d'une question de nature politique.²⁷ La pratique a ainsi pris le pas sur le droit et la pratique, pourtant initialement contraire à la Constitution, s'est consolidée.

C. Développement de la doctrine

²⁶ Cour constitutionnelle fédérale, jugement du 1 juillet 1953 – 1 BvL 23/51, BVerfGE 2, 380 (401), traduit par l'auteur.

²⁷ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 16 février 1983 – 2 BvE 1/83, BVerfGE 62, 1; Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 25 août 2005 – 2 BvE 4/05 et 2 BvE 7/05, BVerfGE 114, 121.

1. La doctrine de Weimar

Dans la doctrine constitutionnelle allemande, dès l'époque de Weimar, on trouve une réflexion intéressante sur la question de la tension entre la Constitution et la pratique constitutionnelle. L'un des auteurs les plus importants est Rudolf Smend, connu pour sa théorie de l'intégration (« Integrationslehre »). Son point de départ est que la Constitution doit permettre le processus d'intégration sociale :

« La Constitution est l'ordre juridique de l'État, plus précisément de la vie dans laquelle l'État a sa réalité, à savoir de son processus d'intégration. »²⁸

Selon lui, l'interprétation de la Constitution peut et doit évoluer au-delà du texte constitutionnel lorsqu'elle permet ainsi de mieux réaliser la fonction d'intégration qui lui incombe.

« Le résultat ainsi assigné peut être atteint, dans le flux de la vie politique, de bien des manières par des voies qui ne sont pas exactement conformes à la Constitution : alors l'accomplissement de la fonction d'intégration, assignée aussi bien par la légalité axiologique de l'esprit („Wertgesetzlichkeit des Geistes“) que par les articles de la Constitution, correspondra, malgré ces écarts particuliers, davantage au sens même de la Constitution qu'une vie constitutionnelle fidèle aux paragraphes, mais plus imparfaite dans ses résultats. »²⁹

Smend va même plus loin et préconise une interprétation de la Constitution orientée vers l'objectif d'intégration et fondée ainsi davantage sur son esprit que sur son libellé :

« C'est donc le sens même de la Constitution, et non sa lettre, qui, en orientant son intention non pas vers les détails, mais vers la totalité de l'État et la totalité de son processus d'intégration, non seulement permet, mais exige cette interprétation souple et complémentaire de la Constitution, qui s'écarte à bien des égards de toutes les autres formes d'interprétation juridique. »³⁰

Selon cette conception, une pratique qui ne serait pas conforme à la Constitution pourrait donc, en principe, être justifiée dès lors qu'elle contribue au processus d'intégration.

Hermann Heller, autre grand spécialiste du droit de l'État de l'époque de Weimar, s'est également penché sur cette question. Il parle d'un « être façonné par la norme » (« normgeformtes Sein ») :

« De même que la dynamique et la statique ne doivent pas être totalement dissociées, la normalité et la normativité, l'être et le devoir-être ne sauraient l'être

²⁸ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München, Leipzig, 1928, p. 78 (traduit par l'auteure).

²⁹ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München, Leipzig, 1928, p. 78.

³⁰ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München, Leipzig, 1928, p. 78 sq.

dans le concept de la Constitution. Toute Constitution politique ne peut être conçue que comme un être façonné par la norme. »³¹

Il distingue ainsi la « normalité » et la « normativité ». Il reconnaît que les normes sont statiques, tandis que le monde vécu est en constante évolution. Cette contradiction peut toutefois être surmontée par l'adaptation imperceptible des normes à l'évolution des circonstances. Il considère l'État comme une « forme de vie organisée » dont la Constitution va au-delà de la norme :

« C'est pourquoi nous définissons l'État comme une forme de vie organisée, dont la constitution se caractérise non seulement par ce qui est normé et juridiquement organisé, mais aussi par le comportement des acteurs qui, bien que non normé, est néanmoins devenu normalisé ». ³²

Il conçoit donc la Constitution dans un sens plus large et y inclut également ce qui n'est pas « normé », mais qui est néanmoins « normalisé ».

2. La doctrine après 1949

Le texte fondamental de la doctrine allemande du droit public qui, après 1949, se penche sur la tension entre le droit constitutionnel et la réalité constitutionnelle est le texte de Leibholz déjà mentionné. À travers l'exemple de l'évolution de la signification des partis politiques, il montre que le texte de la Constitution et la réalité constitutionnelle ne sauraient être envisagés séparément. Selon lui, il serait erroné d'adopter un « pur normativisme », qui « rendrait le droit étranger à la vie et à la réalité et ne permettrait pas de rendre justice aux tâches créatrices de ceux qui sont appelés à interpréter une Constitution ». ³³ Mais il serait tout aussi erroné d'adopter un « sociologisme exclusivement orienté vers la réalité constitutionnelle » qui « placerait la norme constitutionnelle à la disposition exclusive des forces politiques et sociales qui se trouvent derrière la réalité. » ³⁴ Cette tension dialectique doit être résolue par une interprétation qui prend en considération la réalité.

On peut encore citer d'autres auteurs, notamment Konrad Hesse, qui considère la pratique constitutionnelle comme un moteur essentiel de l'évolution de la Constitution, tout en soulignant qu'elle demeure soumise à la Constitution normative. ³⁵ Pour Peter Häberle, la Constitution est moins un ensemble statique de normes qu'un processus culturel ouvert. ³⁶ Selon Peter Badura également, une pratique étatique durable peut avoir

³¹ H. Heller, *Staatslehre*, édité par G. Niemeyer, Leiden, Sijthoff, 1934, p. 250.

³² H. Heller, *Staatslehre*, édité par G. Niemeyer, Leiden, Sijthoff, 1934, p. 251.

³³ G. Leibholz, « Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit », in G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3^e éd. augm., De Gruyter, Berlin, Boston, 1966, p. 249–271, spéc. p. 270.

³⁴ *Idem*, p. 271.

³⁵ K. Hesse, « Grenzen der Verfassungswandlung », in *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin 1973, p. 123–141.

³⁶ Peter Häberle a développé ces idées notamment dans son article « Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation », *JZ*

une valeur indicative pour l'interprétation de la Constitution et fournir ainsi une clé permettant d'en déterminer le sens, sans pour autant acquérir, sauf exceptionnellement, valeur de droit constitutionnel.³⁷

La discussion porte ainsi principalement sur la mesure dans laquelle la pratique politique doit être prise en considération dans l'interprétation, sur la question de savoir si la pratique politique peut modifier la compréhension de la Constitution et sur les limites qui doivent être fixées à cet égard. En revanche, la question de savoir dans quelle mesure une pratique contraire à la Constitution peut être empêchée ou, lorsqu'elle se développe, sanctionnée, est moins fréquemment posée.

IV. Les mécanismes de prévention

Comme l'analyse des différentes théories l'a montré, une conception de la Constitution adaptée à l'évolution de la réalité sociale ne saurait être qualifiée négativement d'« inconstitutionnelle » ; elle reflète au contraire le rapport inévitable entre la stabilité de la norme et le dynamisme de l'évolution sociale. Si, toutefois, la pratique politique s'éloigne véritablement non seulement de la lettre, mais aussi du sens de la Constitution, il convient alors de se demander comment il est possible d'y mettre un terme.

A. Contrôle par le juge constitutionnel

En droit constitutionnel allemand, la Loi fondamentale apporte une réponse à cette question en conférant à la Cour constitutionnelle fédérale de larges compétences de contrôle. La Cour n'est toutefois pas habilitée à agir de sa propre initiative. Dans le processus politique, en revanche, de nombreux acteurs, qui ont généralement des intérêts divergents, sont habilités à saisir la Cour afin de faire contrôler une pratique potentiellement inconstitutionnelle. Il convient notamment de mentionner à cet égard le contrôle abstrait des normes (abstrakte Normenkontrolle) et le litige entre organes constitutionnels (Organstreitverfahren) ; lorsque des droits fondamentaux sont en cause, le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) peut également entrer en considération.

B. Contrôle par le juge européen et international

L'Allemagne étant intégrée dans un système à plusieurs niveaux, composé de strates superposées du droit allemand, du droit européen et du droit international, et la Constitution lui imposant de respecter tant les normes du droit européen que celles du droit international, une pratique contraire à la Constitution peut également se révéler contraire au droit européen ou au droit international. Dans ces cas, un contrôle par les juridictions européennes et internationales est possible, notamment par la Cour de

1975, p. 297–305, repris dans son ouvrage *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, p. 155–178.

³⁷ P. Badura, „Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht“, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII: *Normativität und Schutz der Verfassung*, Heidelberg 1992, § 160, par. 23–26.

justice de l'Union européenne (CJUE), la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour internationale de Justice (CIJ).

Ainsi, la non-transposition d'une directive européenne – et la pratique qui en découle – constitue non seulement une violation du droit européen,³⁸ mais également une violation de l'obligation constitutionnelle de respecter les exigences du droit de l'Union européenne.³⁹

Un exemple serait la transposition incomplète de la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. La directive n'ayant pas été transposée, elle n'a pas non plus été appliquée lors de l'autorisation de la centrale électrique de Großkrotzenburg.

La CJUE a précisé que la Commission peut engager une procédure en manquement non seulement en raison de l'absence de transposition de la directive en tant que telle, mais également lorsqu'une autorité nationale n'a pas appliqué une directive qui n'avait pas encore été transposée.⁴⁰ Une pratique qui constituait ainsi à la fois une violation de la Constitution et une violation du droit de l'Union a donc été censurée par la CJUE.

Un contrôle par la CEDH est également possible lorsqu'une pratique contraire à la Constitution porte atteinte à des droits garantis par la CEDH.

Un exemple célèbre est l'affaire relative à la détention de sûreté (Sicherungsverwahrung). À la suite d'une modification législative, la durée maximale de dix ans de la détention de personnes condamnées pour prévenir la commission de nouvelles infractions avait été supprimée, de sorte que des personnes condamnées pouvaient continuer à être détenues après l'expiration de la peine fixée par le tribunal. Le Bundesverfassungsgericht avait déclaré cette nouvelle réglementation compatible avec la Constitution sous des conditions strictes, sur la base d'une mise en balance entre les droits à la liberté de l'individu et les intérêts de la collectivité à sa protection, lorsque étaient en cause des infractions particulièrement graves, telles que le viol ou le meurtre, et qu'il existait un pronostic clair de récidive.⁴¹

Du point de vue de la CEDH, il s'agissait toutefois d'une violation manifeste de l'article 5 § 1 de la Convention ainsi que de l'interdiction de la rétroactivité consacrée par l'article 7 § 1 de la Convention.⁴² Le Bundesverfassungsgericht s'est alors déclaré disposé à réexaminer sa propre décision et a finalement déclaré la réglementation législative dans

³⁸ Voir l'obligation découlant de l'article 288, troisième alinéa, TFUE: « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. »

³⁹ Dès lors que l'article 23, paragraphe 1, de la Loi fondamentale engage la République fédérale d'Allemagne à participer à l'intégration européenne et comporte également une obligation de garantir l'effectivité et la mise en œuvre du droit de l'Union, le respect et la mise en œuvre du droit de l'Union sont également garantis sur le plan constitutionnel.

⁴⁰ CJCE, arrêt du 11 août 1995, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, C-431/92, Rec. 1995, p. I-2189, ECLI:EU:C:1995:260.

⁴¹ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 5 février 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133–190.

⁴² CEDH, arrêt du 17 décembre 2009, M. c. Allemagne, requête n° 19359/04.

son ensemble contraire à la Constitution.⁴³ Cela signifie qu'une pratique constitutionnelle contraire à la Constitution, initialement confortée par la loi, a pu se maintenir dans un premier temps, mais a finalement été corrigée à la suite de l'intervention de la CEDH.

Une violation d'un traité international, du droit international coutumier ou des principes généraux du droit international constitue toujours également une violation de la Loi fondamentale, qui impose le respect du droit international.⁴⁴ D'une part, il convient de déterminer si une pratique fondée sur l'article 26, paragraphe 2, de la Loi fondamentale, permettant d'autoriser des livraisons d'armes à destination d'une zone de conflit dans laquelle un risque de génocide est allégué, est compatible avec la Loi fondamentale. Un argument supplémentaire peut être fondé sur les obligations de protection qui s'imposent à l'État même à l'égard de personnes se trouvant à l'étranger, que la Cour constitutionnelle fédérale a explicitement reconnues dans une décision relative au Yémen.⁴⁵ Néanmoins, la Cour a jugé la pratique d'autorisation des livraisons d'armes à destination d'Israël conforme à la Constitution.⁴⁶

D'autre part, on reproche à l'Allemagne d'apporter ainsi une aide à la commission d'un génocide et de violer, de ce fait, tant la Convention sur le génocide que les normes impératives du droit international général (jus cogens). Une affaire correspondante est actuellement pendante devant la Cour internationale de Justice à La Haye.⁴⁷

La connaissance de la possibilité d'un contrôle juridictionnel d'une pratique potentiellement contraire à la Constitution devrait avoir un certain effet dissuasif.

C. Facteur dans la discussion politique

D'une manière générale, on peut dire que la question de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité d'une pratique politique détermine souvent le débat politique et que, de ce fait, les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale revêtent une importance toute particulière. Cela vaut notamment pour la question, centrale pour la vie politique, de la dissolution du Bundestag sur le fondement d'une question de confiance fictive, qui s'est posée pour la première fois en 1972 sous le gouvernement de Willy Brandt. La pratique suivie par la

⁴³ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09 et autres, BVerfGE 128, 326.

⁴⁴ La violation d'un traité international ratifié par l'Allemagne constitue une violation de l'article 59, paragraphe 2, de la Loi fondamentale ; la violation du droit international coutumier ou des principes généraux du droit international constitue une violation de l'article 25 de la Loi fondamentale.

⁴⁵ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 15 juillet 2025, 2 BvR 508/21, « Déploiement de drones à Ramstein », notamment Rn. 81 et 94.

⁴⁶ Cour constitutionnelle fédérale, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 3. Februar 2026 – 2 BvR 1626/25.

⁴⁷ CIJ, *Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au Territoire palestinien occupé (Nicaragua c. Allemagne)*, affaire n° 193, requête du 1er mars 2024; voire en particulier l'ordonnance concernant des mesures conservatoires: CIJ, ordonnance du 30 avril 2024, *Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au Territoire palestinien occupé (Nicaragua c. Allemagne)*, demande en indication de mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2024, p. 231, 23, 24. La Cour constate: « Il importe particulièrement à la Cour de rappeler à tous les États leurs obligations internationales relatives au transfert d'armes à des parties à un conflit armé, afin d'éviter le risque que ces armes puissent être utilisées pour violer les conventions susmentionnées. »

suite, d'abord par le gouvernement de Helmut Kohl, puis par celui de Gerhard Schröder, a été soumise à deux reprises à la Cour constitutionnelle fédérale. Comme indiqué précédemment, la Cour n'a toutefois censuré cette pratique dans aucun des deux cas.

V. Les mécanismes de sanction

A. Constat d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle fédérale

La Cour constitutionnelle fédérale ne peut pas seulement déclarer des lois inconstitutionnelles et, partant, nulles ; elle peut également mettre fin à des pratiques contraires à la Constitution. En outre, la possibilité de statuer en urgence fait de cet instrument un moyen particulièrement efficace.

Un exemple célèbre est celui de l'instauration d'une pratique consistant, lors de l'adoption de lois dans des délais très courts, à mettre les documents à la disposition des députés si tardivement qu'ils ne disposent plus d'un temps suffisant pour se familiariser avec la matière et prendre une décision en connaissance de cause. Un député s'est opposé à cette pratique et a saisi la Cour constitutionnelle fédérale. L'affaire concernait la loi portant modification de la loi sur la performance énergétique des bâtiments (Gebäudeenergiegesetzänderungsgesetz), une loi à la fois très importante et particulièrement controversée.

La Cour constitutionnelle fédérale a alors rendu une ordonnance de référé et interdit au Bundestag de procéder à la deuxième et à la troisième lecture au cours de la même semaine de session. Or, la Constitution ne prévoit aucune règle précise quant au temps devant être laissé aux députés pour prendre connaissance des documents. Il découle toutefois du principe du mandat libre qu'ils doivent pouvoir se familiariser avec le sujet afin de prendre une décision en connaissance de cause. La Cour constitutionnelle fédérale a ainsi jugé :

« « La participation égale à la formation de la volonté parlementaire comprend [...] le droit des députés de se forger leur propre opinion sur l'objet de la délibération sur la base d'informations suffisantes et, sur cette base, de participer aux délibérations et à la prise de décision du Parlement. ». »⁴⁸

B. Moyens politiques

Aussi prometteur que puisse être le recours au contrôle de constitutionnalité pour empêcher l'émergence de pratiques contraires à la Constitution dans la vie politique, voire le non-respect de la Constitution dans la protection des droits fondamentaux, il existe néanmoins des situations dans lesquelles cette protection demeure sans effet. Il est essentiel de souligner que, si la Cour constitutionnelle fédérale est le gardien de la Constitution, elle n'est pas pour autant un « surveillant » au sens où elle pourrait relever d'office l'existence d'une pratique contraire à la Constitution.

⁴⁸ Cour constitutionnelle fédérale, ordonnance du 5 juillet 2023, 2 BvE 4/23, BVerfGE 166, 304, Rn. 88.

La Cour constitutionnelle fédérale ne peut agir que si elle est saisie ; elle ne dispose d'aucun pouvoir d'auto-saisine. Ainsi, une pratique qui n'est pas conforme à la Constitution peut se consolider sans que personne ne souhaite la contester, soit parce qu'elle convient à tout le monde et qu'un consensus s'est ainsi établi en faveur de son maintien, soit parce qu'aucun requérant ne se trouve en mesure de la contester.

Tel est notamment le cas lorsqu'il n'existe aucune atteinte à des droits propres, condition préalable à l'introduction d'un recours constitutionnel individuel, et que les conditions requises pour engager un contrôle abstrait des normes ou une procédure de litige entre organes constitutionnels ne sont pas non plus réunies.

Dans une telle situation, si aucune juridiction européenne ou internationale n'intervient non plus, il ne reste possible de trouver une solution que dans le cadre du processus politique. Il peut, d'une part, être procédé à une révision de la Constitution afin d'adapter celle-ci à la pratique contraire à la Constitution ou, d'autre part, être prises des mesures politiques afin de garantir à nouveau le respect de la Constitution.

Les difficultés et questions qui se posent à cet égard peuvent être très bien illustrées par l'exemple de l'élection des juges de la Cour constitutionnelle fédérale.

Il existait à cet égard une pratique contraire à la Constitution à deux égards. D'une part, la Loi fondamentale prévoit que les membres de la Cour constitutionnelle fédérale sont « élus pour moitié par le Bundestag et pour moitié par le Bundesrat » (article 94, paragraphe 1, deuxième phrase, de la Loi fondamentale). En pratique, ils étaient toutefois élus par une petite commission électorale composée selon une représentation proportionnelle à celle du Bundestag.

D'autre part, une pratique s'était établie consistant à conclure des accords politiques entre les partis traditionnellement représentés au Bundestag.⁴⁹ Ces accords déterminent quel parti - par rotation et en relation avec le résultat dans les élections - est autorisé à proposer la candidature de tel ou tel juge constitutionnel. Cette pratique s'explique par le fait que la loi⁵⁰ requiert une majorité des trois quarts pour l'élection des juges et qu'il est dès lors nécessaire de parvenir à un compromis ; la recherche de ce compromis est facilitée par ce droit de proposition politique officieux.

La Constitution ne prévoit ni appartenance à un parti politique ni droit de proposition des partis pour l'élection des juges constitutionnels. Ceux-ci doivent au contraire, comme tous les juges, être indépendants (article 97 de la Loi fondamentale).

Tant la pratique consistant à faire élire les juges constitutionnels par une petite commission plutôt que par l'assemblée plénière du Bundestag que celle des accords entre les partis ont, pendant longtemps, fait l'objet de critiques.⁵¹ Mais cette pratique

⁴⁹ Pendant de nombreuses années, seuls la CDU, le SPD et le FDP participaient à ces accords.

⁵⁰ Les modalités de l'élection, notamment les majorités qualifiées requises, sont fixées par la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG).

⁵¹ Voir Stefan Ulrich Pieper, *Verfassungsrichterwahlen. Die Besetzung der Richterbank des Bundesverfassungsgerichts und die Besetzung des Europäischen Gerichtshofes sowie des Europäischen*

contraire à la Constitution était généralement justifiée par le fait qu'elle produisait de bons résultats et que, dans le fond, personne ne mettait en cause la compétence et les qualifications des juges ainsi élus à la Cour constitutionnelle fédérale. Le droit de proposition reconnu aux partis était précisément présenté comme permettant de garantir une composition politiquement équilibrée de la Cour et, puisque des compromis devaient être trouvés, d'empêcher également l'élection de candidats ou de candidates aux opinions extrêmes.

Lorsque la question de la constitutionnalité de l'élection des juges par une commission électorale plutôt que par l'assemblée plénière du Bundestag, en contradiction manifeste avec le texte de la Constitution, a été soumise à la Cour constitutionnelle fédérale, celle-ci n'y a vu aucun problème.⁵² Néanmoins, l'idée selon laquelle cette pratique contraire à la Constitution devait prendre fin s'est progressivement imposée dans le monde politique. En 2015, le législateur a donc modifié la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale et rétabli l'élection des juges par l'assemblée plénière du Bundestag,⁵³ telle est la procédure suivie depuis lors.

En revanche, la question des accords entre les partis politiques concernant l'élection des juges constitutionnels n'a jamais été soumise à la Cour constitutionnelle fédérale et n'a pas non plus été modifiée ; cette pratique perdure encore aujourd'hui. Pour l'avenir, elle est toutefois remise en question, d'une part en raison du scandale suscité par le rejet politique d'une candidate sur laquelle un accord interne avait été trouvé et, d'autre part, en raison de l'exclusion du parti AfD du système des accords politiques informels, alors même qu'elle est actuellement le deuxième parti le plus important au Bundestag.⁵⁴

On voit donc que, lorsque la Cour constitutionnelle fédérale n'intervient pas, le monde politique lui-même peut corriger une pratique contraire à la Constitution. En revanche, si les responsables politiques ne le font pas, il n'existe aucun autre moyen d'y remédier.

VI. Remarques finales

La question de savoir comment empêcher la pratique politique de s'éloigner de la Constitution préoccupe la doctrine allemande de droit constitutionnel depuis l'époque de la République de Weimar. La Cour constitutionnelle fédérale, investie par la Loi fondamentale d'un pouvoir de contrôle étendu, constitue un instrument efficace pour

Gerichtshofes für Menschenrechte und des Internationalen Gerichtshofes mit deutschen Kandidaten, Dunker und Humblot Berlin 1998.

⁵² Cour constitutionnelle fédérale, ordonnance du 19 juin 2012, 2 BvC 1/11, BVerfGE 131, 230, para. 14: „Le transfert de l'élection des juges de la Cour constitutionnelle fédérale à une commission électorale, dont les membres sont soumis à une obligation de confidentialité (§ 6, paragraphe 4, BVerfGG), se justifie par l'objectif clairement identifiable du législateur de renforcer la réputation de la Cour et la confiance dans son indépendance et, partant, d'assurer son bon fonctionnement.“

⁵³ Neuntes Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vom 12. Mai 2015, BGBl. I 2015, S. 928.

⁵⁴ V. notamment les critiques formulées par un député de l'AfD lors du débat sur une réforme de la Cour constitutionnelle fédérale, qui reprochait aux autres partis de former des « partis cartellisés » et de considérer la Cour constitutionnelle fédérale et le Parlement « comme leur propriété », Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, *Protokoll der 129. Sitzung vom 18. Dezember 2024*, nichtöffentlich, p. 25.

prévenir l'émergence d'une pratique constitutionnelle contraire à la Constitution ; en outre, les juridictions européennes ou internationales peuvent, dans certains cas, intervenir. Néanmoins, l'histoire des 77 dernières années sous le régime de la Loi fondamentale montre que des questions complexes concernant la constitutionnalité de certaines pratiques se posent régulièrement et que, malgré l'existence de mécanismes constitutionnels efficaces, des pratiques contraires à la Constitution peuvent également perdurer.

NE PAS COPIER