

**LE RECOURS INDIVIDUEL DIRIGÉ CONTRE UNE DÉCISION DE JUSTICE  
POUR VIOLATION D'UN DROIT FONDAMENTAL  
DANS LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE**

Michel FROMONT<sup>1</sup>

Quelques rappels historiques sont nécessaires pour comprendre la situation de l'Allemagne et l'évolution de ses institutions. 1945 : l'Allemagne capitule sans condition, les villes sont rasées, il n'y a rien à manger et la plupart des hommes sont prisonniers de guerre, les femmes déblaient les décombres. 1945-1949 : progressivement, des institutions publiques se reconstituent sous l'impulsion des puissances d'occupation sur le modèle occidental à l'ouest, sur le modèle communiste à l'est (mise en place des communes, puis des Länder), le Plan Marshall, le retour progressif des prisonniers, la réforme monétaire de 1949. 1949 : les puissances d'occupation de l'Ouest décident de susciter la reconstitution d'un État fédéral (*Bundesrepublik*) à partir des Länder, adoption de la Loi fondamentale le 23 mai 1949 par le Conseil parlementaire (*Parlamentarischer Rat*) composé de délégués des assemblées parlementaires des Länder sous la surveillance des autorités d'occupation<sup>2</sup>. Parmi les innovations les plus notables de la partie IX consacrée au pouvoir judiciaire, figurent la création d'une Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) et des 5 juridictions fédérales chargées de veiller à l'unité de jurisprudence des tribunaux des Länder dans les différents domaines du droit (droit privé et pénal, droit du travail, droit administratif, droit fiscal, droit social). La Loi fondamentale ne consacre que deux articles à cette nouvelle Cour, l'article 93 énumérant les compétences de celle-ci et l'article 94, très bref, consacré à la composition de celle-ci. Cette brièveté s'explique par le fait que le Parlement hésitait encore entre plusieurs conceptions de la justice constitutionnelle : la juridiction doit-elle faire l'objet d'une partie de la constitution distincte de celle consacrée au pouvoir judiciaire ? Les juges doivent-ils être proches du peuple et ne pas être des juristes accomplis ayant les diplômes nécessaires pour être juges (comme c'est le cas partiellement pour les juridictions du travail et les juridictions sociales) ? Les simples particuliers peuvent-ils saisir directement la nouvelle Cour ?, etc... À toutes ces questions, il fut répondu par la négative, les chrétiens-démocrates et leurs alliés, qui avaient la majorité, étant favorables à une juridiction classique.

---

<sup>1</sup> Ancien professeur des Universités allemandes, professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne.

<sup>2</sup> En particulier, les puissances d'occupation insistèrent pour que le fédéralisme soit plus fortement décentralisé dans la nouvelle constitution qu'il ne l'avait été à l'époque de la République de Weimar.

Cependant, lors de l'adoption de la loi fédérale consacrée à cette nouvelle juridiction deux ans plus tard, la majorité fit une concession majeure à l'opposition social-démocrate souhaitant une juridiction constitutionnelle proche du peuple : les particuliers qui invoquent reçurent le droit de saisir directement la Cour s'ils invoquent la violation d'un de leurs droits garantis par la constitution. Le fameux recours individuel pour violation d'un droit fondamental (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>3</sup>, qui fait aujourd'hui l'orgueil des juristes allemands, fit ainsi son entrée par la petite porte. Cette loi fut d'ailleurs longue à être élaborée puisqu'elle ne fut finalement promulguée que le 12 mars 1951, soit deux ans plus tard ; l'été sera encore nécessaire pour la nomination des premiers juges et la Cour ne commencera à siéger qu'au mois de septembre 1951. Or ce recours fait aujourd'hui l'objet de la majeure partie de l'activité de la Cour et les citoyens y sont très attachés. Compte tenu de son succès, le recours individuel a fait enfin son entrée dans la Loi fondamentale en 1968 à titre de contrepartie à la création de pouvoirs spéciaux dans les situations d'urgence qui fit cette année-là l'objet d'une consécration dans la constitution du fait que les puissances d'occupation renonçaient alors à leurs pouvoirs d'intervention en Allemagne en cas de trouble ou de menace pour la démocratie.

De 1951 à nos jours, soit durant ces 65 ans de fonctionnement, la Cour constitutionnelle fédérale a su devenir une juridiction extrêmement puissante : du 7 septembre 1951 au 31 décembre 2015, 220 353 affaires ont été portées devant la Cour et 216 741 ont été jugées (ou réglées d'une autre façon). Les causes de cette puissance tiennent précisément au nombre considérable de recours individuels qui ont été dirigés par les simples citoyens contre des jugements et autres décisions de justice.

Nous présenterons successivement la place des recours individuels portés devant la Cour constitutionnelle fédérale dans l'ensemble du contentieux constitutionnel allemand, puis la procédure d'examen de ces recours qui est suivie par la Cour constitutionnelle fédérale, enfin la fonction remplie par la Cour constitutionnelle fédérale quand elle statue sur ces recours.

## **I. La place des recours individuels dirigés contre les décisions de justice dans le contentieux constitutionnel allemand**

En premier lieu, il convient de rappeler brièvement que les juridictions autres que la Cour constitutionnelle fédérale ont également des compétences pour vérifier la constitutionnalité des décisions de justice.

<sup>3</sup> Nous évitons systématiquement de traduire « *Verfassungsbeschwerde* » par recours constitutionnel » pour deux raisons : cette expression est également utilisée pour traduire l'expression espagnole « *recurso de inconstitucionalidad* » qui ne peut être mis en mouvement que par des autorités publiques et est donc un recours objectif, et surtout, elle est susceptible d'induire en erreur, car elle est insuffisamment explicite. Il est vrai que les juristes français pourraient s'inspirer de la traduction anglaise « *constitutional complaint* » et parler de plainte constitutionnelle, mais une telle traduction s'inscrit difficilement dans le vocabulaire habituel des juristes francophones.

## A. *Les recours portés devant les autres juridictions*

### 1. *Devant les Cours constitutionnelles des Länder*

En premier lieu, les Länder ont tous leur propre Cour constitutionnelle. Ces cours sont chargées de se prononcer non seulement sur les contestations de la conformité des lois et règlements des Länder à leur propre constitution, mais aussi sur de nombreuses décisions prises par les autorités gouvernementales dans leurs relations avec l'assemblée législative du Land.

De plus, les Cours constitutionnelles des Länder sont fréquemment compétentes pour connaître de *recours dirigés par des individus prétendant être lésés dans leurs droits fondamentaux* par les décisions prises par les différentes autorités judiciaires des Länder (principalement les tribunaux de première et seconde instance, les procureurs et les juges ayant compétence pour statuer seuls). Les Länder qui ont conféré une telle compétence à leur cour constitutionnelle sont la Bavière, Berlin, la Hesse (où le recours s'appelle action pour défendre un droit fondamental, *Grundrechtsklage*), le Mecklembourg-Poméranie occidentale, le Rhénanie-Palatinat, la Sarre, la Saxe et la Thuringe, soit au total 8 Länder sur 16, les autres Länder n'ayant créé aucun recours individuel ou l'ayant limité à la contestation d'une loi de Land.

Comme ces recours individuels dirigés contre une décision de justice peuvent être indifféremment portés devant la Cour constitutionnelle fédérale ou devant la Cour constitutionnelle du Land concerné, orsque le droit fondamental invoqué est garanti par la constitution de la Fédération et celle du Land, le nombre d'affaires portées devant les cours constitutionnelles des Länder est assez faible : par exemple, en 2010, la cour de Bavière n'avait été saisie que de 175 affaires, dont 143 recours individuels et 31 actions populaires. Les décisions les plus notables sont analysées dans ma chronique de jurisprudence constitutionnelle paraissant chaque année dans la Revue du droit public, du moins depuis la chronique consacrée aux années 1998 et 1999 (*RDP* 2001, p. 119)<sup>4</sup>.

### 2. *Le contentieux porté devant une juridiction non constitutionnelle*

Les juridictions ordinaires sont liées à la fois par la constitution et la loi, y compris par les règlements administratifs et gouvernementaux (lesquels sont nécessairement édictés en vertu d'une loi)<sup>5</sup>. En outre, la partie la plus importante des règles contenues dans la Loi fondamentale, celle relative aux droits fondamentaux, est déclarée immédiatement applicable par la constitution de la Fédération<sup>6</sup>.

4 La Cour constitutionnelle fédérale, qui est surchargée de recours, encourage les justiciables allemands à saisir la Cour Constitutionnelle de leur Land. Ainsi, depuis 1997 (décision du 15 octobre 1997, analyse Fromont, *RDP* 1999, p. 505), elle refuse d'examiner un recours individuel dirigé contre une décision de justice prise en vertu d'une loi fédérale dès lors que le requérant fait valoir la violation d'un droit garanti par la constitution du Land. Depuis ce changement de jurisprudence, les recours dirigés contre des décisions de justice devant les Cours constitutionnelles des Länder sont un peu plus nombreux ; c'est pourquoi nous relatons les principales décisions des Cours constitutionnelles des Länder depuis que cette décision a été rendue dans notre chronique annuelle « La jurisprudence constitutionnelle allemande » dans la Revue du droit public.

5 Art. 20, al. 3, Loi fondamentale : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ».

6 Art. 1<sup>er</sup>, al. 3, Loi fondamentale : « Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit immédiatement applicable ».



En conséquence, toutes les juridictions allemandes ont le devoir d'appliquer non seulement la loi et les règlements, mais aussi *la constitution* (celle de la Fédération et celle de leur Land), y compris les droits fondamentaux, et en cas de conflit entre une disposition constitutionnelle et la décision contestée, elles doivent trancher elles-mêmes la question de constitutionnalité : les tribunaux ordinaires allemands sont donc des juges constitutionnels et c'est pourquoi ma chronique annuelle de jurisprudence constitutionnelle allemande à la Revue de droit public contient toujours l'analyse de quelques décisions de justice émanant des juridictions ordinaires, spécialement dans les domaines où les Länder ont des compétences législatives et administratives étendues, comme l'audiovisuel, l'enseignement et le droit administratif.

Il existe toutefois une compétence qui leur a été expressément refusée, celle de déclarer inconstitutionnelle et donc nulle une loi, même si celle-ci a été édictée par un Land, mais seulement si elle a été édictée après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale le 23 mai 1949. En effet, selon la Loi fondamentale, les juridictions ordinaires ne peuvent pas déclarer elles-mêmes inconstitutionnelle une loi postérieure à 1949 et la déclarer inapplicable si celle-ci est postérieure au 23 mai 1949. En effet, selon l'article 100, al. 1 de la Loi fondamentale, « si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du Land s'il s'agit de la violation de la constitution d'un Land, à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale »<sup>7</sup>. Dans la pratique, les cas de saisine de la Cour constitutionnelle fédérale en vue du contrôle de la constitutionnalité d'une loi fédérale, ce que les juristes allemands appellent le contrôle concret des normes (*konkrete Normenkontrolle*) sont peu nombreux ; ainsi, en 2014 et 2015, seulement 25 et 5 demandes de contrôle concret ont été examinées au fond. Bien sûr, lorsque le tribunal ordinaire juge que la loi ou le règlement applicable au litige est conforme à la constitution, le justiciable qui est mécontent de l'issue du procès, peut contester le jugement rendu pour atteinte à l'un de ses droits fondamentaux, comme nous allons le montrer.

## **B. Les recours individuels dirigés contre une décision de justice et portés devant la Cour constitutionnelle fédérale**

### *1. Les titres de compétence autres que les recours individuels*

Il n'est pas question d'énumérer ici toutes les compétences de la Cour constitutionnelle fédérale : le § 13 de la loi de 1951 sur la Cour énumère au total *17 titres de compétence*. D'autant plus que beaucoup sont sans importance ou ne sont exercées que de façon sporadique comme les appels dirigés contre les décisions du Bundestag relatives à l'élection de ses membres ou encore les demandes d'interdiction de partis politiques qui ont d'ailleurs toutes échoué depuis les années 1950. Les seuls titres de compétence méritant d'être mentionnés sont les deux formes de contrôle des normes, le

<sup>7</sup> Il existe deux autres cas, de moindre importance, celui où le tribunal doit saisir la Cour constitutionnelle fédérale selon les alinéas suivant du même article 100 de la Loi fondamentale, celui où « il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie du droit fédéral et crée des droits et obligations pour les individus » et celui où une « cour constitutionnelle de Land entend s'écarter d'une interprétation de la Loi fondamentale faite par la Cour constitutionnelle fédérale ».

contrôle concret et le contrôle abstrait, les litiges entre organes constitutionnels (spécialement entre l'exécutif et le législatif, comme, par exemple au sujet de la décision de dissolution du Bundestag, voire opposant des députés à leurs groupes parlementaires ou aux organes du Bundestag) et enfin les litiges dits fédéraux qui opposent les Länder à la Fédération (ou entre eux).

Même si on les compte tous ensemble, ces titres de compétence ne fournissent que 3% à 3,5% *des affaires* portées devant la Cour constitutionnelle fédérale. Ces titres de compétence présentent cependant une certaine importance, car ils conduisent assez souvent à soumettre à la Cour des questions particulièrement délicates, comme la constitutionnalité de certaines lois ayant mobilisé l'opinion publique ou celle de certaines décisions gouvernementales ou présidentielles, comme la dissolution du Bundestag ou la décision d'envoyer des troupes sur des théâtres d'opération extérieure. À côté de ces titres de compétence qui sont peu importants quantitativement se trouvent les recours individuels pour violation d'un droit fondamental, notamment et principalement les recours individuels qui peuvent être dirigés contre une loi ou une décision du gouvernement ou d'un organe judiciaire qui sont en grand nombre.

## 2. *Les recours individuels dirigés contre les décisions de justice*

Compte tenu du faible nombre de saisines correspondant à tous les autres titres de compétence, les recours individuels pour violation d'un droit fondamental (*Verfassungsbeschwerde*) forment *la quasi totalité des affaires* portées devant la Cour constitutionnelle fédérale. Même si leur nombre a légèrement décru en 2015, il est encore fort élevé : 5739 entrées en 2015 (6606 l'année précédente). Certes beaucoup échouent : en 2015, 5773 ont été rejetés, la plupart par une Section (*Kammer*) formée de trois juges statuant à l'unanimité selon une procédure écrite, quelques dizaines seulement par l'une des deux Chambres siégeant en séance plénière (*Senat*). Mais les recours qui réussissent sont en nombre non négligeable : chaque année, plus d'une centaine ont abouti à une déclaration d'inconstitutionnalité ou à l'annulation d'une loi ou d'une décision de justice. Plus précisément, en 2015, il y a eu 98 recours déclarés bien fondés par l'une des sections de trois juges et 13 par l'une des deux chambres statuant en séance plénière. À ces décisions déclarant inconstitutionnelle ou annulant pour inconstitutionnalité une loi ou une décision administrative ou judiciaire, il convient d'ajouter les innombrables décisions fondées sur une interprétation de la loi faite en conformité avec la constitution (*verfassungskonforme Auslegung*), que la loi ait été contestée directement ou à travers la décision judiciaire qui l'applique<sup>8</sup>.

Mais, parmi ces recours individuels, *ceux dirigés contre des décisions de justice sont de beaucoup les plus nombreux*. En effet, les recours individuels dirigés directement contre une loi sont tout-à-fait exceptionnels : normalement il faut attendre un acte d'application de la loi pour que le destinataire puisse attaquer la loi, sauf dans les cas où cela paraît inadmissible. La Cour constitutionnelle fédérale ne l'admet pratiquement que dans deux cas : le requérant conteste la constitutionnalité d'une loi

<sup>8</sup> Au total, les statistiques de la Cour indiquent qu'en 2015, 120 recours ont été dirigés directement contre une loi ou un règlement et que 248 ont été dirigés indirectement contre une loi ou un règlement.



pénale ou d'une loi s'appliquant immédiatement à un grand nombre comme, par exemple, une loi prescrivant le recensement de la population. Quant aux recours dirigés contre une décision administrative, ils sont le plus souvent irrecevables, car il faut d'abord épuiser les voies de recours ordinaires et dans ce cas, le recours individuel sera dirigé contre le jugement rendu au sujet de cette décision.

Dans la pratique, on observe une forte prépondérance des recours individuels dirigés contre une décision judiciaire : parmi les 5798 recours individuels jugés en 2015, 5180 d'entre eux ont été dirigés contre des jugements ou des décisions émanant d'un ou plusieurs juges et ils ont abouti à *l'annulation pour inconstitutionnalité de 113 décisions de justice*, dont 18 émanaient de l'une des juridictions suprêmes placées au sommet de l'un des cinq ordres de juridictions. En outre, ils ont abouti à la déclaration d'inconstitutionnalité ou à l'annulation de 120 dispositions législatives (les interprétations conformes à la constitution étant beaucoup plus nombreuses, mais non recensées par les statistiques de la Cour)<sup>9</sup>.

Si l'on compare le nombre de recours individuels dirigés contre des décisions de justice et celui des demandes de contrôle de la constitutionnalité d'une règle de droit, il apparaît que la Cour constitutionnelle fédérale est presque exclusivement un organe de contrôle de la constitutionnalité de l'application des lois, étant rappelé, qu'à cette occasion, la Cour procède fréquemment à des interprétations de la loi en conformité à la constitution qui sont d'ailleurs souvent très audacieuses. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle est devenue *une véritable cour suprême* et est de ce fait, plus proche de la Cour suprême des États-Unis que des cours constitutionnelles bâties sur le modèle kelsénien, à savoir, spécialisées dans le contrôle de la constitutionnalité des lois.

## II. Les problèmes d'organisation posés par les recours individuels dirigés contre les décisions de justice

L'institution du recours individuel pour violation d'un droit fondamental en 1951 a connu rapidement *un grand succès* : les règles de recevabilité applicables les premières années étaient très favorables aux individus souhaitant saisir la Cour de Karlsruhe ; en particulier, le recours pouvait être introduit sans ministère d'avocat dès le début des années 1950 (il l'est d'ailleurs toujours quoique les règles à respecter par le requérant soient devenues aujourd'hui très complexes)<sup>10</sup>, et la jurisprudence de la Cour n'avait pas encore alourdi les conditions de recevabilité, comme elle l'a fait par la suite notamment en appliquant de façon sévère la règle selon laquelle toutes les voies de recours ordinaires doivent d'abord être épuisées, ce qui a pour effet de réduire considérablement le nombre des recours dirigés contre des décisions gouvernementales ou administratives. De ce fait, le nombre des recours individuels portés devant la Cour constitutionnelle fédérale a vite dépassé le millier. Cette évolution a produit des effets contradictoires : d'une part, la Cour est devenue pour les citoyens allemands un arbitre incontesté de la vie politique et un protecteur admiré des libertés individuelles, ce qui a

<sup>9</sup> Le lecteur trouvera ces statistiques sur le site Internet de la Cour constitutionnelle fédérale : <http://bundesverfassungsgericht.de>.

<sup>10</sup> Dans la pratique, environ la moitié des recours individuels est présentée par un avocat (Lechner/Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 6<sup>e</sup> éd., 2011, p. 718).

contribué au développement de ce qu'on a appelé le patriotisme de la constitution et à faire de la Cour ce qu'on a appelé « le juge des citoyens » (*Bürgergericht*); d'autre part, la Cour s'est trouvée submergée et elle a très vite réclamé au législateur qu'il prenne des dispositions en vue d'empêcher une véritable submersion de la Cour.

Quels ont été les efforts d'organisation et de réglementation de la procédure en vue d'endiguer le flot des recours tout en laissant aux citoyens et autres justiciables ce droit auquel ils tiennent tant, celui de défendre les droits que la constitution leur reconnaît depuis 1949 ? Ils ont consisté en premier lieu à multiplier les moyens et les formations de jugement ; ils ont consisté, en second lieu, à poser des règles restreignant l'accès au juge et facilitant le rejet des recours mal fondés.

## ***A. L'organisation de l'examen des recours individuels dirigés contre des décisions de justice***

### ***1. La multiplication des collaborateurs scientifiques***

Le nombre de collaborateurs scientifiques attribués à chaque juge constitutionnel a été progressivement augmenté ; il est aujourd'hui de quatre par juge (il y a, au total, 16 juges constitutionnels répartis entre les deux Chambres). Dans la pratique, ils sont choisis parmi les magistrats qui ont obtenu d'excellentes notes aux deux examens d'État qui clôturent les études universitaires de droit et les années de stage pratique. Aujourd'hui, il y a environ 64 *collaborateurs scientifiques* qui assistent ainsi les juges. C'est sur leur travail que s'appuient les juges rapporteurs pour rédiger leurs rapports. Au point que certains juristes allemands considèrent que cette soixantaine de juristes talentueux forment une sorte de troisième Chambre.

### ***2. La création d'une procédure dite d'« admission à la décision » et de six Sections chargées de l'essentiel du contentieux***

Tout d'abord, le règlement intérieur de la cour autorise les deux présidents de chambre à attirer l'attention des auteurs de recours fantaisistes ou téméraires sur l'absence de chance de voir leur recours examiné au fond et c'est seulement si le signataire du recours maintient sa demande que le recours sera transmis à des organes de jugement ; dans la pratique, la responsabilité de cette *correspondance avec les requérants* a fait l'objet d'une délégation au profit d'un fonctionnaire de la Cour qui doit avoir l'aptitude à être juge (c'est-à-dire être titulaire des deux examens d'État en droit)<sup>11</sup>. Mais cette mesure ne permet que d'alléger légèrement la charge de travail de la Cour, du moins si l'on ne veut pas confier le soin de rendre la justice à des personnes qui n'ont pas la qualité de juges.

11 Règlement intérieur de la Cour (*Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts* du 19 novembre 2014) : § 63 « ... (2) Dans le Registre général, peuvent être aussi enregistrés a) les recours individuels pour violation d'un droit fondamental, pour lesquels une « admission » à décision ne peut pas être prise en considération parce qu'ils sont manifestement irrecevables ou ne peuvent manifestement avoir aucun succès compte tenu de la jurisprudence de la Cour... » § 64 : « La décision sur l'inscription au Registre général est prise par le Président de la Chambre concernée. Il peut déléguer sa compétence à des collaboratrices ou collaborateurs autorisés à signer le courrier conformément au § 16 ». Or le § 16 dispose : « ... (2) Ceux qui sont désignés pour signer le courrier et les décisions relatives au Registre général doivent avoir la capacité d'être juge ». En général, cette compétence est déléguée à une personne qui porte le nom de « Präsidialrat » (conseiller du Président de l'une des deux Chambres).



L'intervention du législateur a donc été nécessaire. Elle n'a pas été aisée, car il est difficile de conserver au recours individuel son caractère populaire, c'est-à-dire la facilité d'accès, tout en protégeant la Cour constitutionnelle contre une avalanche de recours n'ayant aucune chance de succès. La dispense de ministère d'avocat a donc été maintenue, mais en 1956, le législateur a commencé à mettre en place un système que les juristes français appelleraient « *filtrage* » et que les juristes allemands appellent d'une expression plus neutre « admission à la décision » (*Annahme zur Entscheidung*). Depuis 1956, la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale a été maintes fois modifiée sans d'ailleurs que les dispositions actuellement en vigueur soient aujourd'hui encore un modèle de précision et de logique, car ces ajouts ont toujours été apportés a minima, phénomène qui est pourtant beaucoup plus rare en Allemagne qu'en France, les juristes allemands ayant généralement le goût du travail bien fait, même lorsque les dispositions adoptées sont le résultat de compromis politiques.

*Les Sections* sont des formations de jugement constituées de trois juges constitutionnels appartenant à la même Chambre, chaque Chambre étant composée de huit juges et présidée par le Président ou le Vice-président de la Cour. Les juges de chaque Chambre sont ainsi répartis entre trois Sections. La composition des Sections doit changer tous les trois ans afin d'éviter que ne se forment des Sections ayant constamment la même composition.

Selon la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, telle qu'elle est rédigée aujourd'hui, l'examen et le jugement de la quasi totalité des recours individuels sont confiés principalement à ces six Sections (*Kammer*) ; les deux Chambres en formation plénière (8 juges) ont conservé seulement des compétences que dans deux cas : le recours individuel a été jugé digne d'être examiné au fond ou bien il met indirectement en cause la constitutionnalité d'une loi postérieure à 1949.

Dans la pratique, tous les recours individuels, autres que ceux dirigés directement contre une loi, sont transmis dans un premier temps à l'une des deux Chambres (*Senat*) selon une grille de répartition par matière établie par le règlement intérieur. Puis, le président de chaque Chambre répartit les recours individuels entre les trois Sections qui sont placées sous sa présidence. Chacune des Sections a alors la charge de procéder au filtrage des recours individuels qu'elle a reçus et doit refuser l'« admission à la décision » (*Annahme zur Entscheidung*), soit pour irrecevabilité, soit pour absence manifeste de bien fondé<sup>12</sup>.

En outre, depuis 1985, la loi autorise aussi les Sections à admettre le recours et à *le déclarer bien fondé* « si la Cour constitutionnelle fédérale s'est déjà prononcée sur la question de droit constitutionnel qui détermine l'issue du procès et si le recours est apparemment fondé »<sup>13</sup> ; une exception est toutefois faite pour les cas où cette décision déclarerait « qu'une loi est incompatible avec la Loi fondamentale ou tout autre droit fédéral ou est nulle », car une telle décision est expressément réservée par la loi à la Chambre à laquelle appartient la Section qui avait été saisie initialement<sup>14</sup>.

12 § 24 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale : « Rejet d'une demande *a limine*.- (1) Les demandes irrecevables ou manifestement non fondées peuvent être rejetées par une décision unanime de la Cour » (rédaction sous cette forme depuis 1970).

13 § 93 c, al.1, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> phrases, loi sur la Cour constitutionnelle fédérale

14 § 93 c, al.1, 3<sup>e</sup> phrase, loi sur la Cour constitutionnelle fédérale



Alors que le premier recueil officiel reproduit seulement les décisions des Chambres de la Cour à l'exclusion des décisions rendues par les Sections, un second recueil publie les plus intéressantes décisions émanant des Sections<sup>15</sup>.

## B. Les règles de recevabilité et de fond applicables aux recours dirigés contre une décision de justice

Pour exposer les règles qui régissent ce filtrage, nous distinguerons les règles qui s'imposent indistinctement aux Sections et aux Chambres, puis celles applicables aux décisions qui sont prises par les Sections et qui sont de beaucoup les plus nombreuses et enfin celles applicables aux décisions prises par l'une des deux Chambres en séance plénière et qui sont relatives aux recours les plus importants.

### 1. Les règles s'appliquant indistinctement aux Sections et aux Chambres

Les règles qui s'appliquent indistinctement aux Sections et aux Chambres sont *les règles d'irrecevabilité (Unzulässigkeit)* contenues dans les §§ 90, 92 et 93 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

Le § 90, al.1, pose la règle selon laquelle « toute personne peut introduire le recours individuel en prétendant avoir été *lésée par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux* ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20 al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 »<sup>16</sup>. Trois conditions de recevabilité sont ici posées : être une personne quelconque (physique ou morale, nationale ou étrangère), être lésée par la puissance publique (l'exigence d'une lésion est toutefois entendue de façon large par la Cour), dans l'un de ses droits fondamentaux ou assimilés<sup>17</sup> (ce qui souligne le caractère subjectif du recours, du moins à ses origines, voir infra).

Le § 90, al. 2, pose la règle de *l'épuisement des voies de recours ordinaires (Erschöpfung des Rechtswegs)*, ce qui a pour effet d'écarter les recours dirigés contre des jugements ou des décisions judiciaires qui peuvent encore faire l'objet de voies de recours permettant de contester l'atteinte portée au droit fondamental affecté par la décision de justice.

Les §§ 92 et 93 exigent que le recours soit *motivé*, c'est-à-dire « précise le droit qui aurait été violé et l'action ou l'omission de l'organe ou de l'autorité par laquelle il se sent lésé » et qu'il soit « introduit *dans le délai d'un mois* », ce délai pouvant être prolongé lorsque le requérant n'est

15 *Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, eine Auswahl* ou *BVerfGK*, reproduisant un choix de décisions des Sections rendues depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, 20 tomes rassemblant les décisions rendues entre 2003 à 2014, C.F. Müller Verlag, Heidelberg.

16 Noter que le § 90 al.1 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale reproduit quasiment mot pour mot les dispositions contenues à l'article 93, al.1, 4a de la Loi fondamentale qui est d'ailleurs la seule disposition constitutionnelle consacrée aux recours individuel pour violation d'un droit fondamental.

17 Les droits fondamentaux assimilés, ceux énumérés expressément à l'article 93, al. 1, 4a, de la Loi fondamentale, sont : le droit à agir en justice contre tout acte d'une autorité gouvernementale ou administrative (art. 20), l'égal accès aux fonctions publiques et le droit des fonctionnaires publics à être régis par les règles traditionnelles de la fonction publique (art. 33), le droit de vote (art. 28), le droit au juge légal (art. 101), le droit à être entendu, la légalité des infractions et des peines, le non cumul des peines (art. 103), les garanties juridiques en cas de détention (art. 104).

pas responsable du retard avec lequel le recours a été déposé. La jurisprudence s'est montrée très exigeante au sujet de la motivation du recours : de nombreux recours sont rejetés pour motivation insuffisante ; à cet égard la dispense de ministère d'avocat se révèle le plus souvent illusoire et de fait, plus de la moitié des recours sont présentés avec ministère d'avocat.

## 2. Les règles s'imposant aux Sections

Il convient d'étudier d'abord les règles applicables à la décision de refuser l'admission à la décision au fond, puis les règles applicables à celle d'accorder l'admission à la décision.

*Le refus de l'admission à la décision* est normalement prononcé par l'une des Sections de la Chambre qui a été saisie du recours individuel. Selon le § 93 b, al. 1, de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, « la Section peut refuser l'admission du recours... ». Elle peut le faire quand les conditions d'acceptation posées par le § 93 a, al.2 ne sont pas remplies, c'est-à-dire soit parce que le recours ne présente pas une importance de principe en droit constitutionnel (ce qui est le cas notamment quand il est irrecevable), soit parce qu'il n'est pas indiqué (*angezeigt*) pour faire respecter un droit fondamental ou pour éviter que le requérant ne supporte un préjudice particulièrement grave<sup>18</sup>. La procédure suivie est assez expéditive puisque, selon le § 93 d, al. 1 et 3, la décision de refus est rendue sans que soit entendu le requérant, qu'elle est toujours rendue à l'unanimité, qu'elle n'a pas à être motivée et qu'elle est inattaquable. Dans la pratique, les refus sont très nombreux : environ 96 à 97% des recours individuels sont rejetés pour cette raison. Cela est d'autant plus choquant que les Sections ne sont pas tenues de les motiver et qu'elles ne les motivent en fait (sommairement ou de façon détaillée) que dans les cas les plus délicats<sup>19</sup>.

*L'admission à la décision* peut être décidée par une Section dans le cas prévu par le § 93 a, al. 2, lettre a, combiné avec le § 93 c, al.1, 1<sup>re</sup> phrase de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale<sup>20</sup>. Dans ce cas, les conditions suivantes doivent être réunies : d'une part, selon le § 93a, al.2, lettre b, il faut que le recours permette de faire respecter un droit fondamental ou que son refus « causerait un préjudice particulièrement grave au requérant » ; d'autre part, selon le § 93 c, al.1, 1<sup>re</sup> phrase, il faut que « la Cour constitutionnelle fédérale ait déjà statué sur la question de droit constitutionnel qui est déterminante » (pour l'issue du procès initial) et que le recours soit « manifestement fondé ». La Section ne prend d'ailleurs pas une décision formelle d'admission, car elle se contente de justifier

18 § 93a, al. 2 : « Le recours individuel est admis à la décision a) s'il présente une importance de principe pour le droit constitutionnel, b) s'il est indiqué (*angezeigt*) pour faire respecter un des droits énumérés au § 90, al. 1, ; ce peut être aussi le cas si le refus de l'admission causerait un dommage particulièrement grave au requérant ».

19 § 93d, al.1 : « La décision conformément aux §§ 93 b et 93 c de la présente loi est rendue sans audition. Elle est inattaquable ». et al. 3 : « Les décisions de la Section sont toujours rendues à l'unanimité ». La Cour constitutionnelle publie sur ce point des statistiques assez sommaires : d'une part, elles valent pour les trois sortes de recours individuels (même si la catégorie la plus importante, et de beaucoup, est celle des recours dirigés contre une décision de justice), d'autre part, elles ne distinguent pas entre les décisions de non admission à la décision et celles qui admettent le recours à la décision (et aboutissent le plus souvent à une décision d'inconstitutionnalité). Les voici pour l'année 2015: décisions motivées (décisions positives ou négatives) : 248 ; décisions motivées dans le dispositif : 550 ; non motivées : 4 762 (c'est-à-dire 85%). Noter que les décisions positives rendues au sujet des trois sortes de recours individuels ont été en 2015 au nombre de 13 émanant de l'une des deux Chambres et de 98 émanant de l'une des 6 Sections.

20 § 93c, al.1, 1<sup>re</sup> phrase : « Si les conditions posées par le § 93a, al.2, b, sont remplies et que la question de droit constitutionnel dont dépend le jugement du recours a déjà été tranchée par la Cour constitutionnelle fédérale, la Section peut faire droit au recours s'il est manifestement fondé ». Le § 93a, al.2, b, est reproduit à la note 17.

l'admission en des termes brefs au début du jugement au fond qu'elle rend ensuite. Dans l'hypothèse où elle est ainsi amenée à statuer au fond, elle doit donner la possibilité de faire valoir son point de vue à la personne en faveur de laquelle a été rendue la décision de justice contestée (§ 94, al. 3). Dans sa décision rendue sur le fond, elle doit indiquer « quelle disposition de la Loi fondamentale et par quelle action ou inaction elle a été violée » et elle doit annuler la décision de justice déclarée inconstitutionnelle et renvoyer l'affaire à un tribunal compétent (§ 95).

En raison de cette réglementation, les décisions de Section statuant au fond sur des recours individuels dirigés contre des décisions de justice pour violation d'un droit fondamental sont devenues la règle (une centaine par an) et celles émanant de l'une des deux Chambres sont devenues très rares très peu nombreuses (entre 10 à 15 selon les années). Pour justifier ces décisions, les Sections font valoir que la jurisprudence de la Cour est déjà fixée par l'une des deux Chambres et que la procédure expéditive suivie par les Sections permet de gagner un temps précieux.

### 3. Les règles s'imposant aux Chambres

Selon la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, la Chambre peut prononcer « l'admission à la décision » non seulement quand le recours est « indiqué » (*angezeigt*) pour assurer le respect d'un droit fondamental (qui est le seul cas où la Section peut examiner la question au fond), mais encore, ce qui est d'ailleurs exceptionnel dans la pratique, quand le recours soulève des « questions de principe en droit constitutionnel ». La Chambre n'est pas liée par les propositions du rapporteur de l'affaire au sein de la Section ; mais, en général, elle les suit pour deux raisons : le vote favorable de trois juges de la Chambre suffit pour que l'admission à la décision soit décidée<sup>21</sup> ; en outre, cela gagne du temps. Dans la pratique, les Chambres rendent par an environ 10 à 15 décisions positives déclarant les recours bien fondés ; leur compétence est d'ailleurs de droit lorsque le bien-fondé du recours implique que soit déclarée inconstitutionnelle une disposition législativ<sup>22</sup>, ce qui est d'ailleurs relativement rare, car la Cour constitutionnelle préfère le plus souvent éviter l'annulation en procédant à une interprétation qui rend la loi compatible avec la constitution (voir *infra*).

La décision de la Chambre relative à l'admission à décision peut être positive ou négative. Si la Chambre accepte l'admission que lui a proposée le rapporteur de la Section, elle passe tout de suite à l'examen du fond et, au début de la décision qu'elle rend au fond, elle indique les motifs de son acceptation dans des termes relativement brefs. Si la Chambre refuse d'admettre le recours à la décision, elle expose évidemment seulement les raisons de son refus d'admettre le recours à un examen au fond.

La décision de la Chambre *statuant au fond* obéit aux règles générales de procédure. En particulier, la Chambre doit donner la « possibilité de s'exprimer » à l'organe constitutionnel ou au ministre compétent de la Fédération ou du Land concerné ou encore à la partie favorisée par le jugement

21 § 93d, al.3, 2<sup>e</sup> phrase : « L'admission à la décision par la Chambre est décidée quand trois juges au moins l'approuvent ».

22 § 93 c, al. 1, 3<sup>e</sup> phrase : « Une décision qui déclare une loi compatible ou contraire à la Loi fondamentale ou à une autre règle de droit fédéral avec l'effet prévu au § 31, al. 2 (publication au Journal officiel de la Fédération) est réservée à l'une des deux Chambres (*Senat*) ».



contesté (§ 94)<sup>23</sup> et, pour les cas les plus importants, une audience publique peut être organisée (§ 93 d *a contrario*). Enfin, la décision doit être prise par une Chambre composée d'au moins six juges et si le recours est fondé, la décision doit indiquer quelle disposition de la Loi fondamentale a été violée et par quelle action ou omission elle l'a été, puis annuler la décision de justice qui était contestée et éventuellement renvoyer l'affaire à une juridiction compétente (§ 95). La décision est toujours motivée.

### **III. Les conséquences de l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des décisions de justice**

L'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des décisions de justice entraîne de grandes conséquences dont certaines peuvent être jugées souhaitables et d'autres non. En premier lieu, de ce fait, la Cour constitutionnelle fédérale a, parmi les institutions étatiques, une place assez différente de celle du Conseil constitutionnel. En second lieu, le développement du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice a eu pour effet de donner au droit constitutionnel, et spécialement aux droits fondamentaux, une force et une omniprésence inimaginables en France.

#### ***A. La place de la Cour constitutionnelle fédérale parmi les institutions***

##### ***1. La Cour constitutionnelle fédérale, organe constitutionnel***

Dès ses premières années, la Cour constitutionnelle fédérale a revendiqué le droit d'être considéré comme un « organe constitutionnel » (*Verfassungsorgan*) dans un célèbre Mémoire (*Denkschrift*) adressé au Gouvernement fédéral le 27 juin 1952, ce qui lui a permis, tout d'abord, d'avoir *un budget distinct* de celui du ministère de la justice ainsi qu'un personnel et un patrimoine distincts de ceux de la Fédération, et également d'avoir compétence pour arrêter seule son propre règlement intérieur (*Geschäftsordnung*).

Mais surtout, cette qualité a permis à la Cour de revendiquer la faculté de ne pas se comporter comme un simple tribunal supérieur. Dans un jugement, elle déclara elle-même : « en vertu de sa qualité générale d'organe constitutionnel et de juridiction pour le droit constitutionnel, elle est beaucoup moins exposée au reproche d'avoir pénétré dans le domaine du pouvoir législatif »<sup>24</sup>. Bien que cette prétention ne soit pas juridiquement justifiée du fait de l'absence de texte constitutionnel en ce sens, cette affirmation de la Cour a suffi pour que les juges se sentent *libérés de l'obligation d'appliquer strictement les méthodes classiques* d'interprétation de la constitution et des lois.

<sup>23</sup> L'alinéa 5 du § 94 précise même : « Les organes constitutionnels cités aux alinéas 1, 2 et 4 peuvent se joindre à la procédure. La Cour constitutionnelle fédérale peut renoncer à une audience si on ne peut pas s'attendre à ce qu'elle fasse avancer la procédure et si les organes constitutionnels ayant le droit de s'exprimer et qui se sont joints à la procédure y renoncent ».

<sup>24</sup> Cour constitutionnelle fédérale 11 juin 1958 (Jugement sur les pharmacies), *BVerfGE*, tome 7, p. 377 (413).

## 2. *La Cour constitutionnelle fédérale, juridiction suprême*

Alors que les constituants de 1949 étaient restés en partie fidèles à l'image d'une juridiction arbitre de la vie politique et des rapports entre les organes constitutionnels et entre les États fédérés et l'État fédéral, le législateur de 1951 fit un pas considérable vers une nouvelle conception de la juridiction constitutionnelle en lui confiant le soin de statuer sur les recours individuels pour violation d'un droit fondamental et spécialement les recours individuels dirigés contre une décision de justice en dernier ressort. En rupture avec les traditions en matière d'organisation de la justice, le législateur institua donc une juridiction placée au sommet de la hiérarchie judiciaire, mais pouvant néanmoins être saisie par de simples personnes privées (physiques ou morales, nationales ou étrangères) sans même que le ministère d'un avocat soit obligatoire, pourvu que le requérant puisse invoquer un droit que lui garantit la constitution fédérale.

Du fait de cette compétence, la Cour constitutionnelle fédérale est devenue une véritable *juridiction suprême*. En particulier, les 6 Sections sont chargées de veiller au strict respect de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Les tribunaux ordinaires et les juges statuant seuls savent que leurs décisions seront implacablement cassées par les Sections si elles s'écartent de la jurisprudence constitutionnelle. Rappelons que tout justiciable mécontent d'une décision de justice contre laquelle il ne dispose plus de recours pour la contester a le droit de saisir la Cour constitutionnelle fédérale d'un recours pour obtenir la cassation de cette décision.

## 3. *La Cour constitutionnelle fédérale, protectrice de tous les justiciables*

Selon les termes mêmes de la Loi fondamentale, « le recours individuel peut être formé par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 » (art. 93, al. 1, n° 4a)<sup>25</sup>.

En premier lieu, la Cour constitutionnelle fédérale a pratiquement retiré toute portée à la distinction que fait le texte de la Loi fondamentale entre les droits fondamentaux des Allemands et les droits fondamentaux de tous les êtres humains. En effet, conformément à une tradition remontant au 19<sup>e</sup> siècle, quelques droits fondamentaux n'appartiennent en principe qu'aux Allemands : la liberté de réunion (art. 8), la liberté d'association (art. 9), la liberté de circulation et d'établissement (art. 11), la liberté de la profession (art. 12). Mais la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas hésité à *reconnaître aux étrangers* ces différents droits en se fondant sur l'article 2, al. 1, de la Loi fondamentale selon lequel « chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité », ce que les juristes allemands appellent la liberté générale d'agir (*allgemeine Handlungsfreiheit*). Par exemple, le 15 janvier 2002, la

<sup>25</sup> Les droits énumérés par l'article 93 sont respectivement le droit de résister « à quiconque entreprendrait de renverser l'ordre constitutionnel », le droit à l'égal accès des Allemands à toutes fonctions publiques, le droit d'élire les députés du Bundestag, et divers droits procéduraux (droit à être jugé par un juge légal, à être entendu par le tribunal, à ne pas être puni plusieurs fois pour le même acte, à n'être privé de sa liberté personnelle que par la décision d'un juge).

Cour a accueilli favorablement le recours d'un boucher musulman auquel l'administration allemande avait refusé l'autorisation d'abattre ses animaux selon les règles de l'abattage rituel musulman<sup>26</sup>.

En outre, depuis 2011, l'article 19, al. 3 de la Loi fondamentale a reçu de la Cour constitutionnelle fédérale une interprétation conforme au droit de *l'Union européenne* : désormais, bien que cette disposition énonce clairement que « les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet », les personnes morales étrangères régies par le droit d'un des États de l'Union européenne, bénéficient des mêmes droits fondamentaux que les personnes morales nationales<sup>27</sup>.

En second lieu, pour ouvrir plus largement l'accès à son prétoire, la Cour constitutionnelle fédérale a *créé de nouveaux droits fondamentaux*, soit en combinant deux droits fondamentaux entre eux, soit en déduisant le nouveau droit d'un principe de droit objectif consacré par la Loi fondamentale. Le meilleur exemple de combinaison de droits fondamentaux est celle du droit au respect de la dignité humaine et du droit au libre développement de la personnalité : cette combinaison aboutit en effet à la consécration d'un nouveau droit fondamental, le droit général au respect de la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*)<sup>28</sup> qui se décompose d'ailleurs lui-même en plusieurs droits fondamentaux, le droit à la protection de l'honneur, le droit à l'intimité, le droit à sa propre image et à ses propres paroles, le droit à conserver la maîtrise de ses données personnelles, le droit à connaître sa propre ascendance<sup>29</sup>.

De plus, la Cour constitutionnelle fédérale a déduit de plusieurs règles de droit constitutionnel objectif de véritables droits publics subjectifs susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours individuel, ce qui a augmenté les possibilités d'introduire un recours individuel. Il en est ainsi de l'interprétation donnée à l'art. 5 de la Loi fondamentale qui affirme que l'art et la science, la recherche et l'enseignement supérieur sont libres : la Cour en a déduit un véritable droit fondamental à la liberté dans son activité professionnelle pour l'homme de science, le chercheur et l'enseignant supérieur<sup>30</sup>. Il en va de même pour l'article 6 de la Loi fondamentale : le principe selon lequel « le mariage et la famille sont placés sous la protection de l'État » (art. 6, al.1, Loi fondamentale) a été interprété comme garantissant la liberté du mariage<sup>31</sup>. Enfin, l'article 14 de la Loi fondamentale a été interprété

26 Cour constitutionnelle fédérale, 15 janvier 2002, *BVerfGE*, tome 104, p. 337 (346), analyse Fromont, *RDP* 2004, p. 1138.

27 Cour constitutionnelle fédérale 19 juillet 2011, *BVerfGE*, tome 129, p. 78, analyse Fromont, *RDP* 2012, p. 1201.

28 Sur l'origine et le développement de cette jurisprudence, voir notre commentaire de la décision du 14 février 1973 de la Cour constitutionnelle au sujet de la publication dans la presse d'un interview inventé de la princesse Soraya in *Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (sous la direction de P. BON et D. MAUS), Paris 2008, n° 64.

29 Cour constitutionnelle fédérale, 31 janvier 1989, *BVerfGE*, tome 79, p. 256 (268), note FROMONT, *RDP* 1992, p.1048 ; 26 avril 1994, *BVerfGE*, tome 90, p. 263 (270), note FROMONT, *RDP* 1997, p. 351.

30 Cour constitutionnelle fédérale 29 mai 1973, *BVerfGE*, tome 35, p. 79-148 (recours individuel contre la loi relative aux universités de Basse-Saxe), commentaire Fromont in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (sous la direction de P. BON et D. MAUS), Paris 2008, n° 68 ; Cour constitutionnelle fédérale, 11 janvier 1994, *BVerfGE*, tome 90, p. 1 : « L'article 5, al. 3, phrase 1, déclare que la science, la recherche et l'enseignement sont libres. Ce faisant, il ne consacre pas seulement une règle de droit objectif dans le domaine de la science... Comme droit défensif (*Abwehrrecht*), il garantit à quiconque a une activité scientifique d'être libre de toute restriction de la part de l'État... Quiconque agit en homme de science bénéficie d'une protection contre toute immixtion de l'État dans le processus d'élaboration et de diffusion de connaissances scientifiques » (p. 11) .

31 Cour constitutionnelle fédérale 4 mai 1971, *BVerfGE* tome 31, p. 58 (mariage d'un espagnol) ; analyse Fromont, *RDP* 1975, p. 141-142 : la loi allemande sur le droit international privé ne peut pas être appliquée à un Espagnol, car le renvoi à la loi espagnole le priverait de la liberté de se remarier.



comme ne garantissant pas seulement l'existence de l'institution du droit de propriété mais comme conférant un véritable droit fondamental aux titulaires d'un droit de propriété<sup>32</sup>.

## B. L'emprise des droits fondamentaux sur l'ensemble du droit allemand

### 1. L'extension de la portée de certains droits fondamentaux

Un droit subjectif prend plus d'ampleur lorsqu'il est considéré comme posant une règle de droit objectif. Le meilleur exemple est fourni par la jurisprudence relative au droit de chacun au libre développement de sa personnalité (art. 2, al.1) qui a été interprétée comme imposant au législateur l'obligation d'édicter lui-même les règles régissant toute activité privée en se conformant à l'ensemble des règles constitutionnelles, y compris les règles de droit objectif dégagées par la Cour constitutionnelle fédérale, comme le principe de proportionnalité ou le principe de sécurité juridique. Ainsi, la Cour a donné aux droits fondamentaux une portée très grande dans la mesure où désormais toute activité humaine est protégée au moins par la liberté générale d'agir (garantie par l'article 2 de la Loi fondamentale) et que toute loi restreignant cette liberté générale doit nécessairement respecter non seulement les droits fondamentaux, mais encore l'ensemble des règles découlant de principes très généraux, comme ceux découlant du principe de l'État de droit (art. 20 de la Loi fondamentale).

Du fait de cette jurisprudence, ce droit fondamental est devenu quasiment sans limites<sup>33</sup>. Comme le fait remarquer le professeur Lepsius<sup>34</sup>, le résultat est que le recours pour violation d'un droit fondamental devient une demande de contrôle des normes présentée par un individu, ce qui étend beaucoup les possibilités de saisir la Cour constitutionnelle fédérale par les personnes privées et de mettre à la disposition des personnes privées la possibilité d'invoquer la violation de règles objectives de droit constitutionnel quand elles forment un recours pour violation d'un droit fondamental. Par exemple, on a vu un cavalier amateur de promenades à cheval en forêt former un recours contre une réglementation restreignant le droit des cavaliers de circuler sur certains chemins forestiers<sup>35</sup>.

De même, la Cour constitutionnelle fédérale a donné au droit de propriété une étendue qui excède celle que lui attribue traditionnellement le code civil, puisque, selon la jurisprudence constitutionnelle, le droit fondamental de la propriété couvre tous les droits privés ayant une valeur patrimoniale (notamment les droits du locataire<sup>36</sup>) et également les droits publics à recevoir de l'argent, lorsque ceux-ci reposent sur l'épargne de leurs titulaires<sup>37</sup>.

32 Art. 14 de la Loi fondamentale : « La propriété et le droit d'héritage sont garantis ».

33 Cour constitutionnelle fédérale, 6 janvier 1957 (*Elfes*), *BVerfGE*, tome 6, p.32.

34 Lepsius, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in *Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Berlin 2011, p. 182.

35 Cour constitutionnelle fédérale 6 juin 1989 (*Reiten im Wald*), *BVerfGE*, tome 80, p. 137. analyse Fromont, *RDP* 1990, p. 1045.

36 Cour constitutionnelle fédérale, 21 mai 1993, *BVerfGE*, tome 89, p. 1 (droits des locataires de logement), analyse Fromont, *RDP* 1995, p. 339.

37 Cour constitutionnelle fédérale, 28 février 1980, *BVerfGE*, tome 53, p. 257 ; 1<sup>er</sup> juillet 1981, *BVerfGE*, tome 58, p. 1 ; analyse Fromont des deux décisions, *RDP* 1982, p. 1058

## 2. *L'application des droits fondamentaux aux litiges de droit privé*

Le droit fondamental est conçu normalement comme un droit subjectif, c'est-à-dire un droit qui a nécessairement une personne pour titulaire, mais selon la jurisprudence de la Cour, il peut être considéré comme étant également une règle de droit objectif ayant valeur constitutionnelle et pour cette raison, il peut être invoqué même contre des personnes privées, spécialement contre celles qui disposent d'une position économiquement ou socialement supérieure, car ces règles sont considérées comme « un système de valeurs » (*Wertsystem*) valable pour tout le monde.

Il est vrai que cette application des droits fondamentaux aux relations de droit privé se fait pour l'instant principalement par l'intermédiaire de ce que les juristes allemands appellent des clauses générales (*Generalklauseln*), c'est-à-dire des règles législatives posant des règles très générales. Ainsi, en droit civil, la Cour constitutionnelle fédérale s'appuie pour les litiges portant sur la responsabilité civile sur une interprétation des §§ 823 et 826 (responsabilité pour faute, ou pour acte immoral) du code civil<sup>38</sup> et pour les litiges portant sur des contrats, sur une interprétation des §§ 138 (atteinte à la morale) et 242 (atteinte à la bonne foi) du code civil<sup>39</sup>.

## 3. *La multiplication des interprétations de la loi faites en conformité avec les droits fondamentaux*

Le plus souvent, la Cour n'annule pas les décisions de justice contestées devant elle en raison de l'inconstitutionnalité de la loi appliquée. La Cour préfère justifier l'annulation de la décision de justice en reprochant au juge ordinaire d'avoir mal interprété la loi et d'avoir ainsi donné de la loi une interprétation inconstitutionnelle ou bien d'avoir exercé son pouvoir d'appréciation sans tenir compte suffisamment de la nécessité de respecter les droits fondamentaux du requérant. Dans la pratique, la Cour ne prononce qu'un nombre limité d'annulations ou de déclarations d'inconstitutionnalité de la loi appliquée et préfère corriger l'interprétation de la loi faite par le juge ordinaire en y substituant sa propre interprétation, c'est-à-dire une interprétation compatible avec les droits fondamentaux en cause (*verfassungskonforme Auslegung*).

Pourquoi cette préférence ? Selon moi, l'explication est simple : l'élimination de l'inconstitutionnalité est plus sûrement et plus rapidement faite par la Cour constitutionnelle elle-même par une interprétation conforme à la constitution que par une annulation ou une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi appliquée dans le procès. L'inconstitutionnalité est ainsi éliminée sans intervention du législateur, que celui-ci soit fédéral ou fédéré. Si un tribunal ordinaire s'enhardissait à ne pas faire sienne l'interprétation imaginée par la Cour pour rendre la loi compatible avec la constitution, il courrait le risque de voir son jugement attaqué par le justiciable mécontent devant

<sup>38</sup> Cour constitutionnelle fédérale, 15 janvier 1968, *BVerfGE*, tome 7, p. 198, commentaire Fromont in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (sous la direction de P. BON et D. MAUS), Paris 2008, n° 24 : l'appel au boycott d'un journal n'engage pas la responsabilité de son auteur car il a simplement fait usage de sa liberté d'expression. Voir aussi l'arrêt *Soraya* cité à la note 26.

<sup>39</sup> Cour constitutionnelle fédérale, 19 octobre 1993, *BVerfGE*, tome 89, p. 214, commentaire Fromont in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (sous la direction de P. BON et D. MAUS), Paris 2008, n° 25 : une banque engage sa responsabilité civile pour faute du fait qu'elle a abusé de la situation d'infériorité de sa cliente.

la Cour constitutionnelle fédérale et évidemment l'une des Sections de la Cour ne manquerait pas de casser ce jugement téméraire. Ainsi la Cour est assurée d'imposer rapidement et pleinement sa propre interprétation de la loi<sup>40</sup>.

Cette jurisprudence relative au contrôle de la constitutionnalité de l'interprétation des lois faite par les tribunaux ordinaires dans le cadre de recours individuels dirigés contre des décisions de justice peut être résumée à grands traits de la façon suivante. Il faut d'abord examiner si le jugement a accordé une attention suffisante à l'effet de rayonnement des droits fondamentaux (*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*) dans l'ensemble du droit, y compris dans le droit privé, puis s'il a correctement tenu compte de l'importance et de la portée des droits fondamentaux, notamment des limites de leur champ d'application et s'il a suffisamment pris en compte le poids respectif des droits fondamentaux qui sont antagonistes.

Exceptionnellement, la décision de justice peut être annulée par la Cour, non pas parce que la loi a été mal interprétée, mais parce qu'elle a été mal appliquée, par exemple, parce que le tribunal a agi purement et simplement de façon arbitraire (*Willkür*), soit en ignorant pratiquement la loi à appliquer, soit en excédant les limites du pouvoir reconnu au juge allemand de combler les lacunes de la loi lorsque la lettre de la loi ne s'y oppose pas et constitue simplement un prolongement des règles posées explicitement par la loi (*richterliche Rechtsfortbildung*)<sup>41</sup>, soit en violant gravement les règles de procédure qu'imposent le principe de l'État de droit et certains droits fondamentaux, notamment le droit à être entendu (art. 103, al. 1 de la Loi fondamentale)<sup>42</sup>. L'une des difficultés que rencontre ce contrôle tient à ce qu'il faut distinguer la violation des principes constitutionnels qui peut être sanctionnée par la Cour constitutionnelle et celle des règles législatives qui mettent en œuvre ces principes qui ne peut être censurée que par une juridiction ordinaire. Par exemple, la Cour doit se fonder exclusivement sur l'art. 103 de la constitution qui vient d'être cité (droit à être entendu) et il revient au seul juge ordinaire le soin de censurer la violation des règles législatives mettant en œuvre ce principe. Pour effectuer ce partage des responsabilités, la Cour constitutionnelle fédérale a simplement affirmé que les recours individuels dirigés contre une décision de justice ne sont recevables que si le requérant invoque la lésion de « règles spécifiques » au droit constitutionnel<sup>43</sup>.

40 Cour constitutionnelle fédérale, 10 juin 1975, *BVerfGE*, tome 40, p. 88 ; analyse Fromont, *RDP* 1977, p. 364 (tous les tribunaux sont tenus de respecter une interprétation de la loi par la Cour constitutionnelle fédérale pour que celle-ci soit conforme à la constitution).

41 Cour constitutionnelle fédérale, 15 janvier 2009, *BVerfGE*, tome 122, p. 248 ; analyse Fromont ; *RDP* 2010, p. 1190.

42 Voir R. ZIPPELIUS/Th. WÜRTEMBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, Beck, München, 32<sup>e</sup> éd., München 2008, p. 522.

43 Cour constitutionnelle fédérale, 10 juin 1964, *BVerfGE*, tome 18, p. 85, commentaire Fromont in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (sous la dir. De P. BON et D. MAUS), Paris 2008, n° 138.



## Conclusion

### Quelques observations comparatives

En Allemagne, le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice, tel qu'il est organisé aujourd'hui, présente de grands avantages, mais aussi de graves inconvénients.

Les avantages sont les suivants. En premier lieu, ce contrôle de constitutionnalité des décisions de justice assure la pénétration du droit constitutionnel et spécialement des différents droits fondamentaux dans l'ensemble du système juridictionnel et du système juridique. Toutes les juridictions doivent prendre en considération l'effet de rayonnement (*Ausstrahlung*) des droits fondamentaux : aucune juridiction ne peut s'y soustraire. Toutes les branches du droit, y compris le droit privé et même les zones les plus éloignées des préoccupations juridiques, comme les droits des condamnés à une peine de prison<sup>44</sup>, sont désormais dominées par la question du respect des droits fondamentaux. L'unité du système juridictionnel et juridique allemand est ainsi assurée. En second lieu, tous les citoyens et tous les étrangers placés sous l'autorité de l'État allemand disposent d'un recours pour faire respecter leurs droits fondamentaux par leurs juges, qu'ils soient civils, pénaux ou administratifs. De ce fait, il n'existe aucune zone de non-droit constitutionnel.

Les inconvénients sont également évidents : la Cour constitutionnelle fédérale est véritablement submergée par le nombre des recours individuels dirigés contre des décisions de justice. Les remèdes utilisés permettent à la Cour de maintenir la tête hors de l'eau, mais ils condamnent les juges constitutionnels et leurs assistants à un véritable travail à la chaîne pour éviter que les délais de jugement s'allongent dramatiquement<sup>45</sup>. Les remèdes sont insuffisants et, de surcroît, ils sont peu compatibles avec une juridiction qui contribue pourtant au prestige de l'Allemagne dans le monde entier et qui devrait fonctionner d'une façon irréprochable. Rappelons que la procédure suivie par les Sections est très largement écrite, non contradictoire et secrète et que beaucoup de décisions ne sont pas motivées, même sommairement.

En France, plusieurs solutions sont envisageables.

La solution la plus audacieuse consisterait à mettre en place un système généralisé de contrôle de la constitutionnalité des décisions de justice à l'allemande : tout justiciable mécontent devrait pouvoir saisir le Conseil constitutionnel contre une décision de justice contre laquelle plus aucun recours n'est possible. Cette innovation exigerait, tout d'abord, que des modifications soient apportées à la composition et au mode de fonctionnement du Conseil constitutionnel. En ce qui concerne la composition, il serait souhaitable d'exiger que tous les membres aient au moins fait des études universitaires en droit et, si possible qu'ils aient tous acquis soit l'aptitude à être maître de conférences ou professeur en droit, soit l'aptitude aux fonctions de magistrat ou d'avocat. Il est, en effet, impensable

<sup>44</sup> MANSUY (Isabelle), La protection des droits des détenus en France et en Allemagne, préface Fromont, Paris 2007, L'Harmattan.

<sup>45</sup> Durant les années 2008 à 2015, la durée moyenne des procédures de tous les recours individuels ont été les suivantes : 64 % : 1 an ; 22 % : 2 ans ; 7 % : 3 et 4 ans ; 7 % : non encore jugées.

que des non juristes censurent des décisions de justice émanant de juges hautement qualifiés. De plus, le nombre de conseillers devrait être augmenté et passer à 15 membres, ce qui permettrait de constituer trois chambres de 5 juges. Enfin, les conseillers devraient être assistés d'un nombre relativement important de jeunes magistrats placés en situation de détachement. Les décisions du Conseil constitutionnel seraient rendues par l'une des trois chambres selon une procédure qui devrait faire une place au principe du contradictoire et, dans certains cas, à l'oralité.

Une telle réforme risque de se heurter à l'hostilité des deux juridictions suprêmes actuelles, la Cour de cassation et le Conseil d'État, qui ont conservé leur pleine souveraineté puisqu'ils ont obtenu la compétence de décider souverainement de la transmission au Conseil constitutionnel des questions préjudicielles de constitutionnalité, même lorsque la question concerne non pas la loi proprement dite, mais l'interprétation qu'ils en donnent eux-mêmes. C'est pourquoi nous pensons que la réforme la plus urgente à réaliser consisterait, d'une part, à remanier la composition du Conseil constitutionnel d'une façon proche de celle qui est proposée dans le cadre de la réforme qui vient d'être suggérée (augmentation des compétences juridiques et du nombre des membres du Conseil constitutionnel), et, d'autre part, à organiser, soit une procédure solennelle permettant de contester la conformité à la constitution des interprétations que donne de la loi l'une des deux juridictions suprêmes, soit à prévoir simplement qu'un appel au Conseil constitutionnel puisse être formé par l'une des parties au procès en cours contre la décision d'une juridiction suprême de ne pas lui transmettre une question portant sur la constitutionnalité de l'interprétation d'une loi. La dernière solution proposée aurait l'avantage de ne pas trop bousculer les habitudes mentales des juristes français qui ont construit la question prioritaire de constitutionnalité comme le résultat d'une hybridation de deux procédures normalement distinctes, le contrôle concret des normes (ou question préjudicielle) et le recours individuel (donnant l'initiative aux seuls justiciables) et qui ont tendance à raisonner comme si la justice constitutionnelle avait pour fonction quasi exclusive de contrôler la constitutionnalité des lois.

