

Des conflits constitutionnels dans un « Etat constitutionnel » : le mécanisme des « litiges entre organes » devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

Armel Le Divellec

Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Le spectre des conflits constitutionnels hante le constitutionnalisme allemand moderne. L'histoire de l'Allemagne depuis le XIX^e siècle est jalonnée de multiples situations de crise incontestablement rattachables à la notion de conflit telle que la propose Jacky Hummel, le conflit constitutionnel en Prusse entre 1862 et 1866 en constituant l'illustration la plus spectaculaire, tandis que, plus dramatique encore, la République de Weimar peut être vue comme le régime politique conflictuel par excellence. Ce pays qui a, depuis le Moyen-âge, toujours accordé une place toute particulière au droit et aux mécanismes juridiques dans la configuration de son ordre politique, a tenté et tente encore de conjurer ce spectre. C'est ce qui explique que le droit constitutionnel allemand connaisse aujourd'hui, tant au niveau fédéral qu'au niveau des Länder, un mécanisme institutionnel particulièrement original, celui du règlement des « litiges entre organes » (*Organstreitverfahren*) devant une cour constitutionnelle (fédérale ou fédérée).

Au plan fédéral, l'article 93, al. 1^{er} de la Loi fondamentale de la R.F.A. dispose ainsi que « *La Cour constitutionnelle fédérale statue : 1. sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême* »¹. Ainsi est apparemment conféré à la Cour de Karlsruhe, à côté des nombreuses autres compétences qui lui sont dévolues, une sorte de pouvoir général d'interprétation de la Constitution, distinct du classique contrôle des normes. Alors que ce type de mécanisme est extrêmement rare dans les systèmes constitutionnels occidentaux², la démocratie allemande, qui se présente depuis 1946 comme un Etat constitutionnel (*Verfassungsstaat*) particulièrement abouti, semble avoir fait un choix crucial quant à ce que Olivier Jouanjan appelle la *quaestio diabolica* du constitutionnalisme libéral³, en désignant par avance une instance chargée, de façon privilégiée, de préserver l'équilibre de l'ordre constitutionnel, à savoir la plus haute juridiction du pays, qui est simultanément un organe constitutionnel suprême (*oberstes Verfassungsorgan*).

Ce mécanisme témoigne de la volonté des constituants de 1949 de ne laisser aucune zone d'ombre dans l'effectivité du principe de constitutionnalité : au-delà même de l'agencement rigoureux des normes, il s'agit de s'assurer que le jeu dynamique des institutions respecte *de façon effective* le cadre constitutionnel. Son existence apparaît comme l'aboutissement d'un processus de déploiement de l'autorité de la constitution entendue comme norme suprême effective, comme instrument d'un ordre fondamental. Mais, surtout, seule la généalogie de ce mécanisme permet de comprendre que, fruit d'une riche histoire, il se présente comme la réponse spécifique que les Allemands ont élaborée au sujet de la question des conflits

¹ Les Constitutions des Länder antérieures à l'adoption de la Loi fondamentale contiennent, on le verra, des formulations différentes, tandis que les autres, postérieures à mai 1949, ont adopté une définition identique à celle de l'art. 93-I-1° LF.

² Il existe de manière comparable (quoique souvent plus restrictive) notamment en Italie, Espagne, Bulgarie, Slovaquie, Pologne, Afrique du Sud et, depuis 2003, en Roumanie.

³ « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n°1, 2009, p 93-116 (110).

constitutionnels. Le système allemand prétend (ou espère) implicitement que tout conflit constitutionnel est un litige juridique, qu'il se situe sur le terrain du droit positif établi par la Loi fondamentale et peut se résoudre d'après ses règles. A leurs yeux, dans un Etat constitutionnel digne de ce nom, un conflit doit pouvoir devenir un « litige », c'est-à-dire un différend de nature juridique entre plusieurs organes constitutionnels et portant sur l'interprétation du texte constitutionnel. Selon cette conception qui finit par prévaloir dans l'Allemagne de l'après guerre, les divergences de nature juridique se ramènent, en fin de compte, à des questions de compétence juridique d'un organe.

I. Le mécanisme du *Organstreitverfahren* comme aboutissement de l'histoire constitutionnelle allemande

La volonté déterminée des élites politiques ouest-allemandes après 1945 de bâtir une démocratie libérale solide ont conduit à des solutions à bien des égards radicales pour le constitutionnalisme occidental : les Allemands ont entendu édifier un véritable « Etat constitutionnel »⁴ dont on a pu dire, non sans quelque justesse, qu'il était davantage un Etat de droit qu'une démocratie⁵. La liberté politique, dans la conception allemande de l'après-guerre, passe peut-être au moins autant (sinon plus) par l'assujettissement de la puissance publique au droit que par un gouvernement représentatif issu d'élections libres et périodiques. La vie constitutionnelle doit, selon cette conception, être strictement encadrée par les règles de droit constitutionnel positif – ce qui explique, notamment, que la Loi fondamentale aille jusqu'à mentionner les partis politiques, forces politiques organisées jusque-là largement étrangères au droit mais si importantes pratiquement qu'il convenait de leur donner un cadre juridique.

A y regarder de près, toutefois, cette institution de la « procédure de litige entre organes » (*Organstreitverfahren*) peut également être vue comme le développement presque naturel d'une tendance lourde de la culture constitutionnelle allemande : la tendance à isoler le « juridique » du « politique »⁶. Et si le principe de la régulation, par une juridiction, des rapports (ou du moins d'une partie importante des rapports) entre les organes de gouvernement ne put, pendant longtemps, et pour différentes raisons, s'épanouir réellement et complètement, les drames de l'histoire allemande dans la première partie du XX^e siècle ont joué en faveur de l'ouverture d'une nouvelle étape à cet égard.

A. Le XIX^e siècle allemand

On ignore souvent que si le constitutionnalisme libéral moderne n'a pris que relativement tardivement racine dans les pays de l'espace germanique (Suisse exceptée), c'est pourtant sans doute là qu'il faut chercher les origines de la justice constitutionnelles moderne⁷. On trouve en effet dans plusieurs textes constitutionnels allemands du XIX^e siècle un mécanisme confiant à une instance juridictionnelle ou bien arbitrale le soin de trancher des conflits d'interprétation de la loi constitutionnelle. Cela a de quoi surprendre car si le problème de la préservation de la constitution — et donc, logiquement, celui des conflits

⁴ Ce terme qui n'est guère usité en France, est la traduction littérale de l'allemand *Verfassungsstaat*, qui est l'expression consacrée dans la littérature juridique et politique. On parle rarement, outre-Rhin, de « démocratie constitutionnelle » (*Verfassungsdemokratie*), titre pourtant donné en français par les traducteurs de l'ouvrage célèbre de Carl Joachim Friedrich, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit* (1953), dont le titre original, en anglais, était du reste *Constitutional Government and Democracy* (1950).

⁵ M. Fromont, « Le juge constitutionnel », *Pouvoirs*, n°22, 1982, p 41.

⁶ Ce qu'exprime M. Stolleis à la fin du premier tome de son *Histoire du droit public en Allemagne* (trad. fr., P.U.F., 1998, p 611): « la politique, en Allemagne, resta toujours perçue comme un domaine extra- ou antijuridique ».

⁷ A. Le Divellec, « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. Chagnollaud (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e- XX^e siècle*, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p 103-140.

constitutionnels — n'était évidemment pas inconnu dans les systèmes politiques des Etats pionniers du constitutionnalisme libéral (Angleterre, Amérique du Nord, France), pareille formule institutionnalisant un mode de résolution des conflits constitutionnels n'y avait jamais été instaurée de façon nette ou durable⁸.

Les Allemands, au contraire, manifestèrent très tôt un souci de prévoir un moyen de garantir l'équilibre censé avoir été instauré par la constitution écrite. Il faut dire que les constitutions allemandes du XIX^e siècle furent généralement établies dans un contexte de méfiance profonde entre des princes encore très puissants et les élites politiques libérales⁹. Pour faire court, on peut avancer que les textes constitutionnels allemands de l'époque étaient toujours le fruit d'un compromis, une concession (presque toujours réalisée à contrecœur) du Prince à l'esprit des temps et s'analysaient politiquement en un contrat même là où ils avaient été formellement octroyés par le monarque (ce qui était le cas le plus fréquent). Cette dimension contractuelle illustre la nature particulière que prenait, en Allemagne, ce "dualisme" entre le principe monarchique et le principe représentatif bien mis en lumière jadis par Robert von Mohl¹⁰. Le caractère conflictuel du contexte constituant faisait prendre conscience de la précarité de l'équilibre à peine esquissé. Tout pouvait être matière à conflit entre les Princes et les assemblées représentatives : les premiers cherchaient à continuer à gouverner sans interférence parlementaire, les secondes à arracher un droit de co-direction de la politique du pays, voire, parfois mais timidement, à pousser les feux vers l'horizon d'un gouvernement responsable dont l'Angleterre ou la France fournissaient le modèle. Plutôt que de faire confiance à la rationalité intrinsèque de la distribution des pouvoirs opérée par le texte constitutionnel (autrement dit la foi en la constitution considérée comme une "machine" porteuse en soi d'équilibre et capable d'autorégulation, dans la lignée des versions anglaise, américaine et parfois européenne du constitutionnalisme classique), les Allemands tendaient à considérer la constitution comme le pacte énumérant des prérogatives propres à chaque organe — on n'est pas loin de l'idée de droits subjectifs de sujets de droit. Et la foi (ou tout au moins l'espoir) dans les vertus régulatrices "objectives" du droit (bien plus que dans celles de la balance des pouvoirs) était probablement plus marquée qu'ailleurs : les princes pouvaient espérer contenir les assemblées en les liant aux règles constitutionnelles écrites qui encadraient d'ailleurs strictement leurs moyens d'action¹¹, tandis que les chambres parlementaires escomptaient prévenir les dérobades des monarques et obtenir le respect par l'exécutif monarchique des garanties fixées par les constitutions (par exemple convoquer les chambres une fois par an ou bien recourir à la loi formelle pour poser une règle générale).

Dans ces conditions, les controverses relatives à l'interprétation du texte constitutionnel ne pouvaient jamais véritablement être secondaires mais révélaient presque toujours que la constitution elle-même était en péril. Et la dimension politiquement contractuelle (au sens identifié plus haut) de la constitution explique que les conflits constitutionnels étaient regardés comme des litiges de droit entre des cocontractants, dont on pouvait confier la résolution à une tierce instance au caractère arbitral marqué¹².

⁸ Elle pouvait même avoir été repoussée véhémentement : on songe ici aux réactions suscitées par les propositions de Sieyès en l'An III pour établir un "jury constitutionnaire" (v. L. Jaume, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Droits*, n°36, 2002, p 115-134).

⁹ J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand*, P.U.F, "Léviathan", 2002.

¹⁰ Notam. « Über die verschiedene Auffassung des repräsentativen Systemes in England, Frankreich und Deutschland », *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. III, 1846, p 451-495.

¹¹ Cela explique notamment que la responsabilité ministérielle ait été appréhendée par les textes constitutionnels allemands du XIX^e siècle comme une responsabilité *constitutionnelle* (ni purement politique, ni purement pénale) de nature restrictive car liée à l'idée d'une faute, en particulier la violation de la constitution, et que l'instance de jugement était ou bien un tribunal ordinaire ou bien une instance mixte composée de parlementaires mais également de magistrats professionnels.

¹² E. Friesenhahn, « Die Staatsgerichtsbarkeit », in Gerhard Anschütz, Richard Thoma (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tubingue, J.C.B. Mohr, t. II, 1932, p 523-545 [528]. Une notable exception, toutefois, à ce raisonnement doit être signalé : les états du Wurtemberg refusèrent tout règlement explicite des litiges d'interprétation de la Constitution par une tierce instance, même

C'est ainsi que plusieurs constitutions avaient établi une procédure de résolution juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle des litiges.

L'un des exemples les plus frappants avant 1848 est fourni par la Constitution du Royaume de Saxe de 1831, qui énonçait (§ 153) : "Lorsque des doutes apparaissent à propos de l'interprétation de points individuels du texte de la Constitution, et que ceux-ci ne peuvent être réglés par l'accord entre le gouvernement et les états, les points de vue contradictoires devront être soumis par le gouvernement aussi bien que par les états à la Cour de Justice d'Etat (*Staatsgerichtshof*)". Cette dernière se composait d'un président choisi par le roi parmi les présidents des cours supérieures du royaume, de six juges choisis par le roi parmi les membres de ces cours, et six autres juges élus par les deux chambres (§ 141)¹³.

De même, la première Constitution rédigée pour l'Allemagne toute entière, celle de l'Assemblée nationale de 1848, prévoyait un Tribunal d'Empire, qui, à côté d'autres compétences, devait trancher "les litiges entre la Chambre des états et la Chambre du peuple, et entre chacune d'entre elles et le Gouvernement d'Empire qui concernent l'interprétation de la Constitution d'Empire, lorsque les parties sont d'accord pour réclamer la décision du Tribunal" (§ 126-b de la Constitution du 28 mars 1849)¹⁴. Il est tout à fait remarquable que l'on ait déjà alors songé à une telle institution au niveau fédéral, même si cette compétence était subsidiaire.

Après l'échec de la Révolution de 1848, les Constitutions du Duché d'Oldenbourg (1852) et des villes hanséatiques (Hambourg, Brême et Lubeck) instaurent un mécanisme de ce type.

Il n'est toutefois pas surprenant que la Prusse n'ait pas suivi ces exemples : la Constitution de 1850, fondée sur le principe monarchique, se gardait bien d'établir un mécanisme d'arbitrage juridictionnel des conflits. Le principe de la responsabilité constitutionnelle des ministres, quoique reconnu explicitement, n'était d'ailleurs même pas organisé¹⁵. Au plus fort du conflit constitutionnel ouvert en 1862 entre le Roi et la majorité libérale de la Chambre des députés, à l'occasion de la discussion d'une proposition de loi visant à préciser comment seraient jugés les ministres, Bismarck avait alors formulé nettement la position qui devait s'imposer : « *Si (...) un tribunal devait être appelé (...) à décider de la question : la Constitution est-elle violée ou non ?, on donnerait par là au juge également la compétence du législateur; il serait appelé à interpréter la Constitution de manière authentique ou à la compléter matériellement. (...) Quelque élevée que soit la place que je reconnais au juge*

purement arbitrale, précisément au nom de la liberté contractuelle des parties. Ils craignaient manifestement que le Roi ne soit favorisé par ce mécanisme. Une Cour de Justice d'Etat fut cependant créée "pour la protection de la Constitution", chargée de connaître des "entreprises ayant pour but le renversement de la Constitution ou bien des atteintes à un seul point de la Constitution". Par effet de symétrie, les ministres mais aussi les députés pouvaient être mis en accusation (§ 195 de la Constitution de 1819 (l'une des deux seules véritablement contractuelles). V. Karl Kreuzer, "Vorläufer der Verfassungsgerichtsbarkeit im süddeutschen Konstitutionalismus", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1986, p 94-110 (103).

¹³ On trouve des formules voisines dans les constitutions du Grand-Duché du Mecklembourg (1817), de Saxe-Hildbourghausen (1818) puis Saxe-Altenburg (1831), de Hesse électorale (1831), du duché de Brunswick (1832) et de la Principauté de Hohenzollern-Sigmaringen (1833). Dans ce dernier cas, le litige devait être tranché par un tribunal arbitral ad hoc (*Kompromissgericht*) et, à défaut, par un arbitrage rendu par des membres d'une faculté de droit. Le § 191, al. 2 de la Constitution du 11 juillet 1833 en détaillait la procédure : "A cette fin, le Gouvernement proposera à l'Assemblée des états trois universités de trois Etats allemands différents, parmi lesquels l'Assemblée élira à la majorité absolue des voix un collège de juristes à qui sera immédiatement soumis le litige. L'arbitrage rendu devra être regardé comme une interprétation authentique et être observé" (v. K. Kreuzer, *art. précit.*, p 106 [notre traduction]).

¹⁴ Entre autres choses, ce Reichsgericht était également compétent à l'égard des « litiges entre les gouvernements des Etats fédérés et leur représentation nationale sur la validité des interprétations de la constitution de l'Etat » (§ 126-e).

¹⁵ L'article 61 de la Constitution disposait : « Les ministres peuvent être accusés par une résolution de l'une des Chambres du crime de violation de la Constitution (*Verfassungsverletzung*), de corruption ou de trahison. Le tribunal suprême du royaume décidera tous sénats réunis de telles accusations. (...) Les cas de responsabilité, la procédure et les peines sont réservés à une loi spéciale ».

prussien en tant qu'autorité juridique, le gouvernement n'a pas cru pour autant que l'avenir politique du pays, la répartition du pouvoir entre la Couronne et le Landtag ou bien entre les deux chambres du Landtag devait être dépendante du jugement individuel d'un tribunal, tel qu'il résulte des vues subjectives d'une majorité de suffragants »¹⁶.

La conception du pouvoir qui triompha à l'issue du *Konflikt* prussien et qui s'imposa implicitement sous l'Empire wilhelminien¹⁷ devait geler pour quelques décennies l'appétence des Allemands pour des instances juridictionnelles ou arbitrales. Il semble d'ailleurs que l'historiographie constitutionnelle n'ait pas trouvé de litige soumis à l'une des cours subsistant dans les Länder jusqu'à l'écroulement des monarchies allemandes en 1918. La question subsista, cependant, mais de façon marginale, en liaison avec la problématique fédérative de l'Empire allemand. Surtout, elle donna lieu à différentes propositions au tournant du siècle, en liaison avec les tentatives (infructueuses) d'instaurer un mécanisme de responsabilité constitutionnelle du Chancelier d'Empire devant une cour de justice spéciale¹⁸. Il est manifeste que les propositions alors faites inspirèrent directement les constituants de Weimar quelques années plus tard.

B. La tourmente weimarienne

L'expérience de la République de Weimar, notoirement mouvementée¹⁹, a relancé de façon importante la question de la régulation juridictionnelle des conflits constitutionnels. La très grande richesse de cette histoire mal connue pose évidemment un nombre important de questions que l'on ne pourra qu'esquisser ici.

Quoique la situation ait radicalement changé en 1918/19 du fait du passage brutal de monarchies limitées à des républiques démocratiques et parlementaires, le souci d'apporter une garantie juridictionnelle à la constitution persista voire se développa dans un nombre important de Länder comme au niveau du Reich. Désormais, du fait du triomphe du principe démocratique, un texte constitutionnel ne pouvait plus être vu véritablement comme un "contrat"²⁰ mais bien comme un acte unilatéral de volonté du pouvoir constituant. Du fait de la tradition inaugurée au XIX^e siècle, à laquelle se mêlait sans doute un sentiment de fragilité des édifices constitutionnels nouvellement établis et donc la crainte de possibles conflits, l'idée de la justice constitutionnelle n'en demeura donc pas moins une préoccupation constante de l'époque weimarienne, même si elle avait été initialement négligée dans les délibérations constituantes de 1919²¹.

Sur le plan du droit positif, plusieurs constitutions (12 sur 17) de Länder instaurèrent des cours constitutionnelles, dont les compétences variaient considérablement²². Six d'entre elles

¹⁶ Discours du 22 avril 1863 (cité par E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, Kohlhammer, 1963, p 313). La loi en question ne fut jamais adoptée.

¹⁷ Les litiges de droit public entre des Etats-membres de l'Empire ainsi que les litiges constitutionnels internes aux Etats-membres pouvaient être soumis par les parties au Bundesrat (art. 76 de la Constitution fédérale du 16 avril 1871), c'est-à-dire à l'instance-clé du système bismarckien, réunissant les délégués des gouvernements des Etats. V. A. Le Divellec, « Les prémices... », *art. précit.*, p 126-130.

¹⁸ V. notam. le projet très audacieux du professeur de droit Karl Binding, « Bundesrat und Staatsgerichtshof », *Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ)*, 1899, p 69 et les critiques de Paul Laband, « Die Anträge auf Errichtung eines Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich », *DJZ*, 1901, n°1, p 1-4 et « Der Staatsgerichtshof », *DJZ*, 1909, n°7, p 393-397.

¹⁹ Les conflits y étaient de toute nature : partisans, idéologiques, socio-économiques, fédératifs, mais précisément, aussi de nature proprement constitutionnelle.

²⁰ Encore qu'évidemment, l'hétérogénéité du corps social et politique et les conditions troublées de la révolution de novembre 1918 aient pu faire songer à la constitution comme acte de compromis politique entre les partis. C'est ce que dénonçait sans relâche Carl Schmitt qui en tira argument pour dans son plaidoyer en faveur du gardien non-juridictionnel de la constitution. V. A. Le Divellec, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une 'théorie' constitutionnelle douteuse », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le "gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Ed. Panthéon-Assas, 2007, p 33-78.

²¹ Wolfgang Wehler, *Der Staatsgerichtshof für das deutsche Reich*, Thèse Bonn, 1979, p 56 et s..

²² A. Le Divellec, « Les prémices... », *art. précit.*, p 134-137.

établirent explicitement la compétence d'une cour pour trancher des « litiges constitutionnels (*Verfassungstreitigkeiten*) » (telle était la formule, très générale)²³. Au contraire des précédents du XIX^e siècle, ces cours eurent parfois à résoudre des litiges²⁴.

Pour les autres Länder, c'est une juridiction du Reich qui était compétente pour trancher les litiges. L'article 19 de la Constitution de Weimar disposait que « Les litiges constitutionnels s'élevant à l'intérieur d'un Land dans lequel il n'existe pas de tribunal pour leur résolution (...), sont tranchés, sur la demande d'une des parties litigantes, par la Cour de Justice d'Etat pour le Reich allemand (*Staatsgerichtshof für das deutsche Reich*), pour autant qu'une autre cour de justice du Reich n'est pas compétente »²⁵.

Ainsi donc, afin de garantir la paix intérieure au sein de l'Etat fédéral²⁶, la Constitution fédérale instituait un mécanisme de règlement des litiges constitutionnels internes à un Land. En revanche, les litiges entre organes fédéraux à propos de l'interprétation de la Constitution fédérale ne faisaient l'objet d'aucune voie de recours spécifique²⁷.

1) Le nombre de litiges constitutionnels internes à un Land et soumis tantôt à la cour constitutionnelle du Land (cas de six Länder sus-évoqués) ou bien du Staatsgerichtshof fédéral fut particulièrement important, notamment pour ce dernier, qui trancha un peu moins d'une centaine d'affaires²⁸.

²³ Bavière, § 70 de la Constitution du 14 août 1919 : "La Cour de justice d'Etat statue sur (...) les réclamations fondées sur la Constitution et les litiges constitutionnels pour lesquels une action devant les tribunaux judiciaires n'est pas ouverte".

Mecklembourg-Schwerin, § 66 de la Constitution du 17 mai 1920 : "La Cour de justice d'Etat statue sur les litiges constitutionnels (...)".

Oldenbourg, § 75 de la Constitution du 17 juin 1919 : "Sur la demande du cabinet ou du Landtag, la Cour de justice d'Etat statue sur les litiges constitutionnels. A la place de la Cour peut être institué un tribunal arbitral".

Thuringe, § 54 de la Constitution du 11 mars 1921 : "La Cour de justice d'Etat statue également, sur demande du Landtag ou du Gouvernement, sur les litiges constitutionnels".

Lubeck, § 62 de la Constitution du 28 mai 1920 : "S'il existe entre la Bourgeoisie [i.e. l'Assemblée] et le Sénat [i.e. le Gouvernement] une divergence d'opinions persistante sur l'interprétation authentique de la loi, en particulier si des dispositions de la Constitution sont contestées, ou si un droit prétendu par la Bourgeoisie ou par le Sénat en vertu de la Constitution est contesté par l'autre partie, l'effort sera fait d'abord de mettre fin à la divergence d'opinions par voie d'entente. Si cette tentative demeure sans résultat, la question contestée devra être soumise à la décision juridique de la Cour d'appel hanséatique". Ce mécanisme coexistait avec un autre (§ 63 à 69) destiné à surmonter une divergence entre les deux organes "sur la question de savoir ce qu'exige le Bien de l'Etat", controverse qui devait être résolue par une commission mixte paritaire statuant à la majorité absolue de ses membres et dont la décision pouvait être soumise au corps électoral par l'une ou l'autre partie.

Prusse, § 87 de la Constitution du 30 novembre 1920 : "Il sera statué sur les litiges constitutionnels par la Cour de justice d'Etat". Mais, dans le Land le plus important de la République, la Cour ne fut jamais instituée.

²⁴ Ainsi, par exemple, à Oldenbourg, d'un litige sur l'exercice du droit de dissolution par le gouvernement régional contesté par un groupe parlementaire (arrêt de la Cour en date du 21 avril 1925, qui valide la dissolution, reproduit in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 9 N.F., 1925, p 224-247).

²⁵ Il est à noter qu'elle était ici composée exclusivement de magistrats professionnels (ce qui n'était pas le cas pour toutes ses compétences, la composition variant selon le type de compétence) : Le Président du Reichsgericht (tribunal supérieur du Reich en matière judiciaire), auxquels se joignaient trois juges du Reichsgericht et trois juges issus des tribunaux administratifs suprêmes des trois plus grands Länder : Prusse, Bavière et Saxe.

²⁶ Comme naguère de la Fédération entre 1871 et 1918 (art. 76 de la Constitution d'Empire de 1871 : le Bundesrat étant compétent).

²⁷ Ils pouvaient toutefois être faire l'objet d'une procédure mais par la voie oblique, en particulier celle des conflits entre Reich et Länder (hypothèse également couverte par l'art. 19 de la Constitution de Weimar ainsi que son article 15 à propos de la surveillance fédérale).

²⁸ 92 entre 1920 et 1933 selon Sabine Hofmann, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das deutsche Reich in der verfassungsgerichtlichen Rezeption nach 1945*, Berlin, Logos, 2005, p 6. Les chiffres exacts sont difficiles à établir dans la mesure où il n'existe pas de recueil exhaustif de jurisprudence de la Cour. Sur la question des archives, v. S. Hofmann, *op. cit.*, p 8.

Il est difficile de résumer une telle masse de jurisprudence, mais on peut noter que les affaires les plus diverses furent soumises à la Cour fédérale au titre des litiges constitutionnels internes à un Land. En premier lieu, il convient de noter que l'article 19 de la Constitution de Weimar ne définissait pas le cercle des parties aptes à saisir la Cour. Le Staatsgerichtshof accepta les requêtes non seulement des organes constitutionnels (assemblées, gouvernements, députés) — c'était la logique même du mécanisme — mais également, de façon plus audacieuse, des groupes parlementaires²⁹ et, plus surprenant encore, des partis politiques³⁰. La Cour alla même jusqu'à admettre le recours d'institutions ou groupes les plus divers (les églises, des communes, des associations et coopératives). Cette jurisprudence libérale voire laxiste entraîna une explosion du contentieux et, en un sens, une dilution de la notion de litige constitutionnel. Sur le fond, les recours visaient parfois, évidemment, telle ou telle compétence ou procédure constitutionnelle au cœur du jeu institutionnel (une résolution parlementaire, la convocation du parlement en session extraordinaire, l'exercice du droit de dissolution, l'effet d'une motion de censure). La multiplication des ordonnances de nécessité au niveau des Länder entraîna un important contentieux. Enfin, dès lors que les partis politiques étaient reconnus comme requérants, les recours concernant les lois électorales se multiplièrent. On retombait ici sur un classique contrôle de normes, et on peut se demander si cela ne constituait pas un détournement du mécanisme de litiges constitutionnels proprement dits. Il est en tout cas bien certain que cet instrument était désormais loin de se limiter aux questions portant sur l'équilibre général d'une constitution.

2) En ce qui concerne le Reich, l'absence de mécanisme analogue ne cessa de préoccuper la doctrine weimarienne et ce d'autant plus que la vie constitutionnelle de la République de Weimar fut, on le sait, des plus agitées. Certes, le Staatsgerichtshof fut parfois sollicité dans des conflits hautement politiques entre le Reich et des Länder. Outre une affaire obscure qui se termina d'ailleurs dans la confusion (le Gouvernement du Reich refusa de s'incliner devant la décision de la Cour, provoquant la démission du président de cette dernière), il convient de signaler le célèbre conflit opposant le Cabinet présidentiel de combat, notoirement antirépublicain, animé par von Papen (le « cabinet des barons »), appuyé par le Président Hindenburg, au Land de Prusse (dirigé par les sociaux-démocrates) en 1932. Cette affaire, qui avait bien tout d'un véritable conflit constitutionnel dans un contexte des plus dramatiques, fut soumise au Staatsgerichtshof sur le fondement des litiges entre les Länder et le Reich, autrement dit un litige fédératif. Il se déroulait d'ailleurs à un moment où la Constitution de Weimar était entrée dans sa phase de dissolution et n'est peut-être, dès lors, pas exactement le plus significatif sur le plan qui nous intéresse ici. Auparavant, déjà, certains Länder avaient contesté l'usage extensif des ordonnances de nécessité prises par le Gouvernement fédéral sur le fondement de l'article 48 de la Constitution de Weimar, mais la jurisprudence du Staatsgerichtshof demeura timide³¹.

En revanche, nombre de conflits politiques graves qui touchaient aux questions constitutionnelles agitèrent la jeune République. Mais l'absence de compétence du Staatsgerichtshof à leur égard laissa les acteurs maîtres de leur résolution (ou de leur non résolution). Cette situation ne manqua pas de troubler certains esprits républicains et des propositions furent faites pour introduire au profit du Staatsgerichtshof un chef de compétence analogue à celui qu'il détenait à l'égard des litiges internes aux Länder³². Le

²⁹ Groupe parlementaire Landeswahlverband à la Diète du Brunswick contre Ministère d'Etat de Brunswick, Arrêt du 12 juillet 1921 (RGZ [Recueil des décisions du Reichsgericht en matière civile], 102, p 415 et *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. 42, 1922, p 79).

³⁰ Fédération du parti Aufwertungs- und Volksrechtspartei dans le Mecklembourg-Strelitz contre Etat de Mecklenburg-Strelitz (arrêt du 17 décembre 1927, RGZ 118, p 23-40).

³¹ H. Wißmann, « Verfassungsrechtsprechung im Übergang. Die Judikatur des StGH zu Notverordnungsrecht und Diktaturgewalt 1925-1932 », *Der Staat*, 2008, p 187-211.

³² En particulier les propositions faites devant le Congrès annuel des juristes allemands qui en fit son thème annuel en 1926 : « Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs auf andere als die in Art. 19 Abs. 1 WRV bezeichneten Verfassungsstreitigkeiten auszudehnen ? », Bericht für den

Gouvernement du Reich se garda bien d'y donner suite, en raison du caractère hautement politique de la question.

C'est dans ce contexte qu'eut lieu la célèbre controverse entre Schmitt et Kelsen sur le "gardien de la constitution"³³. Si le premier était hostile à l'extension de la compétence du Staatsgerichtshof (ou de tout autre juridiction), en particulier à l'égard des litiges entre organes, il considérait ces derniers comme des litiges secondaires parce que relatifs seulement à la loi constitutionnelle et non à la "Constitution au sens positif", qui la dépassait. C'était hisser la question des conflits au plus haut niveau, celui, existentiel, de l'unité politique de l'Etat. Pour cela, les pouvoirs exceptionnels fournis au Président du Reich par l'article 48 de la Constitution de Weimar allaient servir, au fond, d'instruments adéquats pour la thèse de politique constitutionnelle — ou plutôt le projet politique tout court — de Schmitt³⁴. Sa position était, comme on sait, entièrement contestée par Kelsen sur le plan scientifique³⁵, qui, au surplus, était visiblement mal à l'aise face à la dimension politique du problème. Il est toutefois remarquable que le maître de Vienne n'ait, sur le plan plus restreint et technique de la question des conflits, accordé aucune importance à la question spécifique du règlement des litiges entre organes qui obsédait pourtant la doctrine weimarienne³⁶.

Quoi qu'il en soit, si les élites politiques allemandes tirèrent la conclusion, après 1945, que l'expérience de la faillite de la Constitution de Weimar commandait de développer le rôle d'une cour constitutionnelle pour statuer sur tous les types de conflits, on peut penser que cette première Constitution républicaine de l'Allemagne souffrit avant tout de l'incapacité des acteurs politiques à parvenir un relatif consensus au sujet des règles du jeu constitutionnel, incapacité qui reflétait mais aussi contribuait à entretenir une discorde fondamentale sur la légitimité du régime. C'est en effet au premier chef parce que les adversaires déclarés ou non de la république démocratique étaient nombreux parmi les élites politiques et au sein même des institutions publiques, et qu'au surplus les projets et tentatives pour renverser l'ordre existant pullulaient, que certaines controverses constitutionnelles prenaient une tournure existentielle et qu'elles étaient le plus souvent de véritables conflits.

C. Les solutions retenues en 1949

La fin tragique de la première République démocratique de l'histoire allemande explique à l'évidence le choix systématique des rédacteurs des textes constitutionnels allemands de l'après Seconde Guerre mondiale en faveur d'une procédure juridictionnelle ayant directement pour objet le traitement des litiges constitutionnels. Chronologiquement, plusieurs Länder ont ouvert la voie au constituant fédéral qui choisit toutefois une approche quelque peu restrictive.

1) Les premières constitutions des Länder (1946-1949)

Alors que seuls certains Länder de la République de Weimar avaient, on l'a vu, prévu explicitement la résolution des litiges constitutionnels parmi les compétences de leur cour constitutionnelle, il est remarquable que ce choix ait été immédiatement généralisé après

34. Deutschen Juristentag (Köln, 1926), in : *Verhandlungen des 34. Juristentages*, t. 2, Berlin, 1927, p 193 et s..

³³ O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le "gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Ed. Panthéon-Assas, 2007.

³⁴ A. Le Divellec, « Le gardien de la Constitution... », *art. précit.*

³⁵ *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, trad. et introduit par Sandrine Baune, Paris, Michel Houdiard, 2006.

³⁶ On peut noter au passage que la Constitution fédérale de la République d'Autriche de 1920, dont Kelsen fut l'un des rédacteurs, ne contenait pas de mécanisme analogue à celui des litiges inter-organes.

1945³⁷. Avant même l'élaboration de la Loi fondamentale, huit Länder adoptèrent une constitution écrite³⁸. Toutes³⁹ instituèrent le règlement des litiges constitutionnels par une cour constitutionnelle.

La formulation pouvait différer d'une constitution à l'autre, mais, à l'instar des solutions weimariennes, elle était toujours conçue en termes très larges.

Un groupe de constitutions reprennent le terme "litige constitutionnel" sans autre précision⁴⁰. D'autres formulent différemment ce qui était bien le même objet : ainsi, la Constitution du Wurtemberg-Bade⁴¹ parle des « questions douteuses sur l'interprétation de la Constitution (*Zweifelsfragen über die Auslegung der Verfassung*) », formule identique dans la Constitution de Brême, qui y ajoute "d'autres questions de droit constitutionnel"⁴². Celle du Wurtemberg-Hohenzollern envisage les situations où "existe un différend (*Streit*) ou un doute (*Zweifel*) sur l'interprétation et l'application de la Constitution, en particulier à propos : 1. de l'appartenance à la Diète (art. 27 al. 7); 2. de la constitutionnalité d'une loi ou d'une autre règle de droit"⁴³.

Enfin, la Constitution de Rhénanie-Palatinat énonce que la Cour constitutionnelle peut être saisie "sur la question de savoir si une loi ou une autre action (*sonstige Handlung*) d'un organe constitutionnel, excepté une proposition de loi, est inconstitutionnelle"⁴⁴.

Quelques années plus tard, la Constitution de Hambourg formulera les choses ainsi : "Le Tribunal constitutionnel décide 1° à la demande du Sénat ou d'un quart des députés de la Bourgeoisie (Assemblée) sur *les litiges qui résultent de l'interprétation de la Constitution*"⁴⁵.

Par-delà leur variété, ces formulations permettaient de couvrir largement la question des conflits d'ordre constitutionnel au sein d'un Land et se présentaient comme très audacieuses, notamment parce la juridiction est censée trancher elle-même le litige entre les organes. Une telle situation n'était pas sans risque. Aussi a-t-elle pu susciter des réserves.

³⁷ Du moins dans les Länder de la zone occidentale. Ceux de la zone soviétique (Brandebourg, Mecklembourg-Poméranie, Saxe, Saxe-Anhalt, Thuringe), en revanche, n'établirent aucune cour constitutionnelle.

³⁸ Il faut réserver le cas de Berlin, dont le statut n'était pas encore réglé par les Alliés, ainsi que celui de la Sarre, qui se dote d'une constitution (15 décembre 1947) mais qui n'entrera dans la R.F.A. qu'en 1957.

³⁹ Sauf la ville-Etat de Hambourg, dont la Constitution provisoire, succincte, du 15 mai 1946, ne crée pas de cour ; en revanche, la Constitution définitive, promulguée le 6 juin 1952 rejoint le mouvement. La Constitution de Berlin Ouest du 1^{er} septembre 1950 n'institua pas de recours pour litiges inter-organes ; on y remédia au moment de la Réunification en 1990 (art. 72-II-2).

⁴⁰ Ainsi la Constitution de la Bavière (2 déc. 1946), art. 64 : « La Cour constitutionnelle décide sur les litiges constitutionnels entre les organes supérieurs de l'Etat ou des parties d'un organe supérieur pourvu de droits propres ».

De même en Hesse (Const. du 11 déc. 1946, art. 131) : « La Cour de Justice d'Etat décide de la constitutionnalité des lois, de la violation des droits fondamentaux, de la contestation d'une votation populaire, de litiges constitutionnels ainsi que dans les cas prévus par la Constitution ou les lois.

Sont aptes à déposer un recours : un groupe d'électeurs d'au moins un centième de tous les électeurs inscrits, le Landtag, 10% de ses membres, le Gouvernement et le Ministre-Président ».

Egalement la Constitution du Land de Bade (19 mai 1947, art. 109) : « Les litiges constitutionnels sont tranchés par la Cour de Justice d'Etat d'après la Constitution et les lois. »

⁴¹ Const. du 28 novembre 1946 (art. 91, al. 3).

⁴² Const. du 21 octobre 1947, art. 140.

⁴³ Const. du 20 mai 1947, art. 65.

⁴⁴ Const. du 17 mai 1947, art. 130. L'article 135 réitère : "La Cour constitutionnelle statue sur la question de savoir si : 1. une loi ou toute autre action d'un organe constitutionnel est inconstitutionnelle".

⁴⁵ Const. du 6 juin 1952, art. 65, al. 2. De façon curieuse, la Constitution de la Sarre du 15 décembre 1947 posait initialement que "Seule la commission constitutionnelle du Landtag, constituée à chaque début de législature, est compétente pour l'interprétation de la Constitution", cela, bien qu'il y eût par ailleurs une Cour constitutionnelle chargée de contrôler la constitutionnalité des lois. Une révision de ce texte constitutionnel, en 1956, transférera la compétence d'interprétation de la Constitution à la juridiction constitutionnelle.

2) La solution restrictive au niveau fédéral

Ce choix du constituant fédéral de 1949 fut fait de manière très consciente et délibérée : inspiré par les discussions weimariennes puis les débats constituant dans les Länder, le mécanisme de traitement des litiges entre organes apparaît déjà dans le premier projet de constitution du Herrenchiemsee en 1948, mais va connaître, au cours des débats, une modification de formulation.

La première mouture du texte déposé à Herrenchiemsee précise que, parmi d'autres compétences, la Cour constitutionnelle fédérale « décide : (...) des litiges constitutionnels (*Verfassungsstreitigkeiten*) entre les organes fédéraux supérieurs ou les parties de ceux-ci dotées de droits propres dans la Loi fondamentale » (art. 98, al.2). Le commentaire du rapport signale que ces "parties" possiblement requérantes pourraient être "par exemple, la majorité ou la minorité au Bundestag"⁴⁶. Le rapport général du comité indique que la nouvelle cour sera (notamment grâce à ce nouveau mécanisme) « la plus haute instance dans les questions du droit constitutionnel de la Fédération et ainsi "gardien de la Constitution" dans le sens véritable »⁴⁷. Les rédacteurs de cette première version précisent également que les litiges constitutionnels sont « des litiges sur l'interprétation ou l'application de la Loi fondamentale »⁴⁸. On se borne, au reste, à répéter quels organes auront la qualité de partie à une instance de ce genre en indiquant que la clarification complète de cette notion devra être laissée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Cette formulation très large, directement reprise des solutions adoptées dans les constitutions des Länder, souleva d'importantes réserves lors des délibérations des commissions du Conseil parlementaire siégeant à Bonn. Un député fit valoir des "réserves de principe" sur le mécanisme lui-même : « Je suis d'avis que lorsque de tels conflits (*Konflikte*) apparaissent, il s'agit de conflits qui ne sont plus accessibles à une décision juridictionnelle, fût-elle émise par une cour constitutionnelle. Cela rompt la limite de ce qui peut être tranché par la voie juridictionnelle et ne ferait en un sens qu'aggraver le conflit. Ce sont des choses qui ne sont tout simplement pas justiciables »⁴⁹.

Une nouvelle rédaction du projet d'article fut élaborée, qui précisait et restreignait le champ du mécanisme initial : plutôt que d'employer la formule trop générale et imprécise de "litige constitutionnel", le texte visait désormais "l'interprétation de la Loi fondamentale à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe".

Un député affirma que, dès lors, "il n'était plus question de litiges politiques" mais de "litiges sur l'interprétation de la Loi fondamentale", autrement dit "ce qui est accessible la décision juridictionnelle".

C'est aussi ce sur quoi insista l'un des premiers spécialistes allemands de la juridiction constitutionnelle moderne et futur juge à la Cour de Karlsruhe, Ernst Friesenhahn⁵⁰ : « l'article 93-I-1 LF n'a consciemment pas appelé la Cour à décider des litiges constitutionnels entre les organes fédéraux, mais elle seulement à décider "sur l'interprétation de cette Loi fondamentale à l'occasion de litiges...". Cela signifie qu'un litige concret entre certaines parties litigantes est certes la condition pour l'intervention de la Cour

⁴⁶ *Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, rééd. in Der Parlamentarische Rat 1948-1949 : Akte und Protokolle*, t. 2, 1981, p 555.

⁴⁷ « Die oberste Instanz in Fragen des Bundesstaatsrechtes und damit „Hüter der Verfassung“ im wahrhaftem Sinne » (*Bericht, op. cit.*, p 554).

⁴⁸ *Bericht, op. cit.*, p 620.

⁴⁹ Séance de la commission relative à la justice (*Rechtspflegeausschuß*), 10 novembre 1948.

⁵⁰ « Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen », *Festschrift Thoma*, 1950, p 55 et s.

(...), mais n'appelle la Cour qu'à une décision sur la question préalable (*Vorfrage*), en l'occurrence une décision abstraite relative à une norme exactement délimitée quant à son possible contenu ». Et de préciser encore : « la résolution du litige lui-même est laissée à l'arrangement politique et non attribuée au tribunal ». Friesenhahn insistait sur la différence entre le mécanisme adopté au niveau fédéral et ceux adoptés dans les premières constitutions des Länder. Du reste, plusieurs constitutions de Länder adoptèrent, après mai 1949, mot pour mot la formulation restrictive de l'art. 93 LF⁵¹.

Ce *distinguo* n'a toutefois pas forcément immédiatement emporté l'adhésion. Il est intéressant de relever que, dans son célèbre « mémoire relatif au statut », la Cour constitutionnelle fédérale elle-même énonça, en 1952 que « la juridiction constitutionnelle se distingue des autres juridictions (par ex. civile, pénale ou administrative) fondamentalement en ceci qu'elle seule a affaire avec un genre particulier de litiges juridiques (*Rechtsstreitigkeiten*), en l'occurrence les litiges « politiques » de droit (*politische Rechtsstreitigkeiten*). Sous cette rubrique de litiges politiques, il faut comprendre les litiges pour lesquels le différend porte sur le droit politique et où le Politique lui-même, à travers les normes existantes, est l'objet de l'appréciation du juge »⁵². Ainsi, pour s'affirmer face aux autres organes fédéraux, les membres de la jeune Cour constitutionnelle fédérale ne craignaient pas de revendiquer hautement et sans timidité la dimension directement « politique » de leur mission, dont la compétence de traitement des litiges entre organes était l'élément le plus éclatant.

II. Éléments de procédure

Le mécanisme des litiges inter-organes pose de nombreux problèmes techniques de contentieux, dont nous ne donnerons qu'un aperçu ici. L'article 93, al. 1er, 1° de la Loi fondamentale doit être complété par plusieurs dispositions de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, désormais : BVerfGG) de 1951 qui concrétise la règle posée de façon très générale par le texte constitutionnel.

- Le jugement des litiges entre organes relève toujours du 2^e Sénat de la Cour (depuis 1952).
- Il s'agit d'un véritable procès, mettant aux prises un demandeur et défendeur. Sous ce rapport, ce contentieux présente une dimension fortement subjective.

Le recours peut être formé dans un délai de six mois à partir de la constatation de la mesure ou de l'omission contestée (§ 64-III BVerfGG). La Cour peut lier plusieurs recours ayant le même objet ou bien distinguer des recours liés (§ 66 BVerfGG).

1) Les titulaires du recours

L'article 93 ne fournit aucune précision sur les titulaires du recours ; il se contente d'évoquer un « litige », formule qui suggère une dimension subjective du contentieux. De fait, celui-ci est organisé autour d'un requérant et d'un défendeur. La loi d'application donne une énumération : (§ 63 BVerfGG) dont on estime qu'elle n'est pas limitative.

⁵¹ Schleswig-Holstein (Constitution du 13 décembre 1949, art. 77, repris par l'art. 44 de la Constitution du 13 juin 1990), Rhénanie du Nord/Westphalie (Constitution du 28 juin 1950, art. 75), Basse-Saxe (Constitution du 13 avril 1951, art. 42-I-1, repris par l'art. 54 de la Constitution du 19 mai 1993), le nouveau Land de Bade-Wurtemberg (Constitution du 11 novembre 1953, art. 68-I-1), la Sarre (loi constitutionnelle du 1^{er} juillet 1958 révisant l'art. 99 de la Constitution), Berlin (Constitution du 23 novembre 1995, art. 84-II-1) et les cinq nouveaux Länder de l'ancienne R.D.A. (Brandebourg, Mecklembourg, Saxe, Saxe-Anhalt et Thuringe). Curieusement, la Constitution de Hambourg a conservé sa large formule initiale tout en ajoutant, en 1996, un article reprenant exactement la formulation de l'art. 93-I-1 LF.

⁵² *Status-Denkschrift*, B. – I. 1. (reproduit in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. 6, 1957).

a) Sont ainsi, d'une part, aptes à former valablement un recours, les quatre organes fédéraux suprêmes : le Président fédéral, le Bundestag, le Bundesrat et le Gouvernement fédéral. La doctrine admet qu'il faut ajouter à cette liste l'Assemblée fédérale (*Bundesversammlung*)⁵³ ainsi que la "Commission commune" (*Gemeinsamer Ausschuss*)⁵⁴.

Plus discutés sont les cas du Délégué du Bundestag à la défense (art. 45b LF), de la Cour fédérale des comptes (*Bundesrechnungshof*) (art. 15-II LF) et de la Banque fédérale (*Bundesbank*).

La Cour constitutionnelle a par ailleurs admis les recours de *députés individuels* lorsqu'ils invoquent un droit qui leur est constitutionnellement garanti (par exemple, le droit au libre exercice de leur mandat, art. 38 LF). Elle a également admis que des *partis politiques* puissent déposer un recours dans la mesure où ils font valoir les droits résultant de leur statut constitutionnel (en particulier une loi électorale)⁵⁵. Ce faisant, la juridiction constitutionnelle a, comme on l'a vu, repris ici une jurisprudence prétorienne du Staatsgerichtshof de Weimar inaugurée en 1921. Si elle peut être regardée comme une audacieuse position réaliste sur la vie constitutionnelle, cette jurisprudence a quelque peu dénaturé le sens du mécanisme des litiges entre organes, qui devient alors un contentieux subjectif au profit des forces politiques.

b) D'autre part, et de manière très originale et intelligente, peuvent valablement être partie à un litige entre organes ce que la Loi fondamentale appelle d'« autres parties » (*andere Beteiligte*), plus précisément les « parties de ces organes dotés de droits propres par la Loi Fondamentale ou par les règlements intérieurs du Bundestag et du Bundesrat » (§ 63 BVerfGG). L'idée essentielle était de prendre acte qu'un organe constitutionnel collectif - au premier chef le Parlement - possède logiquement une structuration complexe : outre ses instances internes de travail (comme les commissions ou le président), il est composé de forces politiques qui, précisément, peuvent être en désaccord fondamental sur l'interprétation des règles constitutionnelles. Reconnaître les "parties d'organes" permet donc aux minorités de contester les décisions de la majorité censée décider pour l'organe tout entier.

Il peut s'agir, en l'occurrence, du Chancelier fédéral, d'un membre du Gouvernement fédéral, du président du Bundestag, du président du Bundesrat, du président de l'Assemblée fédérale, du président de la Commission commune de l'art. 53-a LF.

Relèvent encore de cette catégorie tous les types de commissions parlementaires, ordinaires permanentes, la Commission de conciliation (*Vermittlungsausschuss*), les commissions d'enquête ou la Commission des affaires européennes du Bundestag, toujours en tant qu'elles peuvent faire valoir un droit propre conféré par la Loi fondamentale ou le règlement de la Diète. De même les groupes parlementaires⁵⁶ au Bundestag. Cette solution est fondamentale car c'est par ce biais que l'opposition gouvernementale - non reconnue en tant que telle par la Loi fondamentale, à la différence de la plupart des constitutions des Länder - a la faculté de contester les décisions du gouvernement ou de la majorité parlementaire⁵⁷.

C'est également en tant que « parties d'organes » que les députés individuels peuvent déclencher un recours, mais dans la mesure où ils font valoir les droits du Bundestag tout entier. Il en est de même enfin des minorités qualifiées de députés faisant valoir leurs droits garantis⁵⁸.

⁵³ Mentionnée à l'art. 54 LF, et dont la seule compétence est l'élection du chef de l'Etat.

⁵⁴ Cet organe composé aux deux tiers de députés au Bundestag et, pour un tiers, de membres du Bundesrat (art. 53a LF), fait office de Parlement durant l'état de défense (art. 115a à 115 I LF).

⁵⁵ BVerfGE 4, 27 du 20 juillet 1954.

⁵⁶ Ainsi que les « groupements parlementaires (*Gruppen*) » (§ 10-IV du règlement du Bundestag), formations qui n'atteignent pas le quorum de 5% des membres de la Diète pour pouvoir constituer un groupe parlementaire (*Fraktion*), mais se voient néanmoins reconnaître certains droits. Ce fut le cas, par exemple, du parti de gauche radicale PDS dans le 13^e Bundestag (1994-1998).

⁵⁷ Le rapport de Herrenchiemsee avait déjà évoqué les « parties d'organes » et pris comme exemples la « majorité et la minorité au Bundestag » (*Bericht, op. cit.*, p 555).

⁵⁸ Notamment : un tiers des membres du Bundestag pour convoquer ce dernier en session extraordinaire (art. 39-III-3 LF), un quart pour la création d'une commission d'enquête (art. 44-I-1 LF),

On le voit, le champ des titulaires du droit au recours est extrêmement vaste et ouvre largement cette procédure, en particulier à la minorité politique.

2) L'objet du recours

Alors que les constitutions des Länder rédigées avant la Loi fondamentale de 1949 avaient adopté des formulations générales particulièrement larges du mécanisme des litiges entre organes, la Constitution fédérale a, finalement, quelque peu resserré le dispositif. Le litige doit porter « sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral » (art. 93-I-1 LF) ou, plus précisément sur « une mesure ou une omission de la partie adverse [qui viole] les droits et obligations qui lui ont été conférés par la Loi Fondamentale » (§ 64-I BVerfGG).

Se manifeste ainsi que la Constitution est moins vue comme un système cohérent d'agencement fondamental entre des institutions qu'essentiellement regardée comme un catalogue de compétences et de "droits" (on serait tenté de dire : "subjectifs") dévolus à différents organes. La formule retenue par la Loi fondamentale est ainsi marquée par une dimension profondément subjective bien différente de la logique d'équilibre des pouvoirs initialement mise en avant (au moins de façon implicite) dans la problématique des litiges constitutionnels.

Ainsi, le litige ne doit porter en principe que sur la seule Loi fondamentale, et non sur le Règlement d'un organe, qui ne sert que pour admettre la qualité du requérant. Toutefois, lorsqu'une norme inférieure concrétise une norme de la Loi Fondamentale, elle va également être l'objet du litige. Ainsi, par exemple, du droit de parole du député, qui n'est traité que dans le règlement du Bundestag, mais dont la Cour de Karlsruhe considère⁵⁹ qu'il est inclus dans le statut constitutionnel du député prévu par l'art. 38 al 1^{er}, phrase 2⁶⁰).

La mesure ou l'omission doit être « *rechtserheblich* » (littéralement : avoir des conséquences juridiques) ; on pourrait dire qu'elle doit faire grief⁶¹. Le fait qu'une omission puisse faire l'objet d'un litige se justifie évidemment : ainsi, par exemple, pourrait-on contester par ce biais le refus du Président fédéral de promulguer une loi régulièrement adoptée par le Parlement.

3) Nature de la décision juridictionnelle

La procédure juridictionnelle du litige inter-organes se termine par une décision de constat (*Feststellungsurteil*) précisant que la mesure ou l'abstention viole ou non la Loi fondamentale (§ 67 BVerfGG). Cela signifie que la Cour n'annule ou ne suspend pas la mesure incriminée ni ne prononce une injonction à la partie adverse à faire ou ne pas faire quelque chose ; elle se contente de constater. Le § 67 part du principe que l'organe visé tirera les conséquences de ce constat et prendra, le cas échéant, les mesures propres à réparer la violation.

En dépit de ces formules lénifiantes, on constate tout de même que la juridiction constitutionnelle emploie parfois des formules plus directives. Ainsi, par exemple, l'arrêt du 8 décembre 2004 censurant la décision du Bundestag (en l'occurrence, par un vote remporté par la majorité gouvernementale contre les voix de l'opposition) d'accorder un siège supplémentaire aux groupes de la majorité dans la Commission de conciliation législative. Il y est dit que « le défendeur a l'obligation de prendre, en se référant aux indications du

un dixième pour demander le huis-clos (art. 42-I-2 LF), 5% des députés pour proposer un amendement en 3^e lecture (§ 85 règl. Bundestag). La question est plus controversée pour la « minorité de blocage » prévue par l'art. 79 al. 2 LF sur les révisions constitutionnelles. Il semble que l'on puisse l'admettre, s'il y a conflit au sein du Bundestag sur la question de savoir si un projet ou une proposition de loi revêt caractère formellement constitutionnel et requiert une adoption à la majorité des deux tiers des voix (sur ce problème, v. K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, Beck, 5^e éd. 2001, p 62).

⁵⁹ BVerfGE 80, 188 du 13 juin 1989 (droits du député non-inscrit Wüppesahl).

⁶⁰ « (Les députés du Bundestag allemand) 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 ».

⁶¹ A contrario, le simple blâme d'un député par le président du Bundestag n'est pas *rechtserheblich*.

présent arrêt de la Cour, une nouvelle décision sur les principes selon lesquels les membres du Bundestag seront élus dans la Commission de conciliation »⁶².

Quoi qu'il en soit, l'une des ambiguïtés de la décision rendue par la Cour dans la procédure des litiges inter-organes est celle de savoir s'il s'agit d'une interprétation générale d'une disposition de la Constitution fédérale ou bien une décision tranchant un litige concret. La loi sur la Cour se borne à indiquer que la juridiction constitutionnelle peut, dans le dispositif de son jugement, trancher simultanément une question de droit déterminante pour l'interprétation de la disposition de la Loi fondamentale, de laquelle dépend le constat (§ 67, 3^e phrase).

Ajoutons enfin que le requérant peut combiner une procédure de litige inter-organes avec un recours en référé (*Einstweilige Anordnung*) (§ 32-I BVerfGG) dans le cas où la mesure contestée pourrait créer une situation irréversible.

III. Bilan du mécanisme

Au contraire des procédures comparables jadis instaurées dans certaines constitutions d'Etats sous l'Empire allemand ou sous la République de Weimar, le mécanisme des litiges entre organes est bel et bien utilisé par les acteurs de la vie constitutionnelle allemande et son importance réelle loin d'être négligeable.

1) Sous l'angle quantitatif, tout d'abord, on compte, de 1951 à 2008 :

- 164 recours déposés au titre du litige inter-organes, soit un peu moins de trois recours par an en moyenne⁶³.

- La Cour de Karlsruhe a rendu environ 90 décisions auxquelles il faut ajouter quelques décisions de référés qui se rattachaient à un litige inter-organes.

A titre de comparaison, on note, durant la même période, environ 160 décisions relatives au contrôle abstrait de normes (sur saisine de la minorité au Bundestag, d'un gouvernement de Land ou du Gouvernement fédéral), environ 3400 arrêts relatifs au contrôle concret (sur renvoi des juges ordinaires), et plus de 163.000 recours individuels des citoyens.

- Sur les 90 décisions, j'ai relevé que dans 15 cas seulement, la Cour avait donné satisfaction totale ou partielle aux requérants en constatant une violation de la Constitution.

2) D'un point de vue qualitatif, ensuite, l'appréciation que l'on peut porter sur ce mécanisme est contrastée.

On doit constater que les affaires portées devant la Cour constitutionnelle fédérale au titre des litiges inter-organes sont d'importance très variable. L'usage, en particulier, que font les petits partis politiques des possibilités de recours qui leur sont ouvertes par la jurisprudence de Karlsruhe a contribué à multiplier les affaires⁶⁴. Ceci est aussi le revers de la subjectivisation de contentieux, par exemple lorsqu'un parti (notamment extra-parlementaire) conteste une loi électorale. Il s'agit en réalité moins d'un véritable conflit entre organes qu'un moyen d'obtenir l'invalidation d'une loi électorale. De même lorsqu'un député (ou un groupe de députés) attaque une décision du Président du Bundestag⁶⁵ ou bien conteste indirectement un traité international au motif qu'il violerait les droits du Parlement allemand⁶⁶.

⁶² BVerfGE 106, 253 du 3 décembre 2002 .

⁶³ On notera d'ailleurs que dans certains cas, plusieurs recours ont été formés dans une même affaire (ainsi, par exemple, en 1982 et 2005 contre la décision du Président fédéral de dissoudre le Bundestag). Le plus souvent, la Cour joint les requêtes.

⁶⁴ Ainsi, parmi bien d'autres exemples, le recours du parti d'extrême-droite NPD contre le Gouvernement fédéral : le parti attaquait la réponse gouvernementale à la question posée par un parlementaire sur les buts anticonstitutionnels du NPD (BVerfGE 57, 1 du 25 mars 1981, décision de rejet).

⁶⁵ Par ex., le recours de 30 députés d'opposition contre une résolution du Bundestag sur le droit de parole en séance publique (BVerfGE 10, 4 du 14 juillet 1959, rejet).

⁶⁶ Par exemple, aux débuts de la R.F.A. : Groupe SPD contre Gouvernement fédéral, sur l'approbation par le Gouvernement fédéral, sans solliciter un vote au Bundestag, du Traité entre le

A cet égard, il apparaît que tout mécanisme juridique peut être instrumentalisé. C'était déjà le cas sous la République de Weimar (le Staatsgerichtshof avait été saisi d'affaires parfois bien improbables).

Mais, pour autant, quelques questions très importantes lui ont été soumises par ce biais, en particulier :

- l'envoi des troupes armées à l'extérieur du territoire⁶⁷.
- le respect des droits de la minorité dans la procédure parlementaire, dans les commissions d'enquête⁶⁸.
- la dissolution du Bundestag (par deux fois)⁶⁹ : affaire qui, de très loin, pose le problème le plus intéressant, parce qu'il révèle la face la plus problématique de ce mécanisme des litiges constitutionnels.

Dans la plupart des cas, les litiges les plus significatifs mettent aux prises l'opposition et la majorité (ce qui ne saurait surprendre dans ce qu'il est convenu d'appeler un « parlementarisme majoritaire »). Le SPD, parti d'opposition, saisit fréquemment la Cour dans les années 1950 pour contester la politique d'ancrage à l'Ouest du Gouvernement Adenauer. Après l'établissement progressif d'un assez large consensus sur les institutions, l'usage du *Organstreitverfahren* fut très nettement plus rare. En revanche, depuis environ 25 ans, le ou les nouveaux groupes d'opposition frontale (les partis à la limite du système : les Verts naguère, le PDS puis Die Linke aujourd'hui) ont fréquemment recours au mécanisme des litiges inter-organes.

En conséquence, l'opposition défend en général les droits du Bundestag tout entier pour cette raison très simple que toute intervention formelle du Parlement donne l'occasion à cette opposition de s'exprimer et, dans certains cas, peut lui permettre de bloquer une décision (ainsi, par exemple, si une majorité des deux tiers des voix est requise).

3) La retenue de la Cour constitutionnelle fédérale

On recense environ 15 cas (sur 90 décisions) seulement dans lesquels la Cour a donné satisfaction totale ou partielle aux requérants. Le référé a été accordé dans de rares cas, la juridiction de Karlsruhe affirmant en toute hypothèse son obligation de retenue en la matière⁷⁰. Et si elle n'a pas fait sienne la « doctrine des questions politiques » de la Cour suprême des Etats-Unis, il lui faut parfois de longues pages pour ne rien décider ou décider a minima.

On relèvera également que le délai de jugement est parfois long. La Cour use de sa latitude pour sélectionner l'ordre des affaires qui lui sont soumises et il faut préciser que l'ampleur du nombre des recours, en particulier les recours individuels (même si la plupart sont écartés en formation restreinte de trois juges), peut expliquer le retard qu'elle prend à trancher les litiges inter-organes. On peut toutefois se demander s'il n'entre pas une part d'esquive de la part de la Cour : en tardant à trancher une affaire délicate, elle évite de statuer « à chaud » et contribue à la dédramatiser.

Land de Bade et le port autonome de Strasbourg (BVerfGE 2, 347 du 30 juin 1953 (rejet). Récemment : Recours du Groupe parlementaire Die Linke contre la loi approuvant le Traité de Lisbonne (au motif que le texte « viole les droits du Bundestag en tant qu'organe législatif et est donc non conforme à la LF) (arrêt du 30 juin 2009 (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, couplée avec 4 recours individuels).

⁶⁷ Notamment BVerfGE 90, 286 du 12 juillet 1994.

⁶⁸ Notamment BVerfGE 67, 100 du 17 juillet 1984.

⁶⁹ BVerfGE 62, 1 du 16 février 1983 et BVerfGE 114, 121 du 25 août 2005.

⁷⁰ Par exemple : BVerfGE 88, 173 du 8 avril 1993 (sur l'envoi de troupes de la Bundeswehr en Bosnie-Herzégovine dans le cadre d'une mission de l'O.N.U.). Cependant, dans un autre arrêt (BVerfGE 89, 38 du 26 juin 1993), la Cour, tout en rejetant la demande de référé, donne satisfaction partielle aux requérants en énonçant que l'opération d'envoi des troupes de la Bundeswehr en Somalie ne pouvait se poursuivre qu'à la condition que le Bundestag donne son approbation.

Il est, enfin, manifeste que le mécanisme des litiges inter-organes présente un effet dissuasif ou prophylactique assez marqué : sa seule présence est de nature à inciter les acteurs politiques (en particulier la majorité parlementaire vis-à-vis de l'opposition) à la modération, à les dissuader parfois de tenter d'imposer une interprétation unilatérale contestée de leurs prérogatives. De fait, le fort consensus sur les principaux traits du système institutionnel qui, assez rapidement, a gagné la R.F.A., explique le nombre relativement faible des litiges constitutionnels et leur caractère rarement dramatique. Sur ce point, le contraste avec la République de Weimar est patent.

*
* *

De l'aperçu qui précède, on peut bien penser que la question des conflits constitutionnels a trouvé une réponse assez univoque dans le droit constitutionnel allemand contemporain : au terme d'un long processus historique a mûri le principe d'une prise en charge par le texte constitutionnel lui-même de la question des conflits — l'idée que les conflits peuvent être réduits à des litiges juridiques. La solution juridictionnelle s'est, dès lors, imposée — on pourrait ajouter : elle s'est imposée bien au-delà des solutions répandues dans la majorité des démocraties constitutionnelles contemporaines du fait, précisément, de cet original mécanisme de traitement des litiges entre organes. Il est la réponse spécifiquement allemande au problème des conflits constitutionnels. Dans ces conditions, la Cour constitutionnelle fédérale paraît être ce "pouvoir judiciaire des autres pouvoirs" dont Benjamin Constant soulignait l'importance dans un autre contexte⁷¹. Sa compétence en matière de litiges organiques paraît justifier vraiment que l'on qualifie couramment cette Cour de « gardien de la Constitution »⁷².

L'histoire de la R.F.A. s'étant rapidement révélée moins dramatique que celle de sa devancière de Weimar, le mécanisme des litiges entre organes n'a jusqu'à présent pas été véritablement mis à l'épreuve : il a surtout servi pour trancher des controverses constitutionnelles plutôt que des conflits. La question demeure ouverte de savoir si l'on serait prêt à saisir la Cour dans des cas plus dramatiques. On peut avancer l'idée que la conception dominante en Allemagne du Droit de l'Etat constitutionnel fait que l'on recourt volontiers au juge constitutionnel : les acteurs semblent prêts à en payer le prix et risquer de voir leur échapper la maîtrise des conflits.

Reste que, s'il a été plus d'une fois utile mais joue assez rarement, le mécanisme allemand du traitement juridictionnel des litiges entre organes est intrinsèquement borné même s'il ne s'agit que de trancher une "controverse". Les Allemands croient volontiers aujourd'hui que leur Constitution est entièrement juridicisée. Or, il faut souligner qu'en réalité — comme toute autre constitution —, elle combine une collection de règles juridiques formelles (relatives au statut des organes, attributives de compétences et détaillant plus ou moins la procédure de prise de décision) avec la nécessité de "faire système" afin de fonctionner⁷³. Cela veut dire que certains énoncés de la constitution écrite renvoient inévitablement à des notions substantielles que ces énoncés ne peuvent pas expliciter par eux-mêmes, mais dont la compréhension relève de la confrontation des interprétations et des pratiques des gouvernants. L'illustration la plus évidente de cette limite intrinsèque de la régulation juridictionnelle des litiges constitutionnels est fournie par les deux procès relatifs à la dissolution du Bundestag. La Cour a dû (ou faire semblant d') analyser la notion de

⁷¹ *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties dans une monarchie constitutionnelles*, Paris, Nicolle, 1814, chap. I, p 8.

⁷² C. Gusy, « Justice constitutionnelle et gardien de la Constitution », in C. Grewe et alii (dir.), *La notion de "justice constitutionnelle"*, Dalloz, 2005, p 161-172.

⁷³ J'ai tenté d'expliquer cette distinction entre "droit de la constitution" et "système de gouvernement" dans « Le Prince inapprivoisé », *Droits*, n°44, 2007, p 101-137 (particulièrement p 103-110).

"confiance" du Parlement envers le Chancelier fédéral, confiance dont l'absence formellement éprouvée⁷⁴ est posée comme condition à la possibilité de dissolution par l'article 68 de la Loi fondamentale. Or, la Cour pouvait bien contrôler l'usage de l'article 68 au regard du "droit de la constitution", c'est-à-dire un respect formel de la procédure (i.e. le fait que la question de confiance ait été officiellement posée et rejetée par le Bundestag). Ce qu'en revanche elle ne pouvait faire décernement, c'était d'apprécier substantiellement si le chef du gouvernement jouissait *réellement et substantiellement* de la confiance d'une majorité de députés. Dans les deux cas, la Cour finit par valider la dissolution mais n'admit ouvertement que la seconde fois (en 2005) que son contrôle ne pouvait aller jusqu'à un certain point. C'était admettre *mezzo voce* mais sagement la part irréductiblement politique du conflit et les limites propres de l'intervention juridictionnelle.

On voit ainsi la part d'illusion qui entre dans la conception allemande contemporaine de l'«*Etat constitutionnel* ». L'expérience allemande tend à montrer que le destin du constitutionnalisme libéral-démocratique est sans doute que l'idéal d'un encadrement effectif du jeu politique par le droit ne peut demeurer qu'un horizon et que, quelque soin qu'on y apporte, il est dans la vocation propre du droit constitutionnel de demeurer un droit politique.

⁷⁴ C'est-à-dire d'un point de vue exclusivement procédural : Art. 68, al. 1^{er} : "Si une motion de confiance proposée par le Chancelier fédéral n'obtient pas l'approbation de la majorité des membres du Bundestag, le Président fédéral peut, sur proposition du Chancelier fédéral, dissoudre le Bundestag dans les vingt-et-un jours".