



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le sens d'une constitution vu par l'Allemagne

GAILLET AURORE

Référence de publication : GAILLET (A.), « Le sens d'une constitution vu par l'Allemagne », *Titre VII*, n° 1, 2018.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le sens d'une constitution vu par l'Allemagne

RÉSUMÉ

L'approche des célébrations respectives du sixantième anniversaire de la Constitution française et du soixante-dixième anniversaire de la Loi fondamentale allemande donne l'occasion de proposer une réflexion « vue d'Allemagne ». Après avoir présenté la spécificité de la notion de constitution au regard de l'histoire constitutionnelle allemande (XIXe siècle et Weimar), l'article s'attache aux débats plus contemporains accompagnant l'évolution de la Loi fondamentale (de son difficile départ en 1949 à sa relation étroite avec la Cour constitutionnelle fédérale). Les perspectives conclusives rappellent enfin les vifs débats occasionnés en Allemagne par l'idée de constitution européenne.

Érigée en « grand thème du XIXe siècle »¹, la constitution n'a, depuis lors, plus vraiment quitté la scène politique et juridique. Nul doute que les célébrations respectives du sixantième anniversaire de la Constitution française en octobre 2018 et du soixante-dixième anniversaire de la Loi fondamentale allemande en mai 2019 en témoigneront une nouvelle fois.

Si toute organisation politique est plus ou moins dotée d'une constitution, entendue dans un sens descriptif ou empirique, l'articulation d'un processus de formation démocratique de la volonté et l'encadrement juridique de ce processus politique est un phénomène plus récent². Limitation et légitimation de la puissance publique, pouvoir constituant du peuple³, hiérarchie des normes, séparation des pouvoirs et garantie des libertés pour construire l'État comme ordre de la liberté et de la démocratie : tels sont toujours les grandes questions attachées à l'étude de la constitution. Loin d'embrasser la pluralité de ces perspectives, ces quelques pages se concentreront sur quelque temps marquants pour le questionnement allemand y afférent. Après avoir présenté la spécificité de la notion de constitution au regard de l'histoire constitutionnelle allemande (I), il s'agira de s'attacher aux débats plus contemporains accompagnant l'évolution de la Loi fondamentale depuis 1949 (II), afin de rappeler, en guise de perspectives conclusives, les débats occasionnés par l'idée de constitution européenne (III).

I. Constitution et constitutionnalisme allemand - une histoire particulière

Nonobstant d'immanquables évolutions depuis lors, le contraste dressé en 2008 et 2009, entre une Loi fondamentale allemande fréquemment présentée comme le fruit de l'« histoire d'un succès »⁴,

voire érigée en « produit d'exportation »⁵, et une perspective française plus critique sur sa propre Constitution⁶, demeure dans l'ensemble. Cette observation s'avère particulièrement intéressante si elle est rapportée à l'histoire : du XIXe siècle (1) aux débats de Weimar (2), le « sens » de la constitution allemande la reléguait en effet bien loin des modèles français et américain.

1. Une entrée tardive dans la modernité politique

Présentant classiquement la constitution comme un produit des révolutions américaine et française de la fin du XVIII^e siècle, nourries des représentations des Lumières, la doctrine allemande relève fréquemment le contraste de la situation allemande. Quelles que soient leurs particularités, la Constitution américaine de 1787 et la Constitution française de 1791 (plaçant à sa tête la Déclaration de 1789) sont issues de ruptures, tendant non seulement à changer de régime, mais aussi à bouleverser le fondement de légitimité⁷. Rien de tel dans l'Allemagne du XIX^e siècle, où la constitutionnalisation contribue le plus souvent à accompagner un pouvoir monarchique déjà établi, en lui offrant une assise juridique⁸, s'ancrant ce faisant dans une tradition « romantique » du temps long⁹. Différentes étapes de l'histoire constitutionnelle allemande ont en effet contribué à façonner une pensée spécifique de l'État, de la forme de gouvernement et de la constitution. S'agissant des rapports entre constitution et État, nonobstant la force qu'acquiert « l'État-puissance » dans la seconde partie du XIX^e siècle, l'Allemagne reste une construction tardive. Avant l'unification de 1867/1871, il n'est guère évident de donner une constitution à ce qui a pu être qualifié de « monstre », faute de modèle étatique¹⁰, ou de « néant »¹¹. S'agissant des rapports entre constitution et forme de gouvernement (et principe de légitimité), le terme de « constitution » qui accompagne la transition graduelle de l'ancien cadre du XVIII^e siècle à la monarchie constitutionnelle du XIX^e siècle reste « énigmatique »¹². Il y a certes des « vagues » successives d'un « constitutionnalisme allemand » (deutscher Konstitutionalismus), de la première Constitution octroyée par Napoléon au Royaume de Westphalie en 1807 aux Constitutions octroyées en Prusse et en Autriche après la révolution avortée de 1848¹³ ; mais les conflits constitutionnels qui agitent le XIX^e siècle allemand ne parviennent pas à renverser le modèle allemand de la monarchie limitée. Instituant une coexistence des principes monarchique et représentatif, ce système se distingue du parlementarisme de l'Europe de l'Ouest et « participe d'un discours libéral caractérisé par la modestie de ses exigences constitutionnelles »¹⁴. Les conceptions constitutionnelles françaises restent une référence constante, tour à tour louées pour la liberté politique qui leur est associée¹⁵ ou rejetées pour leur caractère potentiellement subversif¹⁶. La tentative de « constituer » la nation et l'État allemand à partir du peuple ayant échoué en 1848/1849¹⁷, ce système restera en vigueur, dans ses grandes lignes, jusqu'en 1918.

La question constitutionnelle sera entièrement reposée sous Weimar, République née de la chute de l'Empire wilhelminien et des révolutions qui l'accompagnent.

2. La constitution au cœur de la « querelle des méthodes et des orientations » sous Weimar

La Constitution du 14 août 1919 institue un système politique républicain et démocratique qui instaure un profond changement de paradigme en Allemagne. La démocratisation, comme la parlementarisation du régime, dans un contexte politique troublé, occasionne de vifs débats autour de l'objet « constitution ».

L'adjectif « constitutionnel » se voit précisément conférer une signification autonome dans le cadre de la « querelle des méthodes et des approches » (Methoden- und Richtungsstreit) qui agite la doctrine du droit public de Weimar¹⁸. Dans la préface de sa Théorie de la Constitution, Carl Schmitt considère ainsi que le « sentiment de sécurité politique et sociale de la période d'avant-guerre »¹⁹ n'avait pas permis l'émergence d'une science du droit constitutionnel (Verfassungsrecht), distincte de l'ancien droit « public » ou « de l'État » (Staatsrecht). À l'inverse, l'effervescence de la doctrine weimarienne, sur fond de culture d'hyperpolitisation, conduit à mobiliser de nouvelles ressources conceptuelles, notamment afin de préciser les rapports entre le droit constitutionnel et les sciences humaines et sociales. Pour les uns, Hans Kelsen au premier plan, il s'agit de refonder radicalement le principe de pureté méthodologique de la

science du droit, dépassant ce faisant le positivisme traditionnel, triomphant à la fin du XIXe siècle²⁰. Pour les autres, les « antipositivistes », tout hétéroclites soient-ils, il s'agit de s'atteler à retrouver l'ancrage social et politique de la constitution, excluant toute neutralité axiologique et politique du droit. L'attestent deux essais majeurs, publiés en 1928 autour de la « constitution ». Dans sa *Constitution et droit constitutionnel*, Rudolf Smend entend dépasser la norme écrite pour mieux servir la « vie dans laquelle l'État trouve sa réalité vitale (*Lebenswirklichkeit*) [...], son processus d'intégration (*Integrationsprozess*) »²¹. Quant à la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt, elle accentue encore la relativisation du droit constitutionnel écrit et la lecture politique de la constitution « de l'État », rapportée à « l'unité politique d'un peuple »²². On retrouve donc ici l'approche institutionnelle de la constitution, Schmitt « radical[isant] la conception hégélienne, [...] ni[ant...] le constitutionnalisme en faisant constamment prévaloir la raison d'État sur la norme juridique »²³.

Ces oppositions sont loin d'épuiser les débats. Il est néanmoins significatif de relever qu'elles seront poursuivies par la doctrine d'après-guerre, soucieuse de conférer de nouvelles assises juridiques à la République fédérale d'Allemagne. Les tenants de Smend et de Schmitt s'opposeront notamment autour de la précision des rapports entre l'État (*Staat*) et la constitution (*Verfassung*)²⁴.

II. Loi fondamentale et constitution depuis 1949 - une histoire renouvelée

Adoptée en 1949 dans un État « en miettes »²⁵, sur les ruines du nazisme, la Loi fondamentale allemande connaît un difficile départ, marqué par une quête de normalisation alors impossible (1). La charge symbolique dont elle est impartie en est d'autant plus lourde (2), charge en partie endossée par la Cour constitutionnelle fédérale (3).

1. *Le difficile départ de 1949*

La question constitutionnelle est nécessairement reposée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Partout en Europe, voire dans le monde, l'histoire de la constitution est progressivement celle d'un « succès », ne serait-ce qu'en raison de la légitimation qui l'assortit²⁶.

En Allemagne, le recours à la théorie constitutionnelle classique contribue précisément à tourner la page de la dictature nazie et à arrimer l'Allemagne à l'Europe de l'Ouest. L'influence du modèle issu des Lumières et construit autour des représentations d'un contrat social et politique, associant légitimation de la puissance publique, garantie des libertés individuelles et souveraineté du peuple, est manifeste. Dans sa version du 23 mai 1949, le Préambule de la Loi fondamentale dispose ainsi que le « peuple allemand [...] a adopté [la] Loi fondamentale [...] en vertu de son pouvoir constituant [...] afin de donner à la vie étatique un nouvel ordre ». La légitimité démocratique est assurée par les références essentielles au « pouvoir constituant »²⁷ et au principe selon lequel « tout pouvoir d'État émane du peuple » (art. 20 al. 2 LF). À cet égard, la Cour constitutionnelle rappelle que le « peuple », que « la Loi fondamentale [...] considère comme le titulaire du pouvoir constituant » et comme le « sujet de légitimation démocratique [...] de l'étatité constituée », est bien le peuple « allemand »²⁸. Quant à l'État, la « Loi fondamentale [...] part du principe que l'Empire allemand a survécu à l'effondrement de 1945 »²⁹ et qu'il s'agit non pas de fonder un nouvel État, mais de donner un nouvel ancrage juridique à l'État allemand.

Pour autant, nul n'est dupe quant au caractère partiel et volontariste de cette présentation. On retrouve dès

lors ici la spécificité de l'évolution historique de l'idée de constitution en Allemagne : le territoire est occupé par les Alliés et divisé en zones d'occupation, bientôt elles-mêmes écartelées entre les contrôles occidentaux et le contrôle soviétique ; l'encadrement du pouvoir constituant révèle la perte de souveraineté ; le peuple « allemand » restera divisé jusqu'en 1990, et instamment appelé à « parachever l'unité et la liberté de l'Allemagne en pleine liberté de décision » (préambule de 1949). À la déchéance morale s'ajoute en conséquence le constat de l'atrophie des éléments traditionnellement constitutifs de l'État – peuple, territoire et souveraineté. Prononcée lors du Congrès de l'Association des professeurs de droit public de 1955, année décisive pour la reconquête (partielle) de la souveraineté allemande, la sentence de Günter Dürig est révélatrice à cet égard : « l'Allemagne demeure un État parce que nous voulons qu'elle se perpétue en tant que tel »³¹. Ce contexte particulier explique la terminologie adoptée : la « Loi fondamentale » est conçue comme une constitution provisoire en l'absence d'un peuple uni ; ce texte est issu des travaux d'un « Conseil parlementaire » (Parlamentarischer Rat) et non d'une assemblée « constituante », dès lors que cette assemblée réunit des représentants élus par les parlements des Länder, dont la mission est encadrée par les lignes directrices données par les Alliés.

C'est pourtant bien dans ce contexte qu'il faut comprendre l'importance redoublée de la constitution dans l'Allemagne d'après-guerre.

2. *La lourde charge symbolique de la Loi fondamentale*

Quels que soient les obstacles entourant sa naissance, la Loi fondamentale allemande se voit rapidement chargée d'une lourde mission symbolique. D'aucuns y perçoivent en effet le refuge répondant tout à la fois au « besoin d'identité », au « malaise » et à la « détresse » suscités par la quête d'identification du peuple allemand³². Après avoir relevé le caractère « tardif » de la nation allemande³³, il s'agirait désormais de trouver le lien à même de faire tenir ensemble une nouvelle « constellation post-nationale »³⁴ et composite. Dans ce sens, le « patriotisme constitutionnel »³⁵ pourrait constituer un vecteur d'intégration en l'absence de formes plus classiques de patriotisme, attachées à la « patrie », disqualifiées par la période nationale-socialiste.

À cette charge symbolique « d'intégration » s'ajoute en outre une nouvelle charge de défense des valeurs libérales de l'État de droit démocratique. L'histoire constitutionnelle allemande explique ainsi l'approche spécifique d'une démocratie parfois définie comme « militante » ou « combative », à même d'assurer les conditions de sa propre survie³⁶. L'interdiction des « associations [...] dirigées contre l'ordre constitutionnel » (art. 9 al. 2 LF), la possible « déchéance des droits fondamentaux » de « quiconque » serait amené à en abuser (art. 18), la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale pour statuer sur « l'inconstitutionnalité » des partis politiques (art. 21 al. 2 et 4) ou encore ladite « clause d'éternité », prohibant toute révision constitutionnelle « qui toucherait » à l'intangibilité de la dignité humaine ou à l'ordre fédéral, démocratique et social (art. 79 al. 3) trouvent ici un sens particulier.

De telles garanties, placées sous le contrôle d'une puissante Cour constitutionnelle, sont largement étrangères au droit constitutionnel français.

3. *La Constitution allemande saisie par la Cour constitutionnelle fédérale*

La postérité de l'expression de « patriotisme constitutionnel » doit beaucoup à l'utilisation qu'en a faite Jürgen Habermas³⁷. Elle s'explique cependant avant tout par la légitimité que la Loi fondamentale a progressivement acquise. À ce titre, la force motrice des évolutions propres à ancrer la Constitution allemande dans le temps long est amplement à chercher du côté de la Cour constitutionnelle fédérale³⁸. Son rôle de catalyseur d'identification collective³⁹ tient aux rapports étroits, patiemment tissés, entre les titulaires des droits fondamentaux et leur constitution. S'interroger aujourd'hui sur « le sens d'une constitution vu d'Allemagne » suppose donc d'intégrer l'importance déterminante acquise par la Cour de Karlsruhe, laquelle contribue tout à la fois à stabiliser – en juridicisant – les rapports entre organes politiques⁴⁰, à garantir l'autonomie individuelle et à institutionnaliser le contrat social. L'existence d'un recours accordant à « qui- conque » la possibilité de saisir la Cour (art. 93 al. 1 4a) favorise en effet la reconnaissance de la Loi fondamentale comme « constitution des citoyens » (Bürgerverfassung)⁴¹. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle tend de surcroît à entretenir les piliers d'une « living constitution » que sont la « stabilité, l'ouverture vers l'avenir et la préservation de la diversité »⁴². Qu'il s'agisse d'interpréter la constitution comme « unité de sens » (Sinneinheit)⁴³ ou, surtout, de développer les droits fondamentaux comme droits subjectifs

et éléments d'un « ordre objectif » irradiant l'ensemble de l'ordre juridique⁴⁴, le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour le développement d'une culture de la constitution n'a pas d'équivalent en France⁴⁵. À la veille de la célébration des soixante-dix ans de la Loi fondamentale, on perçoit à quel point les questions posées par la « constitution » en Allemagne ont été renouvelées par cet essor sans précédent de la justice constitutionnelle : la question de la concordance entre texte et réalité constitutionnelle⁴⁶ intègre au premier plan la jurisprudence de la Cour ; celle-ci contribue à la considération acquise par le constitutionnalisme allemand.

Rien de figé ni d'infaillible toutefois, tant de nouvelles réalités politiques et sociales supposent en permanence de repenser les cadres de nos modèles. C'est ainsi que, si l'on peut désormais renverser les mots de Ferdinand Lassalle, lequel, en plein conflit constitutionnel prussien, en 1862, avait rapporté les questions constitutionnelles à des questions strictement politiques⁴⁷, l'emprise du droit et de la Cour n'est pas exempte de critiques. L'hypertrophie des discours des droits fondamentaux dans le discours juridique, les incertitudes des conceptions axiologiques⁴⁸ ainsi que les risques de l'emprise d'un « positivisme de la jurisprudence constitutionnelle »⁴⁹ ne manquent ainsi pas d'être pointés. Il restera en outre à observer dans quelle mesure le droit constitutionnel allemand saura accompagner les évolutions les plus récentes, de la situation politique inédite et instable, née des élections du 24 septembre 2017, à la situation sociale qui demeure critique face aux questions d'intégration suscitées par la crise migratoire⁵⁰.

À ce dernier égard toutefois, la perspective nationale ne saurait suffire et gagnera à être enrichie par la prise en compte de la dimension européenne de la problématique. C'est du reste dans ce dernier cadre que les discussions suscitées par la notion de constitution ont été bousculées.

III. Remarques conclusives : la notion de constitution bousculée par l'europanisation

Doit-on s'en tenir au « corset »⁵¹ des concepts traditionnels forgés dans le cadre national de l'État⁵² ? – dans quel cas, il demeure bien difficile d'identifier un État, un peuple, un gouvernement démocratique européens et, partant, une Constitution européenne⁵³. Doit-on au contraire faire évoluer les concepts pour prendre en compte l'autonomie du droit constitutionnel européen et penser la désétatisation des États

membres comme le pluralisme des sociétés 54 ? Ces questions sont familières de la doctrine française, en particulier depuis la qualification des traités européens de « charte constitutionnelle de base »⁵⁵, depuis Maastricht et, plus encore, depuis les débats suscités par l'élaboration d'une « Constitution européenne »⁵⁶.

En guise de conclusion de ces propos, on peut simplement observer que le recours à l'histoire et aux conceptions allemandes, tout comme l'approche comparée franco-allemande, permettent d'alimenter la réflexion. Que ce soit pour avoir pensé la constitution avant même l'émergence de l'État national allemand ou pour s'être très tôt interrogée sur « la fin de l'étatisme »⁵⁷, la doctrine allemande confère une perspective intéressante à l'étude des formes fédératives hors souveraineté⁵⁸. Dès le départ en outre, eu égard aux conditions de sa naissance, la Loi fondamentale allemande se présente comme la constitution d'une « étaticité ouverte »⁵⁹. Et, ici encore, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale apporte d'importants éléments d'étude, qu'il s'agisse de s'interroger sur la protection des droits fondamentaux ou sur les fondements de la légitimation démocratique⁶⁰. À ce rappel du noyau dur des « identités » constitutionnelles s'ajoutent des questions déterminantes autour de la place du droit et du dialogue des juges au sein d'une « association européenne des cours constitutionnelles », appelée de ses vœux par le président de la Cour de Karlsruhe⁶¹.

S'il y a sans doute là davantage de questions que de réponses, nul doute que le droit comparé, dans l'histoire et le temps franco-allemands, demeure une solide balise pour s'interroger sur le sens d'une constitution, fût-elle secouée par les nouveaux défis du XXI^e siècle.

Pour des perspectives d'ensemble : W. Brohm, « Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie ? », *NJW*, 2001, p. 1 sq. ; M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, Chr. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht : eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011 ; M. Stolleis (dir.), *Herzkammer der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2011.

Voir ainsi, dès l'origine, la rédaction du Préambule : « Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale [...] » ; ou encore l'article 24 de la Loi fondamentale : « La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions inter- nationales (al. 1) ; « Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut adhérer à un système de sécurité mutuelle collective ; elle consentira à cet effet aux limitations de ses droits de souveraineté qui établissent et garantissent un ordre pacifique durable en Europe et entre les peuples du monde. » (al. 3).

Notes de bas de page

1. D. Grimm, « Ursprung und Wandel der Verfassung », (§ 1), in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, t. 1, 3^e éd., Heidelberg, C.F.

Müller, 2003, p. 1-43, en part. p. 23, n° 52 - citant not. (p. 115)

C. v. Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, t. 2, Stuttgart, 1830, p. 172 (« c'est aujourd'hui, de manière tout à fait particulière, l'ère des constitutions »).

2. D. Grimm, H. Mohnhaupt, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2002 ; O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in Ph. Raynaud, St. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2008, p. 133-142.

3. E.-W. Böckenförde, « Le pouvoir constituant du peuple, notion limite du droit constitutionnel », in du même, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. fr. (O. Jouanjan), Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2000, p. 208 sq.

4. T. Oppermann, « Deutschland in guter Verfassung? – 60 Jahre Grundgesetz », *Juristen Zeitung*, 15 mai 2009, p. 481-532, en part. p. 491. Les célébrations des décennies successives de la Loi fondamentale ont été autant d'occasions de poser de proches constats. Voir par exemple : H. Maier, *40 Jahre Grundgesetz – Eine Bestandaufnahme/40 ans de Loi fondamentale*

– *Un bilan, 1990* ; Bundesministerium des Innern (dir.), *Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft*, Dokumentation zum Verfassungskongress « 50 Jahre Grundgesetz – 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland », Opladen, 1999 ; C. Hillgruber, C. Waldhoff (dir.), *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung ?*, Bonn, 2010.

5. P. Häberle, « Grundgesetz als Exportgut im Wettbewerb der Rechtsordnungen », in C. Hillgruber, C. Waldhoff (dir.), *60 Jahre Bonner Grundgesetz : eine geglückte Verfassung ?*, op. cit., p. 173-203 ; K. Stern, « Ausstrahlungswirkung des Grundgesetzes auf ausländische Verfassungen », in Bundesministerium des Innern (dir.), *Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft*, op. cit., p. 249-276.

6. Les titres de nombreuses contributions parues à l'occasion des cinquante ans de la Constitution de 1958 sont significatifs à cet égard, pointant fréquemment les déséquilibres et les ambiguïtés des rapports entre les pouvoirs. Voir notamment : D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution*, 2008 ; B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, 2008.

7. Voir notamment O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, 2009 (« II. Le “moment Sieyès” dans l'histoire du concept de constitution en France ») ; P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, 1998.

8. Voir dans ce sens l'opposition présentée par Christoph Möllers entre le « type » français et américain de « constitution comme politisation du droit » et le « type » allemand et anglais comme « juridicisation de la politique » : Chr. Möllers, « Verfassungsgebende Gewalt - Verfassung - Konstitutionalisierung », in A. v. Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht : theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2009, p. 227-277, en part. p. 229 sq.

9. Voir ici la distinction entre la tradition de la théorie constitutionnelle issue des Lumières et la tradition romantique, allemande, inscrite dans un continuum historique et organiciste : J. Isensee, « Staat und Verfassung » (§ 15), in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der*

Bundesrepublik Deutschlands, t. 2, *op. cit.*, p. 3-106, en part. p. 72 *sq.* (n° 133 *sq.*).

10. C'est ici le qualificatif choisi par Samuel von Pufendorf, cherchant en vain un modèle dans les formes étatiques connues (*De statu imperii germanici*, 1667, publié sous le pseudonyme Severinus de Monzambano).

11. Voir ainsi G. W. F. Hegel, *Über die Verfassung Deutschlands*, 1802 – dans le contexte de la chute du Saint-Empire romain germanique : « l'Allemagne n'est plus un État. Les anciens professeurs de droit public qui, en travaillant sur le droit public allemand [...], cherchaient à établir un concept de constitution allemande, ne parvenaient pas à s'accorder [...]. Il n'y désormais plus de querelle [...] ce qui ne peut plus être conceptualisé n'est plus rien ». On notera ici que cette définition correspond à la conception de la constitution défendue par Hegel, conception institutionnelle attachée à la notion d'État, qui se démarque de la conception juridique du constitutionnalisme révolutionnaire.

12. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800- 1914*, t. 2, München, Beck, 1992, p. 99. Voir aussi la présentation d'un dictionnaire de référence de 1830 : « il n'y a pas de mot qui soit associé plus étroitement à tous les mouvements actuels que celui de constitution. Et pourtant, dans le même temps, il n'y a pas non plus de mot dont le sens soit si controversé » (Brockhaus, 7e éd., t. 2, 1830, Art. « Constitutionen », cité par D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, *op. cit.*, p. 115).

13. En Prusse, après l'échec de différentes tentatives, une Constitution est octroyée le 5 décembre 1848, puis « révisée » le 31 janvier 1850. En Autriche, qui reste une monarchie absolue durant tout le Vormärz, c'est la révolution du 13 mars 1848 à Vienne, suivie de la chute de Metternich, qui conduit à l'octroi de la Constitution du 25 avril 1848. Sur ces questions, en français : A. Gaillet, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, Paris, Dalloz, 2012, p. 44 *sq.*

14. J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, Léviathan, 2002, p. 6 ; E.-W. Böckenförde, « Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jh. », in W. Conze (dir.), *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1970, p. 70 *sq.* Sur la question de la souveraineté : H. Dreier, « Der Ort der Souveränität », in le même, J. Hofmann (dir.), *Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung*, 1986, p. 11 *sq.*

15. W. v. Humboldt, « Ideen über Staatsverfassung, durch die neue Französische Konstitution veranlasst. Aus einem Briefe an einen Freund, August 1791 » (« Idées sur la constitution, à l'occasion de la nouvelle Constitution française de 1791, extrait d'une lettre à un ami ») ; C. Th. Welcker, « Grundgesetz, Grundvertrag », in Rotteck/Welcker, *Staatslexikon*, 2e éd., t. 6, Altona, 1847.

16. Voir par exemple le rapport rédigé par Friedrich von Gentz, collaborateur de Metternich, à l'occasion de l'ouverture du Congrès de Karlsbad, afin d'endiguer la réception de la « folie de l'égalité des droits » et du « principe insensé de la souveraineté suprême du peuple » dans les États allemands qui se dotent de constitutions. (F. v. Gentz, *Über den Unterschied zwischen den landständischen und repräsentativen Verfassungen*, 1819, reproduit in J. L. Klüber, *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation*, *op. cit.*, resp. p. 215 et 217.

17. Voir ainsi Beseler, rapporteur de l'influente Commission constitutionnelle à l'Assemblée constituante de Francfort en 1848/1849 : « Il est de notre devoir de constituer » (« Es ist unsere Aufgabe zu constituieren ») (C. G. Beseler, Rede v. 4.7.1848, Sten. Ber. Dt. Nationalvers., t. 1, 1848, p. 701).
18. O. Beaud, « Carl Schmitt, un juriste engagé », préface à Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 3-119 ; O. Jouanjan, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », in O. Jouanjan/É. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale, critique sociologique du droit*, 2015, p. 223-251.
19. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München, Leipzig, 1928, rééd. Berlin 1954, p. IX.
20. Notons ainsi que l'on doit le principal commentaire de la Constitution de Weimar à Gerhard Anschütz, déjà grande figure du positivisme de l'Empire wilhelminien (*Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, 14e éd., Berlin, Stilke, 1933). C'est toutefois Hans Kelsen – et avec lui l'école de Vienne – qui fonde le « normativisme », tendant à une exacerbation de la définition juridique de la constitution (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1911 ; *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer 1925 ; *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, M. Jestaedt (dir.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2008).
21. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, p. 78.
22. C. Schmitt, *Théorie de la constitution* (1928), trad. fr. précitée 1993, p. 131 (2e éd. 2013). Voir, dans le même sens, la qualification bien connue de « décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre » (Ibid., p. 211-212).
23. O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 139.
24. F. Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezsision und Integration 1949-1970*, Munich, Oldenbourg, 2004. Les tenants de Rudolf Smend sont notamment Horst Ehmke, Konrad Hesse, Peter Häberle, quand Ernst Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde ou encore Josef Isensee s'inscrivent davantage dans l'héritage de Carl Schmitt.
25. M. Stolleis, « Image et réalité de l'État en Allemagne de l'Ouest (1945-1960) », *Droits*, 49, 2009, p. 135-158, en part. p. 138.
26. D. Grimm, « Ursprung und Wandel der Verfassung », *op. cit.*, p. 23, n° 52.
27. D. Murswiek, *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Dunker & Humblot, 1978, p. 80 sq.
28. BVerfGE 83, 37, arrêt du 39 octobre 1990 – Ausländerwahlrecht I.
29. BVerfG 36, 1 [16] – arrêt du 31 juillet 1973 – Grundlagenvertrag. Sur l'insoluble question de la pérennité du Reich après 1945 : M. Stolleis, « Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945-1949 », in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. 1., *op. cit.*, § 7, n° 34 sq. ; K. Nielauf, *Der Weg zum Grundgesetz*, Munich, Schäffer, 1998.
30. M. R. Lepsius, « Die Teilung Deutschland und die deutsche Nation » (1981), in le même, *Demokratie in Deutschland*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993, p. 196-228.
31. G. Dürig, « Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither », *VVDStRL*, vol. 13, 1955, p.

31 sq., en part. p. 36 (nous soulignons).

32. Ces trois termes peuvent traduire le mot allemand « Not » contenu dans l'expression « Identitätsnot » choisie par J. Isensee, « Staat und Verfassung » (§ 15), in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, op. cit., t. 2, p. 3-106, en part. p. 15, n° 17.

33. H. Plessner, *Die verspätete Nation, 1933*, R. Koselleck, « Deutschland – eine verspätete Nation ? » (1998), in le même, H.-G. Gadamer, *Zeitschichten. Studien zur Historik*, Frankfurt 2000, p. 359-379.

34. J. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, Berlin, Suhrkamp Taschenbuch, 1998 ; le même, « Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden ? » in le même, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Berlin, Suhrkamp Taschenbuch, 1976, p. 92 sq.

35. D. Sternberger, « Verfassungspatriotismus », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 mai 1979 ; le même, « Verfassungspatriotismus » (1982), in *Schriften*, t. X, 1990.

36. Chr. Gusy, *Weimar – die wehrlose Republik ?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991 ; H. Dreier, « Grenzen demokratischer Freiheit in Verfassungsstaat », *JZ*, 1994, p. 741 sq. ; J. Becker, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », *HStR* VII, 1992, § 167, n° 48 ; M. Thiel (dir.), *Wehrhafte Demokratie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003 ; Voir aussi : BVerfGE 49, 24 (56). En français : A. Simard, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en RFA », *Jus Politicum* 1 (2008).

37. J. Habermas, « Über den doppelten Boden des demokratischen Rechtsstaates », in le même, *Eine Art Schadensabwicklung*, Berlin, Suhrkamp Taschenbuch, 1987, p. 19 ; D. Grimm, « Verfassungspatriotismus nach der Wiedervereinigung », in le même, *Die Verfassung und die Politik*, München, Beck, 2001, p. 107-117 ; J. W. Müller, *Verfassungspatriotismus*, Berlin, Suhrkamp Taschenbuch, 2010. Critique : D. Merten, « Verfassungspatriotismus und Verfassungsschwärmerei », *VerwArch.* 83 (1992), p. 283 sq.

38. É. François, « La Cour constitutionnelle fédérale et la culture juridique allemande », *Le Débat*, n° 168, 2012, p. 81-90.

39. Voir ici la définition du droit constitutionnel comme science culturelle par Peter Häberle (en français : *L'État constitutionnel*, Paris, Economica, 2004).

40. E.-W. Böckenförde, « Demokratie als Verfassungsprinzip », in P. Kirchhof, J. Isensee (dir.*.*), *Handbuch des Staatsrechts*, t. 2, op. cit., § 24, n° 14 sq. ; C. D. Classen, « La notion constitutionnelle de démocratie en Allemagne et en France. Remarques sur la concrétisation d'une notion ouverte dans l'espace juridique européen », *Jus Politicum*, n° 18, 2017.

41. T. Oppermann, « Deutschland in guter Verfassung ? – 60 Jahre Grundgesetz », *JZ* 10/2009, p. 481-553, en part. p. 486.

42. Tels sont en tout cas les objectifs et principes présentés par son Président : A. Voßkuhle, « Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen "Quellcodes" durch das Bundesverfassungsgericht », in C. Hillgruber, C. Waldhoff (dir.), *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung ?*, op. cit., p. 97-116. En français : A. Voßkuhle, « La

Loi fondamentale à la lumière de la Cour constitutionnelle fédérale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 59, 2018, p. 57-67.

43. Décision Solange II du 22 octobre 1986 (BVerfGE 73, 339 [386]).
44. Arrêt Lüth du 15 janvier 1958 (BVerfGE 7, 198 [205]). T. Henne, A. Riedlinger (dir.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Der Konflikt um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005. Pour une perspective critique de la conception axiologique du droit : cf. infra note n° 48.
45. Voir dans ce sens les vœux du Conseil constitutionnel au président de la République, 3 janvier 2018, Discours de M. Laurent Fabius, président du Conseil constitutionnel : « [...] on chercherait jusqu'ici en vain dans la capitale française - comme dans la plupart de nos villes - une avenue, un boulevard, une rue, voire une placette, qui porte le nom de "Constitution" [...]. En Allemagne, la Loi Fondamentale de 1949 bénéficie elle aussi d'un grand prestige et consensus [...]. La situation française est différente. ».
46. W. Hennis, « Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem » (1968), in M. Friedrich, *Verfassung, Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, p. 232-267 ; N. Luhmann, « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », *Rechtshistorisches Journal* 9, 1990, p. 176.
47. F. Lassalle, *Ges. Reden und Schriften*, introduit et dirigé par E. Bernstein, II, 1919, p. 25 sq.
48. E.-W. Böckenförde, « Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts », in du même, *Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Berlin, Suhrkamp Taschenbuch p. 67 sq. (trad. fr. : E.-W. Böckenförde, « Pour une critique de la fondation axiologique du droit », in du même, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 77 sq.). Voir aussi : le même, « Les méthodes d'interprétation de la constitution : un bilan critique », du même, *Le droit, l'État et la constitution démocratique, op. cit.*, p. 249 sq.
49. B. Schlink, « Die Enttrophnung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit », *Der Staat* 28 (1989), p. 161 sq. ; Chr. Schönberger, « Bundesverfassungsgerichtspositivismus : Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks », in J. Nolte, R. Poscher, H. Wolter (dir.), *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit : Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag*. 2014, p. 41-49.
50. Voir ainsi les débats et articles autour de « la démocratie en temps de migration » (Démocratie in Zeiten der Migration), publiés in JöR NF 66 (2018), p. 337-470.
51. Chr. Möllers, « Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung », *op. cit.*, p. 247.
52. O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, 1994, Paris, PUF, Léviathan, p. 209 ; E. W. Böckenförde, « Begriff und Probleme des Verfassungsstaates », in : le même, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Berlin, Suhrkamp, 1992, p. 127 sq.
53. D. Grimm, « Ohne Volk keine Verfassung », *Die Zeit*, 18 mars 1999 ; le même, « Le

moment est-il venu d'élaborer une constitution européenne ? » in R. Dehousse, *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 69 *sq.*, le même, « Braucht Europa eine Verfassung ? », *JZ*, 1995, p. 581-591, p. 589, n° 45.

54. J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, 1997 ; I. Pernice, « Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration », *AöR* 120 (1995), p. 100*sq.* ; J. Habermas, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000.

55. CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste « Les Verts », aff. 294/83, Rec., 1339.

56. O. Jouanjan, « Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », *Cités*, vol. 13, n° 1, 2003, p. 21-35.

57. C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1932), 2e éd., 1963, préface, p. 10.

58. O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 2e éd., 2009 ; A. v. Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden, Nomos, 1999 ; I. Pernice, « Europäisches und nationales Verfassungsrecht », *VVDStRL* 60 (2001), p. 148 *sq.*

59. V. K. Vogel, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, Mohr, 1964.

60. Voir not. les décisions Solange du 29 mai 1974 (BVerfGE, 37, 271) et du 22 octobre 1986 (BVerfGE 73, 339) ; l'arrêt Maastricht du 12 octobre 1993 (BVerfGE 89, 155) ; la décision Règlement du marché de la banane du 7 juin 2000 (BVerfGE 102, 147) ; l'arrêt Lisbonne du 30 juin 2009 (BVerfGE 123, 267), la décision du 14 janvier 2014 (BVerfGE 134, 366) et l'arrêt du 21 juin 2016 (2 BvR 2728/13) rendus dans le cadre de l'affaire « OMT », la décision Mandat d'arrêt européen II du 15 décembre 2015 (2 BvR 2735/14). Pour la précision des liens avec la Conv. EDH, voir aussi l'arrêt Détention de sûreté II du 4 mai 2011, BVerfGE 128, 326.

61. A. Voßkuhle, « Der europäische Verfassungsgerichtsverbund », *NVwZ* 2010, p. 1 *sq.*