



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

Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2021

Gaillet Aurore, Classen Claus Dieter

Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC)

Université de Toulouse 1 Capitole

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

CHRONIQUE

Droit constitutionnel allemand Quelques étapes marquantes de l'année 2021

CLAUS DIETER CLASSEN
AURORE GAILLET

I – PERSPECTIVE D'ENSEMBLE

A – LA VIE POLITIQUE

Les élections législatives du Bundestag, organisées le 26 septembre 2021, ont constitué le principal évènement politique de l'année. Les résultats sont connus, mais non moins intéressants à rappeler, y compris dans une perspective française : les sociaux-démocrates de la SPD ont devancé les autres partis, avec 25,7 % des voix (contre 20,5 % en 2017, et jusqu'à seulement 15 % d'intention de vote, ce qui aurait constitué un recul sans précédent) ; les conservateurs (Union) de la CDU et de la CSU ont en revanche perdu beaucoup de terrain (24,1 % ; contre 33 % en 2017, résultats déjà fort décevants par rapport aux scrutins antérieurs) ; les Verts ont obtenu leur meilleur résultat historique (14,8 %, score toutefois bien en deçà des attentes nourries par les sondages) ; les libéraux de la FDP se sont maintenus à un résultat relativement bon (11,5 %) ; tandis que la droite populiste de l'AfD a connu un léger recul (10,3 %, contre 12,6 % en 2017). On relèvera un nombre de sièges inégalés au parlement allemand : 739 (709 en 2017), augmentation fréquemment critiquée, qui s'explique par les spécificités du système électoral allemand¹.

Conformément à la logique parlementaire allemande, il restait à s'accorder sur une coalition afin de mener la future législature (2021-2025). La perspective d'une nouvelle Grande Coalition (SPD/CDU-CSU) ne recueillant guère de soutien dans la population, les options envisageables s'orientaient principalement autour de deux options, associant trois partis : Union/Verts/FDP (coalition « Jamaïque » – noir, vert, jaune –, selon l'appellation courante des coalitions allemandes en fonction des couleurs des différents partis) et SPD/Verts/FDP (coalition « Feu tricolore » – rouge, vert, jaune). C'est cette dernière option qui a finalement abouti, dans une atmosphère suffisamment sereine pour permettre

Claus Dieter Classen, Professeur de droit public, Université de Greifswald ; Aurore Gaillet, Professeur de droit public, Université Toulouse 1 Capitole, membre junior de l'Institut Universitaire de France (IUF).

1. Cf. aussi nos remarques *infra* (IV.A).

l’élaboration rapide d’un programme de gouvernement commun. Celui-ci a été fixé dans un « contrat de coalition » de 177 pages. C’est aussi sur cette base que, le 8 décembre 2021, le Bundestag a élu le chancelier fédéral, conformément à l’article 63 de la Loi fondamentale (Constitution allemande – ci-après LF) : sur proposition (formelle) du président Walter Steinmeier, Olaf Scholz a obtenu la majorité absolue requise.

L’orientation progressiste du contrat de coalition, intitulé *Oser plus de progrès*, n’a pas manqué d’être soulignée – et largement saluée. Les défis à venir, en particulier sur les plans économique, écologique et européen, n’en sont pas moins considérables. S’ajoutait, sans surprise, la lutte contre la pandémie de Covid-19 : dès l’automne, la nouvelle vague de propagation du virus a révélé les limites de la couverture vaccinale en Allemagne. La nouvelle majorité politique avait cependant indiqué son intention de ne pas recourir aux outils juridiques mis en place par l’ancienne coalition (loi fédérale permettant au Parlement de prendre des mesures en cas de « situation épидémique de portée nationale »). Les hésitations consécutives ont été relayées lors des discussions parlementaires relatives aux nouvelles modifications apportées à la Loi sur la protection contre les infections (*Infektionsschutzgesetz*), principal fondement normatif des mesures prises dans le cadre de la crise sanitaire².

B – LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE

Quiconque cherche à comparer les jurisprudences du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande doit garder à l’esprit les importantes différences procédurales qui les séparent. La Cour allemande connaît notamment une plus grande variété de procédures, ce qui conduit aussi à un nombre élevé de recours (5352 formés, 5569 traités en 2021) ; cela est surtout lié à l’existence de recours individuels (*Verfassungbeschwerde*), procédure largement privilégiée (95 % des recours en 2021), même si rarement couronnée de succès (1,85 % en moyenne, au cours des dix dernières années). Classiquement, la majorité des décisions ont été rendues par les « sections » (*Kammer*), formations de jugement composées de trois juges, statuant à l’unanimité et sur des affaires à même d’être tranchées à la lumière d’une jurisprudence établie. Seules quelques décisions (61 en 2021) ont été tranchées par l’une des « chambres » de huit juges (*Senat*), par décision (*Beschluss*) ou arrêt (*Urteil*), en cas d’audition orale³.

C’est sur ces dernières décisions « de chambre » que la présente chronique se concentrera, en proposant une perspective de la jurisprudence européenne de la Cour (II), de ses grandes décisions touchant principalement aux droits fondamentaux (III), et de quelques décisions intéressant le contentieux institutionnel (IV).

2. Cf. *infra* III.B.

3. Sur ces procédures, nous nous permettons ici de renvoyer à nos précisions in A. Gaillet, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021, p. 42 *sq.*

II – LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE DE KARLSRUHE

A – SUITE ET FIN DES CRISPATIONS PSPP ?

La jurisprudence « européenne » de la Cour constitutionnelle fédérale allemande trouve souvent un écho bien au-delà des frontières allemandes. Tel a notamment été le cas de son important arrêt du 5 mai 2020, dans lequel elle a qualifié d'acte *ultra vires* l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) sur le programme d'achat *PSPP* de la Banque centrale européenne (BCE)⁴. Y étaient critiqués la motivation de la BCE relative au programme *PSPP* et le contrôle exercé par la CJUE, tous deux jugés insuffisants par Karlsruhe. Au fond, il s'agissait de s'interroger sur les moyens mis en œuvre par les organes constitutionnels afin de permettre à la BCE d'agir conformément au droit. Selon l'arrêt du 5 mai, il revenait à la BCE d'apporter des justifications complémentaires – sous peine de s'opposer à la participation de la Bundesbank (Banque fédérale allemande) au programme. Les réactions ont été rapides : le Parlement allemand s'est penché de manière intensive sur les conséquences de l'arrêt et la BCE lui a transmis, dans le délai imparti, des documents supplémentaires à même de justifier sa décision. Partant, la demande des requérants, tendant à obtenir des mesures d'exécution de l'arrêt (article 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale), a été rejetée⁵ : la Cour constitutionnelle fédérale a en effet considéré que les exigences formelles de son arrêt étaient désormais remplies (examen approfondi par le Bundestag, motivations complémentaires de la BCE). Au-delà de certaines critiques qui peuvent être formulées sur ce plan procédural, on peut relever que la deuxième chambre de la Cour, compétente en l'espèce, a pris sa décision avec la participation d'un membre de la première chambre : une juge de la deuxième chambre, Astrid Wallrabenstein, s'était en effet exprimée publiquement sur l'arrêt – après son élection à la Cour, mais avant sa nomination formelle – et a donc été récusée pour cause de partialité, à la demande des requérants⁶. Ce procédé peut surprendre lorsque l'on sait que les juges allemands s'expriment régulièrement, tant sur des questions générales de droit constitutionnel, que sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. Reste que, en l'espèce, les propos de la juge Wallrabenstein pouvaient être interprétés comme de nature à relativiser la portée de l'arrêt de la Cour, ce qui était difficilement acceptable par ses collègues.

Pour conclure sur l'affaire *PSPP*, soulignons que la clôture de la procédure par la Cour allemande n'en signe pas complètement la fin. Certes, l'assurance donnée par le gouvernement allemand que tout serait fait pour éviter un nouvel arrêt *ultra vires*, a conduit la Commission européenne, en décembre 2021, à classer sans suite la procédure d'infraction qu'elle avait ouverte contre l'Allemagne, en vertu de l'art. 258 TFUE. Des incertitudes demeurent néanmoins,

4. *BVerfGE* 154, 17 ; v. notre chronique pour 2020, *RFDC* 128 (2021), 143 (145 ss.).

5. Décision du 29 avril 2021, 2 BvR 1651/15 e.a.

6. Décision du 12 janvier 2021, 2 BvR 2006/15. V. à ce sujet : C. Walter, P. Nedelcu, « Der Wallrabenstein-Beschluss und die politische Dimension des Verfassungsprozessrechts », *Verfassungsblog*, 16.02.2021 (<https://verfassungsblog.de/der-wallrabenstein-beschluss-und-die-politische-dimension-des-verfassungsprozessrechts/>).

la Cour allemande n'ayant pas modifié sa jurisprudence sur les limites constitutionnelles de l'intégration⁷.

B – RESSOURCES PROPRES DE L’UNION ET *NEXT GENERATION EU*

En matière de droit de l’Union, la décision allemande la plus importante de l’année 2021 concernait l’approbation, par le législateur fédéral, de la décision du Conseil de l’Union du 14 décembre 2020, relative au système des ressources propres de l’Union. Rappelons que cette décision autorise également la Commission européenne à lever 750 milliards d’euros sur le marché des capitaux pour financer le Fonds européen de construction *Next Generation EU*. Cette décision n’a pas manqué d’être contestée par voie de recours constitutionnel, les requérants pointant la violation des limites constitutionnelles de l’intégration. Une procédure de référé avait été engagée en parallèle, afin d’enjoindre au Président fédéral de s’abstenir de ratifier la décision. Répondant à un recours provisoire, la Cour commence par interdire la ratification, afin de préserver le temps nécessaire pour examiner la demande⁸, mais finit par rejeter le recours⁹. La question principale était de savoir si la décision du Conseil emportait des obligations de paiement ou des engagements de responsabilité qui, non seulement portaient atteinte à l’autonomie budgétaire du Bundestag allemand, pour une période notable, mais la vidaient, en outre, de sa substance, violant en conséquence le principe démocratique (art. 20 LF). La Cour a rejeté cette argumentation, considérant qu’une responsabilité de la République fédérale n’existe, tout au plus, qu’à titre subsidiaire, et qu’elle devrait de surcroît être partagée avec les autres États membres. Elle a également accepté l’évaluation du Bundestag, selon lequel les risques engagés par la décision demeuraient faibles, ne s’opposant donc pas à sa responsabilité d’intégration. Le cadre général de la procédure a également joué un rôle : attendre une décision sur le fond, qui aurait nécessité l’intervention de la CJUE en vertu de l’article 267 TFUE, « porterait atteinte, voire manquerait l’objectif économique de la décision européenne » (pt. 106 de l’arrêt) et causerait des dommages considérables en matière de politique étrangère et européenne. Dans le cas où la décision européenne s’avérerait être un acte *ultra vires*, il resterait loisible à la CJUE de l’annuler.

C – JURIDICTION UNIFIÉE DU BREVET

La Cour constitutionnelle fédérale allemande s’est par ailleurs prononcée une nouvelle fois sur la « Juridiction unifiée du brevet » (JUB), telle que prévue par l’Accord du 19 février 2013, signé par vingt-cinq États membres. En 2020, elle avait censuré une première loi de ratification allemande, pour des raisons formelles¹⁰. Le gouvernement allemand n’avait pas tardé à présenter une nouvelle

7. V. la décision sur la juridiction unifiée du brevet du 23 juin 2021, étudiée *infra*, et dans laquelle la Cour confirme expressément ses réserves (n° 73 *sq.*).

8. Décision du 15 avril 2021, 2 BvR 547/21.

9. Décision du 26 mars 2021.

10. Décision du 13 février 2020, BVerfGE 153, 74 ; v. notre chronique, *RFDC* 128 (2021), 143 (en part. p. 148 *sq.*).

loi, répondant aux conditions de majorité requises. Un nouveau recours n'en a pas moins été déposé, assorti d'une demande de protection provisoire (comme dans le cas de la décision sur les ressources propres étudiée *supra*). Par sa décision du 23 juin 2021¹¹, la Cour de Karlsruhe rejette la demande de protection provisoire comme irrecevable. Les griefs des requérants, notamment fondés sur la violation de l'État de droit et du principe démocratique, ont, en effet, été jugés insuffisamment motivés : les requérants auraient pu préciser leurs doutes relatifs à la garantie de protection juridique (protégée en Allemagne par l'art. 19 al. 4 LF) ; de même, leur démonstration d'une atteinte suffisamment actuelle et directe a été jugée insuffisante. La loi allemande de ratification de l'Accord sur la JUB a dès lors pu être promulguée le 12 août 2021, ouvrant la voie à l'entrée en vigueur de l'Accord, par ailleurs déjà ratifié par la France, ainsi que par dix-sept autres États de l'Union. Reste à suivre sa mise en application, notamment organisée par un « Protocole d'application provisoire ».

D – PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX EN CAS DE RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES

Dans une procédure en cours depuis 2014, une entreprise s'est opposée à l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament vétérinaire, accordée à une entreprise concurrente dans le cadre de la procédure de reconnaissance mutuelle au sein du marché intérieur de l'UE (autorisation accordée par les autorités britanniques). Dans une décision du 27 avril 2021, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que la question de la légalité de la décision britannique ne peut être examinée que par les juridictions britanniques¹². Elle s'est, pour sa part, concentrée sur la seule question de la liberté professionnelle des requérantes. Tout en laissant ouverte la question de savoir s'il convenait d'appliquer l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux ou l'article 12 de la Constitution allemande, la Cour de Karlsruhe considère que les dispositions allemandes sont compatibles avec les limites de la liberté professionnelle. Si ce résultat n'a rien de surprenant, il aurait pu être opportun de soumettre l'affaire à la Cour de Justice de l'Union.

E – PRÉCISIONS AUTOUR DES ACTEURS DE LA POLITIQUE EUROPÉENNE DE L'ALLEMAGNE

Mentionnons enfin deux décisions concernant les relations entre le gouvernement fédéral et le parlement allemands dans l'élaboration de la politique européenne.

Dans un premier arrêt, rendu le 27 avril 2021¹³, il s'agissait de savoir à quel moment le ministre des Finances de l'époque, Wolfgang Schäuble, aurait dû informer le Bundestag des réflexions menées au sein du gouvernement, en amont du sommet de la zone euro du 11 au 13 juillet 2015 (au sujet de la

11. 2 BvR 2216/20.

12. 2 BvR 206/14.

13. Arrêt du 27 avril 2021, 2 BvE 4/15.

possible sortie de la Grèce de la zone euro, et dont certaines personnes tels les présidents de la Commission européenne et de la BCE avaient été informés dès le 10 juillet au soir). L'information n'avait en effet été donnée que tardivement (le 12 juillet, vers 16 heures). Pour la Cour, cette temporalité n'est pas de nature à satisfaire les conditions posées par la Loi fondamentale (art. 23 al. 2), exigeant une information « complète », « le plus tôt possible » et sans que ne s'y opposent les garanties liées à la protection du secret. Par cette décision, rendue au terme d'un contrôle remarquablement intensif, la Cour constitutionnelle renforce une nouvelle fois le rôle du Bundestag en matière d'intégration européenne¹⁴.

Tel n'est cependant pas toujours le cas : en témoigne la décision du 2 mars 2021¹⁵, rejetant le recours du parti Die Linke, tendant à faire constater la nécessité d'une loi du Bundestag dans le cadre de la définition de la position du gouvernement allemand sur le Traité CETA (accord commercial entre l'UE et le Canada). La requête a été rejetée comme irrecevable, faisant valoir qu'une telle obligation n'est pas prévue par l'article 23 al. 3 LF.

III – PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

A – LA DÉCISION *CLIMAT* DE KARLSRUHE

La décision *Climat*¹⁶, jugeant inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi fédérale « sur la protection du climat », adoptée en 2019, est assurément l'une des grandes décisions de l'année 2021. Première grande contribution de Karlsruhe au contentieux climatique, elle a suscité une importante attention internationale. Ses apports spécifiques à la « dogmatique des droits fondamentaux »¹⁷ sont également de nature à intéresser tout spécialement la doctrine constitutionnelle.

D'un point de vue procédural, la Cour ouvre largement la porte de la recevabilité des recours, y compris aux mineurs et aux étrangers, résidant notamment au Népal et au Bangladesh – mais sans aller jusqu'à accepter les requêtes déposées par les associations environnementales. Sur le fond, le contrôle s'articule principalement autour du respect des droits fondamentaux à la vie et à l'intégrité physique (art. 2 al. 2 phrase 1 LF) et à la propriété (art. 14 al. 1 LF), en partie combinés à l'objectif de « protection des fondements naturels de la vie », visé à l'article 20a LF. Comprendre la décision suppose de garder à l'esprit les deux temps du raisonnement opéré par la Cour, suivant la temporalité visée par l'Accord de Paris de 2015 sur le climat, que la loi tend à intégrer dans le droit allemand. Pour la première période, qui s'étend jusqu'en 2030, la Cour ne

14. V. déjà : BVerfGE 123, 267 (432 *sq.*) ; Arrêt *Lisbonne* du 30 juin 2009 ; BVerfGE 129, 124, arrêt du 7 septembre 2011 (*Aide d'urgence à la Grèce*).

15. Décision du 2 mars 2021, 2 BvE 4/16, BVerfGE 157, 1.

16. Décision du 24 mars 2021 – 1 BvR 2656/18 e.a., BVerfGE 157, 30.

17. V. à ce sujet, l'analyse détaillée que nous avons proposée par ailleurs : A. Gaillet, D. Grimm, « La décision *Climat* de Karlsruhe », *AJDA*, 2022, p. 166-171.

constate pas de violation des droits fondamentaux invoqués : si elle reconnaît bien l'existence d'« obligations de protection » de l'État découlant de l'art. 2 al. 2 phrase 1 LF, lequel « inclut la protection contre les dangers du changement climatique » (consid. de principe 1, pts. 143 *sq.*), elle refuse de sanctionner le législateur à ce titre, afin de respecter sa marge d'appréciation. Les inconstitutionnalités constatées concernent la période 2030-2050, et la censure est justifiée par la violation des « libertés par-delà le temps et les générations » (pt. 142). C'est à ce niveau que s'observent les deux principales innovations dogmatiques : attribution aux droits fondamentaux d'un « effet anticipé similaire à celui d'une ingérence » (*eingriffsähnliche Vorwirkung*) et mise en avant d'une « garantie intertemporelle » (*intertemporale Freiheitssicherung*). L'usage du principe de proportionnalité est ici particulièrement intéressant, établissant un pont temporel entre les deux périodes, comme entre les droits fondamentaux des individus et les obligations d'agir assignées à l'État : la méconnaissance du principe découle en effet du « risque non suffisamment maîtrisé, à présent, de restrictions futures apportées aux droits fondamentaux » pour atteindre la neutralité climatique, désormais associée à l'art. 20a LF (pts. 182-183 ; pt. 243, après de longs développements consacrés au calcul dudit budget CO₂, pts. 206 *sq.* – nous soulignons).

Différents points de la décision demeurent problématiques, telle la précision des rapports entre les droits fondamentaux et l'objectif étatique de l'art. 20a LF ou celle des relations entre l'Accord de Paris sur le climat et le droit constitutionnel allemand. Dans l'ensemble, c'est surtout la portée symbolique de la décision qui doit être retenue¹⁸. De la présentation du contexte général, à l'appui des données scientifiques pointant le caractère irrémédiable des atteintes à l'environnement, aux relations établies avec la violation des droits et libertés des générations présentes et à venir, la décision *Climat* de Karlsruhe est sans aucun doute une grande étape du contentieux climatique ; mais ses effets réels demeurent à concrétiser.

Il revenait en définitive au législateur d'adapter la loi climat avant le 31 décembre 2022. Le mandat a été respecté, dès le 10 août 2021. Il reste à observer sa mise œuvre, en tenant compte des impulsions de la nouvelle coalition issue des élections de septembre 2021. On peut néanmoins – malheureusement – rester prudent sur la portée des évolutions, les décisions concrètes demeurant conditionnées par la force des volontés politiques, aux niveaux nationaux comme internationaux.

B – LES PREMIÈRES GRANDES DÉCISIONS « COVID-19 »

Comme en France, la gestion des crises liées à l'épidémie Covid-19 a suscité un important contentieux¹⁹. Rappelons que les premières mesures ont été adoptées sur le fondement de la loi « de protection contre les infections » (*Infektionsschutzgesetz*) de 2001, dont le § 28 investit les « autorités compétentes » du

18. Ce qui semble être confirmé par la décision rendue le 1^{er} février 2022 (1 BvR 1665/21 e.a.), par laquelle une formation de trois juges de la première chambre a rejeté plusieurs recours constitutionnels dirigés contre la politique climatique de dix *Länder* et visant notamment à leur enjoindre de renforcer leur politique climatique.

19. Pour l'année 2020, v. déjà notre chronique, *RFDC* 128 (2021), 143 (144).

pouvoir de prendre les « mesures de protection » qui s'imposent, tandis que son § 32 autorise « les gouvernements des *Länder* » à prendre les mesures correspondantes par voie de règlement (*Rechtsverordnung*). Partant, outre les pouvoirs conférés au ministère fédéral de la Santé, les principales mesures se sont traduites par des règlements des *Länder* et des mesures individuelles des autorités locales. Les tribunaux administratifs ont été les premiers saisis. Quant à la justice constitutionnelle fédérale, parfois saisie après épuisement des recours administratifs, elle n'a déclaré inconstitutionnel aucun des (nombreux) règlements contestés²⁰. La situation a été modifiée en avril 2021 par l'intervention du législateur fédéral. La « quatrième loi de protection en cas de situation épidémique de portée nationale » enrichit en effet la loi de 2001 d'un nouvel art. 28b : d'une durée limitée dans le temps (jusqu'au 30 juin 2021), ledit « frein d'urgence fédéral » (*Bundesnotbremse*) a prévu directement de nombreuses restrictions (fermetures d'école, couvre-feux, etc.), toutes dépendantes de l'évolution du « taux d'incidence » de l'épidémie (taux évalué en fonction du nombre de nouveaux cas pour une population donnée). Les contestations n'ont pas manqué de parvenir à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe.

Après avoir rejeté de premières demandes de protection juridique provisoire²¹ ainsi qu'une demande de récusation²², la Cour a rendu deux longues décisions, toutes deux en date du 19 novembre 2021 – la première, plus générale, se penchant notamment sur les limitations de sortie et de contact (*Bundesnotbremse I*), la seconde, plus spécialement concentrée sur les fermetures d'école (*Bundesnotbremse II*)²³. Les attentes placées dans ces premières grandes décisions liées à la pandémie ont été largement déçues : en dépit des controverses suscitées par la loi, les juges de Karlsruhe l'ont estimée conforme à la Loi fondamentale.

Les critiques formulées à l'encontre de la loi étaient de plusieurs ordres. Sur le plan formel, outre la question de savoir si la loi aurait nécessité une approbation du *Bundesrat* (en vertu de l'art. 104a al. LF), les débats ont porté sur le respect des « limites » (*Schranken*) posées par l'art. 2 al. 2 phrase 3 et l'art. 104 al. 1 phrase 1 LF : une loi portant directement atteinte à la liberté de circulation (garantie par l'art. 2 al. 2 phrase 2 et l'art. 104 al. 1 phrase 1 LF), sans autre acte d'exécution, satisfait-elle aux prescriptions formelles selon lesquelles des ingérences ne peuvent être apportées à ces droits « qu'en vertu d'une loi » ? Plus précisément, cette dernière prescription s'opposait-elle à une réglementation « autoexécutoire » (*selbstvollziehend*), contenant *elle-même* les ingérences et dont

20. Notons par ailleurs quelques décisions intéressantes rendues par la justice constitutionnelle des États, par ex. la décision de la Cour de la Sarre du 28 avril 2020 (*SaarVerfGH*, Lv 7/20) ou encore l'arrêt rendu par la Cour de Thuringe le 1^{er} mars 2021 (*ThürVerfGH*, VerfGH 18/20).

21. Décision du 31 mai 2021 – 1 BvR 794/21 e.a.

22. Décision du 12 octobre 2021 – 1 BvR 781/21. Était en cause un dîner organisé le 30 juin 2021 et réunissant la Chancelière et la plupart des ministres fédéraux d'une part, les seize juges de la Cour d'autre part. La demande de récusation était dirigée contre le Président de la Cour Stefan Harbarth et la juge Suzanne Baer et pointait notamment le thème choisi (« Des décisions dans un contexte d'incertitude »), jugé trop proche de la procédure contentieuse en cours. V. à ce sujet : M. Gerhold, « L'impartialité du juge constitutionnel : développements récents en droit allemand sur un sujet classique de la justice constitutionnelle comparée », *AJDA*, 2022, p. 392 *sq.*

23. Resp. 1 BvR 781/21 e.a. et 1 BvR 971/21 e.a.

l'absence de mesures d'exécution privait les particuliers d'une véritable protection juridique, notamment devant les tribunaux administratifs ? S'ajoutaient, sans surprise, des griefs sur le plan de la constitutionnalité matérielle de la loi, s'agissant des libertés en cause et, surtout, du respect du principe de proportionnalité – spécialement au regard des couvre-feux, dont certains avaient par ailleurs été censurés par la justice administrative²⁴ – et au regard des fermetures d'écoles, bien plus largement pratiquées en Allemagne qu'en France.

La Cour n'a retenu aucune de ces objections. Sur le plan formel, elle a interprété l'art. 104a al. 4 LF de manière restrictive et rejeté les doutes relatifs à l'existence d'une loi prévoyant ses propres mesures d'exécution. Les débats suscités à ce dernier sujet, intéressant les rapports loi/mesures d'exécution/protection juridique, sont particulièrement intéressants d'un point de vue français.

Sur le fond, il faut d'abord mentionner la reconnaissance sans précédent d'un « droit à l'éducation scolaire » (*Recht auf schulische Bildung*), dont les enfants et adolescents peuvent se prévaloir à l'encontre de l'État. Nonobstant cet apport spécifique de la décision *Bundesnotbremse II*, le traitement réservé au principe de proportionnalité a également concentré de nombreuses critiques. Afin de rejeter tous les recours, la Cour s'est, en effet, largement prévaluée de la « liberté d'appréciation » du législateur démocratique, tel qu'éclairé par les connaissances scientifiques, quelles que soient leurs incertitudes s'agissant de l'évolution de la pandémie. Le recours à un « concept global de protection » (pt. 274 de la décision *Bundesnotbremse I*) s'analyse de concert avec le refus d'opérer un contrôle juridictionnel approfondi. La citation de différentes décisions de ses homologues étrangers (y compris du Conseil constitutionnel)²⁵ traduit-elle sa volonté d'asseoir ce choix jurisprudentiel dont elle anticipait les critiques ?

Nul doute que les deux décisions *Bundesnotbremse* du 19 novembre 2021 continueront à susciter des commentaires, à moyen terme, s'agissant des nouveaux appels à légitimer pour répondre à l'évolution du virus ; à plus long terme, s'agissant des rapports entre la Cour et le législateur.

C – TRIAGE – TRI DES PATIENTS À L'HÔPITAL ?

L'une des dernières décisions rendues en 2021 par la Cour constitutionnelle fédérale peut aussi être lue comme une réponse à certaines questions posées dans

24. Décisions des cours d'appel administratives de Bade-Wurtemberg (5.2.2021, 1 S 321/21, pts. 37 *sq.*) et de Basse-Saxe (6.4.2021, 13 ME 166/21, pts. 25 et s). V. aussi, s'agissant du confinement, la décision de la Cour d'appel administrative de Bavière (4.10.2021, 20 N 20.767).

25. On relèvera avec intérêt l'usage différencié de ce recours au droit comparé. Contrairement à la deuxième décision, où la Cour se situe en accord avec les décisions citées (pts. 123 et 135), elle choisit, dans sa première décision, de citer le Conseil constitutionnel comme contre-exemple : celui-ci n'effectuerait en effet qu'un contrôle de l'erreur manifeste (*Evidenzkontrolle*). Sont ici citées (pt. 171) les décisions n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020, cons. 6 ; n° 2020-811 DC du 21 décembre 2020, cons. 4 ; n° 2021-824 DC du 5 août 2021, cons. 29 (toutes concernant des mesures prises dans le cadre de la lutte anti-Covid). S'il est manifeste de constater la différence de traitement du principe de proportionnalité, la Cour allemande s'y attardant bien plus longuement, l'attitude conciliante à l'égard du législateur n'est-elle pas, en définitive, comparable ?

le cadre de la pandémie. Dans sa décision *Triage* du 16 décembre²⁶, la Cour s'est en effet prononcée sur la difficile question du « tri » des patients à l'hôpital. Elle était saisie par des personnes lourdement handicapées, faisant valoir l'inaction du législateur pour prévenir le risque de subir des discriminations en cas de surcharge des hôpitaux. Une première procédure d'urgence en ce sens avait été rejetée en juillet 2020²⁷, la formation compétente de la Cour considérant que la difficile question posée ne pouvait qu'être traitée au principal, et non par une ordonnance d'urgence (s'ajoutait aussi la prise en compte de la situation de l'époque, jugée non urgente, en raison d'un engorgement alors moindre des hôpitaux). Un an et demi plus tard, alors que les hôpitaux allemands avaient atteint pour la première fois leurs limites de capacité, la première chambre de la Cour donne raison aux requérants : « en omettant de prendre des dispositions pour que personne ne soit, en raison d'un handicap, désavantagé lors de l'attribution de ressources en soin intensif », le législateur allemand a violé l'art. 3 al. 3 phrase 2 LF (consid. de principe 1). Pour parer à ce risque « structurel », le législateur dispose cependant d'une marge de manœuvre. Il lui revient de décider s'il doit fixer des critères orientant d'éventuelles décisions de répartition permettant de « sauver des vies » : les règles informelles existant au sein du corps médical sont jugées insuffisantes et l'interdiction de privilégier une « vie par rapport à une vie », imposée par l'inviolabilité de la dignité humaine (art. 1 al. 1 LF), ne s'y oppose pas. Le législateur peut également choisir de donner des « instructions procédurales » ou/et d'enrichir la formation des personnels de santé (pt. 128).

La décision est remarquable pour au moins deux raisons. D'une part, il est rare que la Cour constitutionnelle déduise de la « mission de protection » (*Schutzauftrag*) des obligations d'agir aussi directes et concrètes. Cela s'explique toutefois par l'inaction jusqu'alors complète du législateur – à l'inverse de ce qui a pu être observé pour la question climatique (cf. *supra*). L'importance accordée à la vie (art. 2 al. 2 phrase 1), « bien juridique suprême » (pt. 110), joue également un rôle. D'autre part, la focalisation sur la protection des personnes handicapées montre, au moins implicitement, que, selon la Cour, la question du « triage » ne doit pas être réglée de manière générale par la loi.

Reste à présent au législateur à se saisir de la mission impartie par la Cour – ce qui ne devrait guère tarder, la décision ayant été accueillie de manière favorable par une large partie de la doctrine et de la classe politique.

IV – DROIT CONSTITUTIONNEL INSTITUTIONNEL

A – DROIT DE VOTE

Sans doute, à l'inverse du Conseil constitutionnel français, la Cour allemande n'est-elle pas juge électoral en première instance. Son importance pour les questions liées au droit électoral n'est est pas moindre pour autant. L'année 2021,

26. Décision du 16 décembre 2021, 1 BvR 1541/20.

27. Décision du 16 juillet 2020, 1 BvR 1541/20.

année des élections législatives au Bundestag, en donne de nouvelles illustrations²⁸, également intéressante dans la perspective française des élections de 2022.

Plusieurs décisions concernaient des micro-partis. Pour pouvoir présenter une liste régionale aux élections fédérales, il faut en effet, entre autres, faire état de la qualité de parti politique (art. 18, al. 1 de la loi électorale fédérale [BWahlG]). Les partis qui ne sont pas représentés de manière continue au Bundestag ou dans un Landtag, avec au moins cinq députés depuis les dernières élections, doivent notamment présenter un programme de parti (§ 18 al. 2 BWahl) et un certain nombre de signatures de soutien (§ 27 al. 1 BWahlG). En outre, un parti perd son statut de parti s'il n'a pas participé à une élection au Bundestag ou à un Landtag pendant six ans et s'il n'a pas rempli son obligation de présenter un rapport financier au cours de la même période (article 2, al. 2 de la loi sur les partis [PartG]). La non-reconnaissance de cette qualité de parti peut être contestée devant la Cour constitutionnelle fédérale. Sur les vingt organisations ayant usé de cette possibilité, seul le Parti communiste allemand a obtenu gain de cause (sa seule erreur ayant été de déposer ses comptes en retard)²⁹.

La Cour a par ailleurs rejeté d'autres recours visant plus spécialement la réglementation mentionnée relative aux signatures de soutien. Elle a ainsi jugé insuffisante la motivation faisant valoir la nécessité d'adopter des règles spéciales pour les périodes de pandémie.

Enfin, des partis bien établis se sont également tournés vers la Cour constitutionnelle. 216 députés du Bundestag, issus des groupes parlementaires du FDP (Libéraux), des Verts et de la Gauche ont ainsi formé un contrôle de normes abstrait, assorti d'une demande d'ordonnance provisoire, tendant à obtenir qu'une modification de la loi électorale adoptée en 2020 ne soit pas appliquée lors des élections de 2021. La réforme était motivée par la crainte d'une nouvelle augmentation du nombre de députés. Récurrente en raison du système électoral des mandats dits « excédentaires et de compensation », la crainte s'est avérée justifiée : dépassant largement le nombre légal (598), le Bundestag compte désormais 736 membres, contre déjà 709 lors de la législature 2017-2021. Tout en reconnaissant l'importance des problèmes, la Cour n'y voit pas de raisons suffisantes pour justifier la non-application provisoire de la réglementation de 2020³⁰. La question de la taille du Bundestag demeure donc entière.

B – FINANCEMENT DE L'AUDIOVISUEL PUBLIC

Une autre décision remarquable de l'année 2021 concerne le financement de l'audiovisuel public, sur lequel la Cour constitutionnelle fédérale a statué avec une rapidité remarquable, le 20 juillet 2021³¹. Rappelons qu'en Allemagne, la radiodiffusion publique est financée par des contributions payées par la population et que, si la fixation de ces dernières relève de la compétence des *Länder*, elle doit néanmoins être uniforme sur tout le territoire fédéral. Partant, son montant est fixé dans un « traité d'État », conclu entre les *Länder* et

28. Décisions du 22 juillet 2021, 1 BvC 1/21 à 20/21.

29. Décision 1 BvC 8/21.

30. Décision du 20 juillet 2021, 2 BvF 1/21.

31. Décision 1 BvR 2756/20 e.a.

approuvé par leurs parlements. La Cour constitutionnelle fédérale avait en outre déjà indiqué en 2007 que le financement de la radiodiffusion ne devait pas être fixé selon des critères politiques, afin de garantir son indépendance et sa « distance à l’égard de l’État ». Il revient en conséquence à une commission indépendante d’examiner les besoins exprimés et de formuler des recommandations, en principe contraignantes³².

Or, en 2020, les gouvernements des *Länder* avaient conclu, sur la base d’une recommandation de ladite commission, un projet de traité prévoyant une légère augmentation de la contribution (de 17,50 à 18,36 euros par mois). Ce projet avait été approuvé par tous les parlements régionaux, à l’exception de celui de Saxe-Anhalt, pour des raisons principalement liées à la situation politique du *Land*, marqué par le poids de l’AfD (droite populiste). C’est dans ce contexte que plusieurs chaînes publiques ont déposé un recours constitutionnel, pointant l’absence de nouvelle réglementation fixant le montant des contributions. Ce qui est remarquable dans la décision de Karlsruhe, ce n’est, en définitive, pas tant le fait que le recours ait abouti, que le fait que la Cour n’ait pas contraint la Saxe-Anhalt à donner son accord : le traité doit en effet s’appliquer dans toute l’Allemagne, même sans l’accord du Landtag de Saxe-Anhalt, et avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2021. La solution est politiquement profitable aux parties, leur épargnant une situation difficile ; juridiquement, la construction n’en est pas moins audacieuse.

V – AUTRES

D’autres importantes décisions peuvent par ailleurs être signalées. Elles concernent en particulier :

- Les limites des compétences législatives des *Länder* (en matière de droit locatif³³ et d’énergie nucléaire³⁴),
- le droit pénal (portée du principe de non-rétroactivité³⁵ et limites du traitement des détenus avec des psychotropes, contre leur gré³⁶),
- le droit fiscal (questions liées au principe d’égalité³⁷ et à la protection de la confiance légitime³⁸),
- la sécurité des programmes informatiques et des systèmes de technologie de l’information (et, plus précisément, l’utilisation par l’État des failles de sécurité de ces programmes ou systèmes³⁹).

32. BVerfGE 119, 181 (220 ss.) – arrêt du 11 septembre 2007.

33. Décision du 25 mars 2021 – 2 BvF 1/20 e.a., BVerfGE 157, 223.

34. Décision du 7 décembre 2021 – 2 BvL 2/15.

35. Décision du 10 février 2021 – 2 BvL 8/19, BVerfGE 156, 354.

36. Décision du 8 juin 2021 – 1 BvR 1866/17 (décision présentée in RDP 4/2022 par A. Gaillet, O. Jouanjan).

37. Décision du 8 décembre 2021 – 2 BvL 1/13.

38. Décisions du 25 mars 2021 – 2 BvL 1/11, BVerfGE 157, 177, et du 3 novembre 2021 – 1 BvL 1/19.

39. Décision du 8 juin 2021 – 1 BvR 2771/18 (décision présentée in RDP 4/2022 par A. Gaillet, O. Jouanjan).