

Claus Dieter Classen

**LA NOTION CONSTITUTIONNELLE DE DÉMOCRATIE  
EN ALLEMAGNE ET EN FRANCE.  
REMARQUES SUR LA CONCRÉTISATION D'UNE NOTION OUVERTE  
DANS L'ESPACE JURIDIQUE EUROPÉEN\***

**I. INTRODUCTION**

**L**a démocratie est avant tout un concept politique. Presque tous les États du monde s'en prévalent. Avec l'émergence du constitutionnalisme et surtout de la place croissante de la justice constitutionnelle, elle est toutefois également devenue une notion juridique. De nombreuses constitutions qualifient ainsi elles-mêmes l'État de démocratie. La Constitution française (CF, art. 1<sup>er</sup>) tout comme la constitution allemande, la Loi Fondamentale (LF, art. 20) en sont de bons exemples. Dès lors que la démocratie est ainsi saisie par le droit, il s'agit de s'atteler à sa définition. À défaut, le juge constitutionnel serait en effet mal armé pour l'utiliser comme norme de référence. Pour autant, alors que le droit constitutionnel allemand se caractérise par une fine élaboration et par une concrétisation permanente de la notion par la jurisprudence et la doctrine, « en France, [...] force est de constater que l'entreprise d'une définition juridique de la démocratie est relativement nouvelle<sup>1</sup> ».

Sans doute les deux constitutions contiennent-elles elles-mêmes des dispositions aptes à constituer le noyau dur de cette définition. C'est ainsi que, selon l'art. 20, al. 2, phrase 1 LF, « tout le pouvoir de l'État émane du peuple ». Cette formule se retrouve d'ailleurs dans de nombreuses autres constitutions européennes<sup>2</sup>. En France l'art. 3, al. 1 en est très proche : reprenant l'art. 3 de la Déclaration de 1789, il dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Ces phrases se réfèrent certes à la souveraineté. Mais, en Allemagne du moins, il est généralement reconnu que le fondement de la légitimité démocratique réside précisément dans la souveraineté du peuple

---

\* Une version allemande a été publiée dans le *Jahrbuch für öffentliches Recht* 66 (2017), p. 263 sq.

<sup>1</sup> L. KLEIN, « Démocratie constitutionnelle et constitutionalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *RFDC*, 2017, p. 121.

<sup>2</sup> Voir les constitutions de la Belgique (art. 33), de la Bulgarie (art. 1<sup>er</sup> al. 2), de la Croatie (art. 1<sup>er</sup> al. 2), de l'Espagne (art. 1<sup>er</sup> al. 2), de la Grèce (art. 1<sup>er</sup> al. 3), de la Hongrie (art. B al. 3), du Portugal (art. 108) et de la Suède (chap. I<sup>er</sup> § 1<sup>er</sup>). Des formules comparables se trouvent dans les constitutions de l'Autriche (art. 1<sup>er</sup>), de l'Estonie (§ 1<sup>er</sup>), de la Finlande (§ 2), de l'Irlande (art. 6), de l'Italie (art. 1<sup>er</sup>), de Lettonie (art. 2), de la Lituanie (art. 2 et 3), du Luxembourg (art. 32), de la Pologne (art. 4), de la Roumanie (art. 2), de la Slovaquie (art. 2 al. 1<sup>er</sup>), de la Slovénie (art. 3 al. 2) et de la République tchèque (art. 2 al. 1<sup>er</sup>).

ancrée à l'art. 20, al. 2 LF<sup>3</sup>. La Cour constitutionnelle fédérale établit ainsi régulièrement un lien entre la démocratie et la souveraineté du peuple<sup>4</sup>.

S'agissant de la France, on peut également mentionner à cet égard l'art. 2, al. 5, selon lequel le « principe » de la République est « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Si cette disposition, qui reprend les mots que le Président américain Abraham Lincoln a utilisés dans son fameux discours de Gettysburg, reste dépourvue de portée juridique<sup>5</sup>, elle n'en rappelle pas moins de manière symbolique comment le pouvoir doit être exercé pour répondre à l'exigence démocratique.

On ne saurait néanmoins nier le caractère extrêmement vague des définitions ici mentionnées. Reste alors à savoir si et dans quelle mesure elles peuvent trouver à être concrétisées. À cette fin, il peut être particulièrement utile de s'attacher de plus près à la jurisprudence des deux instances qui ont vocation à veiller au respect de la constitution, à savoir la Cour constitutionnelle fédérale allemande et le Conseil constitutionnel français. En effet, à la différence de la doctrine, les deux institutions ne peuvent pas se contenter de développer de grandes théories, voire d'éviter de s'aventurer sur ce terrain parfois trop glissant. Quelle que soit l'étendue respective de leurs compétences, il leur appartient d'appliquer ces normes à des situations concrètes, y compris donc lorsque la « démocratie » est en jeu. Concrètement, elles peuvent donc être placées devant le défi de déterminer si telle ou telle règle, telle ou telle institution est conçue de manière conforme au principe démocratique ou non.

En outre, si le principe démocratique engage avant tout le système politique, une analyse de la jurisprudence constitutionnelle en la matière ne peut pas se limiter à cette dimension. Selon l'art. 20 al. 2 LF, « tout le pouvoir de l'État » émane du peuple. Cela inclut donc l'administration et la justice – également intégrées par le Conseil constitutionnel français, lequel considère que l'exercice de fonctions administratives et jurisprudentielles fait bien partie de la souveraineté<sup>6</sup>.

Une comparaison des jurisprudences constitutionnelles allemandes et françaises revêt alors un intérêt particulier. Les raisons en sont multiples, toutes allant de pair avec l'importance de l'utilisation juridique de la notion en Allemagne, contrastant avec son traitement davantage politique en France. Tout d'abord, dès lors que la concrétisation d'une norme aussi vague que celle de la démocratie place le juge devant les limites de sa

---

<sup>3</sup> Voir H. DREIER, art. 20 (Demokratie), in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz*, vol. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 3<sup>e</sup> éd. 2013, pt. 82 ; M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 155 sq. Pour une analyse critique, voir O. LEPSIUS, « Souveränität und Identität als Frage des Institutionensettings », *JöR*, n. F. 63, 2015, p. 63 (81) selon lequel souveraineté signifie manque de limites et non pas source ultime de légitimité.

<sup>4</sup> Décisions de la Cour constitutionnelle (BVerfGE) 93, 37 (66) – 1995 ; 107, 59 (86, 91, 93, 94) – 2002 ; 130, 76 (123) – 2012.

<sup>5</sup> T. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code Constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 7<sup>e</sup> éd., 2016, art. 2 CF pt. 2.

<sup>6</sup> Voir *infra*, note 153.

propre légitimité, une comparaison peut constituer un outil utile pour lui : d'éventuels parallèles avec d'autres jurisprudences, notamment à l'heure de l'intérêt croissant pour le droit comparé, peuvent contribuer à légitimer une évolution interne. La doctrine peut elle-même être incitée à réfléchir sur les possibilités et sur les limites de l'appel à tirer de conséquences concrètes de la notion de démocratie. En outre, une comparaison peut également mettre en évidence les différentes conceptions que les juges constitutionnels se font de leur propre mission.

De même, une telle comparaison entre la France et l'Allemagne permet de mieux cerner des points communs et des divergences au sein de l'espace juridique européen. S'agissant d'une notion ouverte telle que celle de la démocratie, une interrogation commune sur sa signification et sa concrétisation juridique peut s'avérer particulièrement féconde. Selon l'art. 2 du Traité sur l'Union européenne, la démocratie fait partie des valeurs fondamentales. Elle est, au même titre que les autres valeurs y figurant, « commune à tous les États membres ». Mais qu'en est-il vraiment de cette « communauté » ? Vu du Royaume-Uni, il a pu être constaté, s'agissant de cette disposition, « que ses principes fondamentaux sont garantis dans la constitution britannique d'une manière qui fait douter si elles sont vraiment communes à tous les États membres sauf de manière très superficielle<sup>7</sup> ». Ainsi la récente décision « Miller » de la Cour Suprême du Royaume-Uni relative au Brexit<sup>8</sup> vient de rappeler que la souveraineté n'y appartient ni au peuple ni à la nation comme ailleurs en Europe<sup>9</sup>, mais au Parlement ou, plus précisément, à la « *crown in parliament* ».

Rappelons par ailleurs que l'Union européenne est un pur produit du droit et que les juges, tant européens que nationaux, jouent un rôle essentiel dans cette « union de droit<sup>10</sup> ». Cette centralité du rôle des juges n'empêche toutefois pas de consensus dans la conception que les différents juges européens se font de leur propre mission. Et cela est d'autant plus important à re-

---

<sup>7</sup> M. LOUGHLIN, « Großbritannien », in A. V. BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN, P. M. HUBER (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C.F. Müller, t. 1, 2007, § 4, pt. 98, à savoir si la disposition précédant l'art. 2 TEU (art. 6 al. 1<sup>er</sup> TUE dans la version de Nice) ne représente qu'une astuce, « Car il est sûr que ses principes fondamentaux sont garantis dans la constitution britannique d'une manière qui fait douter si elles sont vraiment communes à tous les États membres sauf de manière très superficielle ».

<sup>8</sup> Décision du 24.1.2017, [2017] UKSC 5, R (on the application of Miller and others) v. Secretary of State of Exiting the European Union.

<sup>9</sup> Voir *supra*, note 2. Pour la différence traditionnelle en France entre souveraineté nationale et souveraineté populaire, voir R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. 2, p. 183 ; A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2004, p. 63 sq. ; G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* [1949], Paris, Sirey, 2002, p. 131 ; L. HEUSCHLING, « Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich », in H. BAUER, P. M. HUBER, K.-P. SOMMERMANN (dir.), *Demokratie in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 47 sq. ; D. GRIMM, « La souveraineté », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ., 2012, t. 1, p. 547 (571) ; le texte constitutionnel se réfère aux deux notions (*ibid.*, p. 572).

<sup>10</sup> Sur l'« Union de droit », voir CJUE, aff. C-550/09 (E et F), rec. 2010, I-6213 pt. 44 ; pour la « communauté de droit » d'avant voir CJCE, aff. 294/83 (Les Verts), rec. 1986, 1339, pt. 23 ; aff. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistía), rec. 2007, I-1579 pt. 51.

lever que ces différences ne sont évidemment pas sans influence sur le fonctionnement de cette Union.

L'affaire OMT (*Gauweiler*) en offre un bel exemple. Les fréquentes références faite par la Cour constitutionnelle allemande au principe de démocratie dans sa décision de renvoi à la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>11</sup> ont ainsi pu conduire un auteur français à constater qu'« il paraît étonnant, comme le fait la Cour allemande, d'invoquer la démocratie, notion commune aux États et à l'Union, au titre de l'identité constitutionnelle sauf à définir pour le juge constitutionnel allemand qu'il en existe une conception propre à l'Allemagne<sup>12</sup> ». La Cour de justice a du reste a rendu sa décision<sup>13</sup> sans même mentionner le principe – ce qui n'a pas manqué d'être ouvertement regretté par la Cour allemande dans sa décision finale<sup>14</sup>.

Toutes ces raisons conduisent la présente contribution à se concentrer principalement sur l'analyse de la notion de démocratie à partir de la jurisprudence constitutionnelle. Une étude théorique et historique supposerait de bien plus amples développements et ne permettrait peut-être pas de souligner suffisamment cette spécificité allemande.

Pour examiner l'utilisation de la notion de démocratie par les deux juridictions constitutionnelles, il convient tout d'abord d'envisager les principes régissant l'ancrage et l'application de cette notion (II), pour examiner ensuite son influence sur les systèmes politiques (III). Sur ces points, l'utilisation de la notion de démocratie s'avère plutôt comparable. En revanche, les aspects « apolitiques » de la puissance publique (IV), à savoir l'administration et la justice ainsi que les questions relatives à l'intégration européenne (V), font apparaître de grandes différences. S'ensuit le constat renforcé de la différence de traitement de cette notion constitutionnelle ouverte de part et d'autre du Rhin (VI).

## II. LE PRINCIPE DÉMOCRATIQUE

Si l'on observe de plus près le traitement du principe démocratique, on constate que si le contenu des textes constitutionnels est proche (A), leurs applications respectives révèlent d'importantes différences (B).

---

<sup>11</sup> BVerfGE 134, 366 pts. 25 *sq.*, 102-2014.

<sup>12</sup> H. GAUDIN, « L'affaire OMT devant son (ses ?) juge(s) : en attendant Karlsruhe. Plaidoyer pour un dialogue constitutionnel », *AJDA*, 2016, 1050 (1058).

<sup>13</sup> CJUE, arrêt du 16.6.2015, aff. C-62/14 (*Gauweiler*).

<sup>14</sup> CCA, 2 BvR 2728/13 *et al.* du 21.6.2016, pt. 187 : « le problème des limites du niveau de légitimité démocratique soumis à la Cour de Justice par la chambre reste sans réponse ». Pour d'autres références au principe démocratique voir les pts. 115, 120 à 135, 138, 143, 145, 147, 149, 151, 164 à 166, 170, 173, 185, 188, 189, 211, 212 et 214. Sur le fond de l'affaire, voir *infra*, notes 83 et 174.

### *A. Les ressemblances : l'ancrage constitutionnel et les concrétisations constitutionnelles du principe démocratique*

Comme il a déjà été dit, les deux constitutions définissent l'État comme démocratique, la Loi fondamentale dans son art. 20, la Constitution française dans son art. 1<sup>er</sup>. Les deux textes constitutionnels mentionnent en outre le principe démocratique dans son rapport avec les partis politiques : l'art. 21 LF le prescrit pour l'organisation interne des partis et fait de son non-respect une condition de l'interdiction d'un parti ; tandis que, selon l'art. 4, al. 1<sup>er</sup> CF, les partis doivent notamment respecter le principe de la démocratie et, selon l'art. 4, al. 4 LF, « la loi garantit [...] la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ». À la différence de l'Allemagne, l'interdiction d'un parti n'est pas prévue en France<sup>15</sup>.

Les concrétisations constitutionnelles du principe démocratique sont également proches. Dans les deux États, le Parlement est élu par le peuple (art. 38 LF, art. 24 CF) et le Gouvernement responsable devant celui-ci (art. 43 LF, art. 24 CF), ce qui peut lui valoir d'être renversé par ce Parlement (art. 67 LF, art. 49 s CF). En Allemagne, le chef du gouvernement est élu par le Parlement, tandis que, en France, une nomination par le président de la République suffit. Mais en France, ce dernier est élu directement par le peuple, contrairement aux règles allemandes. Ainsi une légitimité amoindrie sur un point correspond à un gain de légitimité sur un autre point. En France, le référendum joue un certain rôle, tandis qu'en Allemagne la situation est complexe : s'il est prévu dans tous les *Länder* – revêtant même une certaine importance pratique en Bavière –, il est pratiquement inexistant au niveau fédéral. Les cours constitutionnelles des deux pays ont par ailleurs décidé, en raison et à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, que le bon fonctionnement d'une démocratie dépend largement de la liberté d'opinion et de ce fait de l'existence de médias libres et pluralistes<sup>16</sup>. La Cour constitutionnelle allemande a souligné, dans ce contexte, l'importance de la liberté de réunion<sup>17</sup>. Si, sur ce point, il n'y a pas d'équivalent en

---

<sup>15</sup> Il faut en outre mentionner l'al. 18 du préambule de la Constitution de 1946 concernant la décolonisation.

<sup>16</sup> L'importance primordiale de la liberté d'opinion pour la démocratie a été soulignée par la Cour constitutionnelle allemande : BVerfGE 7, 198 (208) – 1958 ; 20, 162 (174) – 1966 ; 62, 230 (247) – 1982 ; et par le Conseil constitutionnel (CC) : 2010-3 QPC du 28.5.2010, cons. 6 ; 2011-131 QPC du 20.5.2011, cons. 3 ; 2012-647 DC du 28.2.2012, cons. 5 ; 2013-311 QPC du 17.5.2013, cons. 4 ; en ce qui concerne la souveraineté dans ce contexte : 84-181 DC du 11.10.1984, cons. 37 ; en ce qui concerne le pluralisme des médias BVerfGE 12, 259 (205 sq.) – 1961 ; 52, 283 (296) – 1979 et CC, 86-217 DC du 18.9.1986, cons. 11 et 67 ; 93-333 DC du 21.1.1994, cons. 3 ; 2000-433 DC du 27.7.2000, cons. 9 ; 2001-450 DC du 11.7.2001, cons. 15 ; 2004-497 DC du 1.7.2004, cons. 23 sq. ; 2007-550 DC du 27.2.2007, cons. 14 ; 2009-580 DC du 10.6.2009, cons. 12, mais aussi 15 ; 2016-738 DC du 10.11.2016, cons. 17. Dans la décision du CC 89-259 DC du 26.7.1989 concernant la télévision publique, la démocratie n'est pas mentionnée. La jurisprudence allemande sur la distance exigée entre l'État et la télévision publique (dernière décision : BVerfGE 136, 9, pts. 37 sq. – 2014) ne trouve pas d'équivalent en France.

<sup>17</sup> BVerfGE 69, 315 (344 sq.) – 1985) ; analyse instructive chez A. DOEHRING-MANTEUFFEL, B. GREINER, O. LEPSIUS, *Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

France, on peut noter que sa voisine, la liberté d'association, a joué un rôle fondamental dans le développement de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux<sup>18</sup>.

### ***B. Les différences : l'application du principe démocratique***

Les divergences sont bien plus grandes entre les deux États si l'on s'attarde sur la mise en œuvre par les juristes, la jurisprudence et la doctrine. En Allemagne, il existe une interprétation détaillée adoptée par la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle – interprétation développée par la doctrine et ainsi largement acceptée. On distingue entre une légitimation institutionnelle, fonctionnelle, matérielle et personnelle. Chaque institution qui participe à l'exercice du pouvoir étatique doit ainsi être prévue en tant que telle (légitimation institutionnelle) et établie de manière à ce qu'elle puisse exercer sa fonction (légitimation fonctionnelle). Son action doit également être fondée sur la volonté du peuple (légitimité matérielle). En outre, la nomination des personnes concernées doit pouvoir être attribuée à la volonté populaire, ce qui suppose qu'elles soient nommées par des personnes elles-mêmes directement ou indirectement légitimées par le Parlement, seul organe directement élu par le peuple (légitimité personnelle).

Au total, tous ces éléments, combinés de manière adéquate en tant que « chaîne de légitimation », doivent assurer un niveau de légitimité « suffisant<sup>19</sup> ». De ce concept on tire des conséquences diverses, parfois très concrètes, que ce soit en matière d'interprétation d'autres dispositions constitutionnelles ou pour en déduire des conséquences directes pour l'organisation de l'administration ou de la justice. C'est ainsi que, en principe, la participation d'agents subordonnés à la gestion de l'administration n'est autorisée que dans certaines limites<sup>20</sup> – même si, comme on le verra plus loin, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle comporte certaines évolutions.

En France, la situation est bien différente. On cherchera en vain des énoncés comparables concernant la notion constitutionnelle de démocratie<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Voir CC, 71-44 DC du 16.7.1971.

<sup>19</sup> BVerfGE 83, 60 (72) – 1990 ; 93, 37 (66 sq.) – 1995 ; 107, 59 (87 sq.) – 2002 ; 130, 76 (124) – 2012. Pour la doctrine : E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsfragen der Richterwahl* [1974], Berlin, Duncker & Humblot, 2<sup>e</sup> éd. 1998, p. 73 sq. ; *id.*, « Demokratie als Verfassungsprinzip », in P. KIRCHHOF, J. ISENSEE (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. MÜLLER, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., 2004, § 24, pts. 14 sq. ; M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, *op. cit.*, p. 285 sq.

<sup>20</sup> En ce qui concerne l'administration BVerfGE 93, 37 (70 sq.) – 1995 ; voir aussi BVerfGE 9, 268 (282 sq.) – 1959. Critique fondamentale chez T. BLANKE (dir.), *Demokratie und Grundgesetz*, Baden-Baden, Nomos, 2000 ; voir aussi C.D. CLASSEN, *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 37 sq.

<sup>21</sup> L. HEUSCHLING, « Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich », art. cité, p. 42 sq. ; Y. VILAIN, in N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (dir.), *Französisches und deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015, § 3, pt. 59 (une portée beaucoup moins importante qu'en Allemagne).

au-delà de sa seule acception politique<sup>22</sup>. Le Conseil constitutionnel n'évoque que rarement la démocratie et lorsqu'il le fait, c'est dans le contexte de la formation de la volonté politique<sup>23</sup>. Quant à la doctrine, elle n'apporte guère de contributions propres à cette notion<sup>24</sup>. Apparemment, on considère – tout comme s'agissant de la détermination des contours de la « République » –, au moins de manière implicite, sinon explicitement<sup>25</sup>, que c'est la Constitution elle-même qui définit et décrit ce qu'elle entend par démocratie. Dans le cadre de litiges concrets, seules les règles concrètes de la Constitution peuvent en conséquence constituer des normes de référence.

Cela peut expliquer pourquoi, lorsqu'il s'agit de résoudre des problèmes concrets, une nette préférence se dégage en France en faveur d'un recours à la notion plus traditionnelle de souveraineté<sup>26</sup>. Celle-ci figure déjà dans les textes constitutionnels révolutionnaires, à commencer par l'art. 3 de la Dé-

---

<sup>22</sup> Voir par exemple G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.* (dont toute la première partie est intitulée : « démocratie », p. 14 *sq.*) ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1929, p. 139 *sq.* ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 183 *sq.* ; plus récemment F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ., 36<sup>e</sup> éd., 2015, pt. 76 ; P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 27<sup>e</sup> éd., 2015, pts. 228 *sq.* ; J. PETOT, « Modernisation ou crises de l'État démocratique », *RDP*, 2000, p. 675 *sq.*

<sup>23</sup> Voir les références *infra* aux notes 35 *sq.*

<sup>24</sup> Voir les mentions brèves chez J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 29<sup>e</sup> éd., 2015, pts. 417 *sq.* ; M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2015, pt. 61 ; L. FAVOREU *e. a.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2015, pts. 829 *sq.* Un peu plus amplement O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, Paris, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2013, qui problématise ensuite les principes de séparation des pouvoirs, de limitation des pouvoirs, de transparence, d'un changement de pouvoir et de la protection du pouvoir (pts. 214 *sq.*), lesquels ne font que partiellement partie de la démocratie dans la tradition allemande – la question centrale de la légitimation du pouvoir est omise.

<sup>25</sup> Selon G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Seuil, 13<sup>e</sup> éd., 2016, pt. 10, l'affirmation démocratique contenue dans l'art. 1<sup>er</sup> CF « est la pétition d'un principe que toute la Constitution a vocation à mettre en œuvre » ; voir aussi T. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code Constitutionnel*, *op. cit.*, art. 2, pt. 2. L. FAVOREU *e. a.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.* et M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, *op. cit.*, après de brèves remarques seulement sur la démocratie en tant que telle traitent le droit électoral. En ce qui concerne le principe de la République, voir W. ZIMMER, « Bericht: Die axiologische Demokratie », in C. GREWE, C. GUSY (dir.), *Französisches Staatsdenken*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 66 *sq.* ; C. SCHÖNBERGER, « Kommentar: Die Idee der Republik in Frankreich. Anmerkungen aus vergleichender Sicht », in *ibid.*, p. 76 *sq.*

<sup>26</sup> De même, dans la doctrine plus ancienne, A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, Paris, Sirey, 7<sup>e</sup> éd., 1921, t. 1 p. 1 *sq.*, p. 33 *sq.*, p. 40, on ne trouve la notion de démocratie que dans le contexte d'une référence à la souveraineté (t. 2, p. 658) ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 164 *sq.* ; pour le lien entre démocratie et souveraineté, voir R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 183 ; C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, 153 (227) ; Y. VILAIN, *op. cit.*, n° 21, § 3 pt. 58. Sur tous ces points, voir L. HEUSCHLING, « Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich », art. cité, p. 39. En ce qui concerne la notion de souveraineté, voir A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, *op. cit.*

claration de 1789, alors que la notion de démocratie n'apparaît pour la première fois que dans le préambule de la Constitution de 1848<sup>27</sup>.

Si le lien étroit entre les notions de démocratie (art. 20 al. 1<sup>er</sup> LF) et de souveraineté du peuple (art. 20 al. 2 LF) est clairement établi par Cour constitutionnelle allemande, l'examen de la notion de souveraineté par le Conseil constitutionnel français se borne souvent à une interrogation centrée sur l'atteinte possible aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale. Quel que soit le caractère laconique de ses décisions, il s'agit là d'une formule vague qui n'a été concrétisée de manière plus exhaustive qu'en ce qui concerne la coopération internationale<sup>28</sup>. Une définition plus complète de la démocratie est dès lors difficile à identifier. Sans doute les juges de Karlsruhe ne peuvent-ils, de leurs côtés, déterminer le niveau de légitimité « suffisant » qu'à l'aide de réflexions supplémentaires. Ils sont cependant prêts à aller bien plus loin pour concrétiser la notion constitutionnelle de démocratie. Il faut y insister : ce problème ne constitue pas seulement un problème de méthodologie ; il concerne également la place et la légitimité des juges et des juridictions constitutionnels respectifs.

### **III. L'IMPORTANCE DES NOTIONS DE « DÉMOCRATIE » ET DE « SOUVERAINETÉ » POUR LE SYSTÈME POLITIQUE**

Dès lors que le principe démocratique concerne principalement le système politique, il faut tout d'abord se tourner vers la structure des institutions (A). Vu d'Allemagne toutefois, il convient d'insister ensuite sur la place centrale du Parlement et sur les incidences de cette centralité sur ladite « réserve de loi », noyau dur de sa compétence (B). Enfin, en ce qui concerne le Conseil constitutionnel, celui-ci voit dans la souveraineté une limite à ses pouvoirs (C).

#### ***A. Le système politique au sens strict***

##### ***1. Démocratie et formation de la volonté politique***

S'agissant du système politique, les deux cours constitutionnelles se réfèrent à la notion de démocratie. Concrètement, elles le font d'abord dans le contexte de la liberté de la formation de la volonté politique par des élections et dans celui du financement des partis. Sur le premier point, la Cour constitutionnelle allemande a limité le droit de communication du gouver-

---

<sup>27</sup> Sous II. Plus tard, elle n'est mentionnée que dans l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1946 (et, avec une importance marginale dans le préambule, voir *supra* note 15). Dans la discussion politique, cette notion n'est utilisée que depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle : voir L. HEUSCHLING, « Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich », art. cité, p. 38.

<sup>28</sup> CC, 2004-505 DC du 19.11.2004, cons. 29; 2007-560 DC du 20.12.2007, cons. 20; J. ZILLER, « European Union Law in the Jurisprudence of French Courts », *European Public Law*, 2015, 765 (772); voir en outre *infra*, note 179 *sq.*



nement, surtout en période électorale<sup>29</sup>. En revanche, en France, ni le Gouvernement<sup>30</sup>, ni du reste le Président de la République<sup>31</sup> n'ont à répondre devant le Conseil constitutionnel du contenu de leurs déclarations publiques<sup>32</sup> : à la différence de l'Allemagne, il n'existe en effet pas de recours juridictionnel en cas de litiges entre organes de l'État. Ce sont bien davantage les tribunaux administratifs qui sont en charge du contrôle de la répartition des temps de parole et d'antenne. Dans ce cadre, le Conseil d'État a donné une réponse nuancée à la question de savoir s'il faut prendre en considération les déclarations du Président de la République. Il s'est notamment référé à cet égard à la liberté d'opinion et à la démocratie<sup>33</sup>. Pour compléter le tableau, il faut enfin mentionner la réglementation française relative au financement des partis politiques. Vu d'Allemagne, celle-ci paraît assez sévère, représentant peut-être un équivalent fonctionnel à la réglementation allemande<sup>34</sup>. Le Conseil constitutionnel se réfère également à la démocratie pour justifier l'interdiction pour l'État de porter atteinte à l'égalité entre les candidats<sup>35</sup>. Il a invoqué de même le principe démocratique dans l'examen de l'obligation, abrogée récemment, de publier les noms des cinq cents parrainages nécessaires pour se porter candidat à l'élection présidentielle, pour déclarer cette obligation compatible avec ce principe<sup>36</sup>.

Quant au financement public des partis politiques, le principe démocratique impose des limites dans les deux États. Le Conseil constitutionnel, dans deux décisions de 1989 et de 2014, s'est contenté d'exiger qu'un tel financement ne crée pas une dépendance des partis vis-à-vis de l'État<sup>37</sup>. Cela est également reconnu en Allemagne. Mais, s'agissant des conséquences à en tirer, la Cour constitutionnelle a été bien plus rigide : en 1966, elle est ainsi allée jusqu'à poser une interdiction générale à un tel financement, à la seule exception du remboursement des frais des campagnes électorales<sup>38</sup>. Si, en 1992, elle a abandonné cette position, elle a immédiatement plafonné ce financement de manière très concrète et inconnue en France<sup>39</sup>. Ces deux dé-

---

<sup>29</sup> BVerfGE 44, 125 (144) – 1977.

<sup>30</sup> BVerfGE 138, 102 – 2014.

<sup>31</sup> BVerfGE 136, 323 – 2014.

<sup>32</sup> En ce qui concerne la position du président de la République, voir art. 68 CF et CC, 98-408 DC du 22.1.1999, cons. 16 ; en ce qui concerne son traitement, CC, 2012-654 DC du 9.8.2010, cons. 81 *sq.* Très critique à cet égard, O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle (À propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus Politicum*, n° 9 (2013).

<sup>33</sup> CE, 311136 du 8.4.2009, RFDA 2009, 362 (avec des conclusions Salins, *ibid.*, 351 *sq.*).

<sup>34</sup> Par ex. CC, 2013-156 PDR du 4.7.2013 (N. Sarkozy, élection présidentielle de 2012).

<sup>35</sup> CC, 2004-490 DC du 12.2.2004, cons. 84 ; 2007-559 DC du 6.12.2007, cons. 12.

<sup>36</sup> CC, 2012-233 QPC du 22.2.2012, cons. 5 ; l'abolition a été décidée en 2016. Sur le droit électoral, voir 2013-673 DC du 18.7.2013, cons. 5, dans le contexte de la communication avec les Français de l'étranger.

<sup>37</sup> CC, 89-271 DC du 11.1.1990, cons. 12 ; 2014-407 QPC du 18.7.2014, cons. 12.

<sup>38</sup> BVerfGE 20, 56 (96 *sq.*) – 1966.

<sup>39</sup> BVerfGE 85, 264 (283 *sq.* ; sur le plafonnement 289 *sq.*) – 1992.

cisions allemandes montrent de manière exemplaire – on y reviendra – à quel point la Cour est disposée à tirer des conséquences très concrètes d’une notion aussi vague que celle de la démocratie.

## *2. Démocratie et droit parlementaire*

Dans les deux pays, le principe démocratique joue un certain rôle en matière de droit parlementaire. En 1977, la Cour constitutionnelle allemande a souligné la nécessité de la légitimation démocratique des votes parlementaires, même si elle s’est refusée à en tirer des conclusions concrètes s’agissant du quorum nécessaire lors du vote final sur un texte au plénum du Parlement, considérant que celui-ci ne représente qu’un élément de la formation de la volonté parlementaire : celle-ci comprend en effet, à ses yeux, les discussions antérieures en commission et au sein des groupes parlementaires. Une faible présence de députés lors du vote final ne lui enlève dès lors pas pour autant son caractère démocratique<sup>40</sup>. Par ailleurs, c’est aussi sur l’exigence démocratique de transparence que la Cour fonde la nécessité d’un débat parlementaire sur les indemnités parlementaires<sup>41</sup>.

En France, le Conseil constitutionnel s’est référé à la démocratie pour exiger un débat parlementaire et pour en déduire le droit de déposer des amendements<sup>42</sup> – sujet vivement discuté en France<sup>43</sup>, mais guère en Allemagne<sup>44</sup>. Un peu plus tard, le Conseil a modifié son raisonnement et se fonde désormais sur l’art. 3 CF. De cette disposition, en combinaison avec l’art. 6 de la Déclaration de 1789, il tire l’exigence de clarté et de sincérité des débats parlementaires<sup>45</sup>. En conséquence, il a posé des limites aux règles de discipline des débats parlementaires, que l’on pense à la limitation du temps de parole, à la clôture des débats ou aux délais en matière de motions<sup>46</sup>.

En Allemagne, dans ce cas, on aurait invoqué une norme de référence plus concrète, et plus spécialement l’art. 38 al. 1<sup>er</sup> première phrase LF, selon

---

<sup>40</sup> BVerfGE 44, 308 (315 *sq.*) – 1977.

<sup>41</sup> BVerfGE 40, 296 (397) – 1975 ; A. GAILLET, « Transparence et démocratie dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande », in N. DROIN, E. FOREY (dir.), *La transparence en politique*, Paris, Institut Varenne, 2014, p. 137 (149 *sq.*)

<sup>42</sup> CC, 2003-468 DC du 3.4.2003, cons. 3.

<sup>43</sup> T. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code Constitutionnel*, *op. cit.*, art. 44 ; CC, 85-191 DC du 10.7.1985, cons. 2 ; 98-402 DC du 25.6.1998, cons. 2 *sq.* ; 2001-445 DC du 19.6.2001, cons. 48 *sq.* ; 2001-450 DC du 11.7.2001, cons. 28 *sq.* ; 2016-736 DC du 4.8.2016, cons. 45 *sq.*

<sup>44</sup> Toutefois, cette question se pose dans le cadre des compétences du comité de conciliation entre les deux chambres du parlement allemand : BVerfGE 101, 297 (306 *ff.*) – 1999 ; 120, 56 (73 *sq.*) – 2008.

<sup>45</sup> Sans fondement constitutionnel : CC, 2005-512 DC du 21.4.2005, cons. 4. En ce qui concerne l’art. 6 de la Déclaration de 1789 et l’art. 3 CF., voir CC, 2009-581 DC et 2009-582 DC, toutes les deux du 25.6.2009, cons. 3.

<sup>46</sup> Par ex. CC, 2009-581 DC du 25.6.2009, cons. 20, 25 resp. 29 resp. 44 ; 2015-712 DC du 11.6.2015, cons. 12, 21, 26 *sq.*, 32, 38.

laquelle les députés du *Bundestag* représentent le peuple tout entier et « ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience ». Cette disposition qui n'a pas de véritable équivalent sert de fondement à tous les droits des députés, et notamment au droit à la libre parole et à celui de déposer des motions<sup>47</sup>. En tout état de cause, le principe démocratique, même s'il fait partie du noyau du droit constitutionnel, ne justifie jamais de mettre de côté des dispositions concrètes de la Loi fondamentale. La Cour constitutionnelle allemande l'a constaté encore récemment à propos du quorum d'un quart des voix (art. 44 LF) exigé pour demander l'établissement d'une commission d'enquête parlementaire<sup>48</sup>.

La Cour constitutionnelle allemande s'est en outre référée au débat public dans le contexte des exigences constitutionnelles en matière d'Union européenne pour imposer que le parlement national dispose de certaines compétences s'agissant des mécanismes d'aide aux pays de la zone euro en difficulté financière<sup>49</sup>. À la lumière de cette jurisprudence, il faut du reste se demander si la décision susmentionnée de la Cour constitutionnelle allemande de 1977 en matière de quorum convainc toujours, dans la mesure où les débats antérieurs en commission et au sein des groupes parlementaires justifiant la constitutionnalité d'une faible présence lors du vote final ne sont jamais publics.

Pour conclure sur ce point, on constate qu'en France, la notion de démocratie est utilisée pour établir des limites à la liberté du Parlement. En Allemagne en revanche, on utilise cet argument surtout pour renforcer les compétences du Parlement par rapport à d'autres organes constitutionnels, mais aussi pour exiger du Parlement une certaine responsabilité matérielle pour la politique menée par le Gouvernement.

### ***B. Démocratie, parlement et réserve de la loi***

Dans une démocratie parlementaire, les décisions importantes appartiennent généralement au Parlement<sup>50</sup>, lequel, selon la conception constitutionnelle allemande, est « l'organe central de la démocratie<sup>51</sup> » et se situe « au centre de la démocratie<sup>52</sup> ». Dans ce contexte, il faut surtout mentionner sa compétence à encadrer les ingérences dans les droits fondamentaux. En Allemagne, celles-ci sont soumises à une « réserve de la loi » depuis

---

<sup>47</sup> BVerfGE 120, 56 (75) – 2008.

<sup>48</sup> Cour constitutionnelle allemande (CCA), 2 BvE 4/14 du 3.5.2016, pts. 86 *sq.*

<sup>49</sup> BVerfGE 130, 318 (344) – 2012 ; voir déjà 123, 267 (361) – 2009 ; 129, 124 (178) – 2011.

<sup>50</sup> H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991, p. 160 *sq.*

<sup>51</sup> M. MORLOK, C. HIENZSCH, « Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie », *Juristische Schulung*, 2011, 1.

<sup>52</sup> W. KLUTH, *Parlamentarische Gesetzgebung im postnationalen Zeitalter*, Baden-Baden, Nomos, 2013, S. 27. Voir aussi, dans le contexte de l'intégration européenne, U. HUFELD, in A. V. ARNAULD, U. HUFELD (dir.), *Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen*, Baden-Baden, Nomos, 2011, Rn. 10 : « Le parlement se situe au centre de l'organisation de l'État ».

le XIX<sup>e</sup> siècle, en ce que leur constitutionnalité suppose une habilitation législative formelle. Cette réserve législative a d'abord été établie à partir du concept d'État de droit, essentiel pour la précision du droit public allemand au XIX<sup>e</sup> siècle. Pour autant, dès cette époque, le principe démocratique jouait un certain rôle ; à travers la réserve de la loi en effet, il s'agissait bien, déjà, de rattacher les fonder l'activité de l'administration, alors que celle-ci ne disposait alors que d'une légitimation monarchique<sup>53</sup>.

Dans le cadre de la Loi fondamentale, cette réserve de la loi a ensuite acquis une grande importance dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle au début des années 1970 :

Les normes les plus importantes, surtout celles relatives à l'exercice des droits fondamentaux, requièrent, dans la mesure où l'État est habilité à y intervenir, que toutes les décisions essentielles soient réservées au législateur. Cette obligation de légiférer ne concerne pas seulement la question de savoir si une matière doit être réglée par la loi mais également jusqu'à quels détails ces règles doivent s'étendre<sup>54</sup>.

Cette idée, dénommée de manière brève : « théorie de l'essentialité » (*Wesentlichkeitstheorie*<sup>55</sup>), est rattachée aux principes de la démocratie et de l'État de droit<sup>56</sup>. Ces deux principes ont par conséquent vocation à s'appliquer dès qu'il s'agit d'interpréter les réserves contenues dans les droits fondamentaux. En matière de protection des données personnelles notamment, la Cour constitutionnelle a considéré que la transparence de leur collecte et de leur traitement est de nature à créer les nécessaires confiance et sécurité juridique, dès lors que la gestion de ces données demeure encadrée par un discours démocratique, contribuant ce faisant au respect du principe de proportionnalité<sup>57</sup>.

En France, c'est l'idée traditionnelle de la loi comme expression de la volonté générale (art. 6 de la Déclaration de 1789) qui a été reliée au principe démocratique. On a même donné au Parlement un pouvoir illimité, y compris du reste le droit d'habiliter largement le Gouvernement à prendre des ordonnances<sup>58</sup>. La Constitution de 1958 a toutefois délibérément rompu avec cette idée de souveraineté parlementaire par l'énumération positive des matières réservées au Parlement dans l'art. 34 CF. Il s'agissait ce faisant, on le sait, d'encadrer le Parlement auparavant souverain, de rationaliser son activité<sup>59</sup> et, dans le même temps, de renforcer l'exécutif, le Président et

---

<sup>53</sup> M. KLOEPFER, « Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel », *Juristenzeitung*, 1984, 685 sq. ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, Paris, LGDJ, 2012, pt. 107 sq.

<sup>54</sup> BVerfGE 101, 1 (34) – 1999. Voir déjà BVerfGE 33, 1 (10 f.) – 1972 ; 33, 303 (337) – 1972 ; 34, 165 (192 sq.) – 1972.

<sup>55</sup> T. OPPERMAN, *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen*, Munich, Beck, 1976, p. 48 sq.

<sup>56</sup> BVerfGE 49, 89 (126) – 1978 ; 120, 274 (407 ff.) – 2008.

<sup>57</sup> CCA, 1 BvR 966/09 et 1140/09 du 20.4.2016, pts. 134 sq., 142 sq ; avant déjà BVerfGE 125, 260 (334) – 2010 ; 133, 277 Rn. 206, 221 f. – 2013.

<sup>58</sup> J. TRÉMEAU, *La réserve de la loi*, Paris, Economica, 1997, p. 211 sq. Ce qui a été décisif, c'était la soumission de l'administration à la loi, non pas la réserve de la loi (A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., pts. 429 sq.).

<sup>59</sup> L. FAVOREU e. a., *Droit constitutionnel*, op. cit., pt. 520.

« son » gouvernement. On perçoit ici la distance avec la notion de réserve de la loi dans sa conception allemande.

Le Conseil constitutionnel ne s'est cependant pas tenu à cette lettre originelle, considérant que les lois adoptées en dehors des limites posées par l'art. 34 CF ne sont pas inconstitutionnelles<sup>60</sup>, puis interprétant cette disposition comme une obligation pour le Parlement de régler lui-même ces matières, en particulier les droits fondamentaux (en dehors de l'art. 38 CF), et donc de ne pas abandonner ces questions à l'Administration ou à la justice<sup>61</sup>. Il a ainsi transformé cette norme en une réserve législative qui n'existait guère avant 1958<sup>62</sup>.

S'agissant des principes fondamentaux de la structure de l'État, ils ne sont guère développés en France, ni dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel –raisonnant comme à son habitude de manière succincte et évitant toute réflexion théorique superflue –, ni dans la doctrine. Au moins celle-ci s'accorde-t-elle sur le fait que le Conseil constitutionnel interprète l'art. 34 CF de manière plutôt large<sup>63</sup>. En matière procédurale par exemple, la Constitution ne mentionne de manière explicite que la procédure pénale<sup>64</sup>. Mais le Conseil constitutionnel exige également des garanties fondamentales en forme législative pour les autres procédures, en raison de leur importance pour la préservation des libertés publiques<sup>65</sup>. Cette jurisprudence pourrait notamment s'expliquer par le développement du droit à un recours effectif<sup>66</sup> qui a été reconnu en 1958 dans le droit administratif comme un principe général du droit<sup>67</sup>, mais pas encore au niveau constitutionnel.

On peut toutefois supposer que, en pratique, des différences non négligeables subsistent. Si l'on compare par exemple les décisions concernant les lois antiterroristes récemment votées dans les deux pays, il semble que les exigences relatives à la précision de la loi sont plus élevées en Allemagne – même si les diverses lois ne sont pas tout-à-fait comparables<sup>68</sup>. Le fait que

---

<sup>60</sup> CC, 82-143 DC du 30.7.1982, cons. 11.

<sup>61</sup> En matière de droits fondamentaux CC, 84-173 DC du 26.7.1984, cons. 4 ; 86-217 DC du 18.9.1986, cons. 4 ; 91-304 DC du 15.1.1992, cons. 8 *sq.*, cons. 48 *sq.* et 51 ; J. TRÉMEAU, *La réserve de la loi*, *op. cit.*, p. 258 *sq.* Plus récemment, en ce qui concerne le droit de la sécurité sociale mentionné lui aussi à l'art. 34 CF CC, 2015-727 DC du 21.1.2016, cons. 47 *sq.* Voir aussi J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, pts. 1495 : « importance » et 1499 : « règles essentielles ».

<sup>62</sup> J. TRÉMEAU, *La réserve de la loi*, *op. cit.*, p. 211 *sq.*

<sup>63</sup> L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pt. 1190 ; J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, pt. 1499.

<sup>64</sup> Voir Art. 34 al. 1<sup>er</sup> tiret 3 CF.

<sup>65</sup> CC, 80-119 L du 2.12.1980, cons. 6 ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions STH, 1988, pt. 172.

<sup>66</sup> CC, 224-86 DC du 23.1.1987, cons. 22 ; 99-416 DC du 28.7.1999, cons. 38 *sq.* ; G. SCHMITTER, « Étendue et limites du droit au recours juridictionnel », *RFDC*, 2015, p. 935 *sq.*

<sup>67</sup> CE Ass. du 17.2.1950, Dame Lamotte.

<sup>68</sup> Voir d'un côté pour l'Allemagne BVerfGE 120, 378 (407 *sq.*) – 2008 ; 125, 260 (325 *sq.*, 355) – 2010 ; 130, 212 (203) – 2012 ; de l'autre pour la France CC, 2015-713 DC du

l'attribution de compétences au parlement national par le droit de l'Union européenne n'a conduit à une modification de la constitution qu'en France<sup>69</sup> tandis que, en Allemagne, dans le même contexte, la Cour constitutionnelle a exigé un renforcement des pouvoirs du Parlement<sup>70</sup>, montre les rôles divergents attribués aux parlements nationaux dans le processus de légitimation politique. Il faudra revenir sur ce point lors de l'analyse du droit européen.

### *C. Limites du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel*

Le Conseil constitutionnel a aussi invoqué la souveraineté nationale, donc l'art. 3 CF, pour limiter ses propres pouvoirs. La question s'est posée à propos de l'interprétation de l'art. 61 CF, plus concrètement sur le point de savoir si les lois adoptées par référendum pourraient être soumises à son contrôle<sup>71</sup>. Dans sa réponse négative, le Conseil se réfère d'abord aux limitations générales de ses compétences prévues par la Constitution. Dans le même temps, il souligne que les lois adoptées par référendum sont « l'expression directe de la souveraineté nationale »<sup>72</sup>. Dans ce contexte, O. Jouanjan parle d'une mythologie de la souveraineté nationale cultivée depuis la révolution de 1789<sup>73</sup>. Sans doute faut-il considérer de la même manière le refus opposé au contrôle des révisions constitutionnelles par rapport aux limites prévues à l'art. 89, al. 5 CF en référence à la forme républicaine du gouvernement<sup>74</sup>. Le Conseil s'est borné à motiver ce refus en renvoyant aux limites de ses compétences. En Allemagne, il n'existe pas d'équivalence en matière de référendum, ceux-ci n'étant pas institués au niveau fédéral. Quant aux révisions constitutionnelles, leur contrôle n'a jamais causé d'états d'âme à la Cour constitutionnelle<sup>75</sup>.

Dans la mesure où ils s'estiment (car cela résulte en partie d'une appréciation subjective) compétents, la Cour allemande comme le Conseil constitutionnel français indiquent la marge d'appréciation du Parlement élu démocratiquement. Mais tandis que la première établit un lien direct avec le prin-

---

23.7.2015, cons. 8 *sq.* ; critique à cet égard, la note d'A. ROBLOT-TROIZIER, *RFDA*, 2015, 1195 *sq.* ; 2015-527 QPC du 22.12.2015, cons. 8 *sq.* ; critiques à l'égard des deux décisions, A. GAILLET, « Des libertés publiques aux droits fondamentaux ? », in *Société de Législation Comparée, Soixante ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Paris, LGDJ, 2016, p. 163 (180). Voir aussi, en ce qui concerne le pouvoir de police de l'administration, J. TRÉMEAU, *La réserve de la loi*, *op. cit.*, p. 379 *sq.* ; et la protection juridictionnelle des prisonniers CC, 2016-543 QPC du 24.5.2016.

<sup>69</sup> CC, 2007-560 DC du 20.12.2007, cons. 32.

<sup>70</sup> BVerfGE 123, 267 (434 *sq.*) – 2009.

<sup>71</sup> Sur l'inconstitutionnalité de la loi en question, voir O. JOUANJAN, « Frankreich », in A. V. BOGDANDY *e. a.*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, *op. cit.*, § 2 pts. 30, 43.

<sup>72</sup> CC, 62-20 DC du 6.11.1962, cons. 2 ; confirmé par CC, 2014-392 QPC du 25.4.2014, cons. 7. En ce qui concerne la connexité avec la démocratie, voir O. JOUANJAN, « Frankreich », art. cité, pt. 100.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pt. 44.

<sup>74</sup> CC, 2003-469 DC du 26.3.2003.

<sup>75</sup> Exemples concrets : BVerfGE 30, 1 – 1970 ; 96,44 (49) - 1997 ; 96, 100 (115) – 1997.

cipe démocratique<sup>76</sup>, le second souligne seulement qu'il ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement<sup>77</sup>.

#### IV. LA LÉGITIMATION DÉMOCRATIQUE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA JUSTICE

Si le regard porté vers les systèmes politiques révèle de nombreuses convergences, celui tourné vers les institutions apolitiques de l'État, à savoir l'Administration (A) et la justice (B) fait surtout apparaître des différences. Certes, dans les deux États, les lois votées démocratiquement liant l'Administration et la justice contribuent à la légitimité démocratique de ces dernières. Mais comme ces lois contiennent fréquemment des notions ouvertes, cela ne saurait suffire, du moins pas pour la jurisprudence et la doctrine allemandes. Tout au contraire, on déduit du principe démocratique des conséquences assez concrètes quant à l'organisation de l'Administration et de la justice pour assurer la légitimation démocratique de ces institutions. En France, en revanche, ces questions ne se posent que partiellement. Ainsi la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la représentation du personnel dans les administrations publiques<sup>78</sup> n'a pas d'équivalent en France.

##### A. La légitimation de l'Administration

###### 1. Les autorités administratives indépendantes

Les différences franco-allemandes sont particulièrement mises en relief dans le débat autour des autorités administratives indépendantes<sup>79</sup>, chargées d'accomplir des missions déterminées dans de nombreux pays et de plus en plus souvent prescrites par le droit de l'Union européenne. Ces autorités étant situées hors de la hiérarchie administrative, elles sont de ce fait exclues du contrôle parlementaire que supporte cette dernière.

En Allemagne, beaucoup d'énergie a été investie pour démontrer que, précisément en raison de l'importance du principe démocratique, ces autorités sont en général incompatibles avec celui-ci. Selon l'interprétation classique de l'art. 20 LF en effet, l'administration démocratique suppose une administration ministérielle hiérarchique<sup>80</sup>. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, l'administration ne dispose dès lors de la légitimation matérielle et personnelle nécessaire que si « les autorités com-

---

<sup>76</sup> BVerfGE 33, 125 (159) – 1972 ; 85, 386 (403 f.) – 1992.

<sup>77</sup> CC, 75-54 DC du 15.1.1975, cons. 1 ; 86-218 DC du 18.11.1986, cons. 10.

<sup>78</sup> *Supra* note 20.

<sup>79</sup> Pour une comparaison franco-allemande, voir J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010. En ce qui concerne la différence mentionnée, voir VILAIN, *op. cit.*, n. 21, § 3 pt. 59.

<sup>80</sup> Voir notamment H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, *op. cit.*, en part. p. 129 *sq.* ; M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, *op. cit.*, p. 314 *sq.* ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie », *Verfassungsfragen der Richterwahl*, *op. cit.*, pt. 24.

pétentes agissent au nom et sur ordre du Gouvernement – sans être liées par une institution située en dehors de la responsabilité parlementaire – et si, de ce fait, le Gouvernement est en mesure d’assumer la responsabilité envers le peuple et le Parlement<sup>81</sup> ». La seule exception habituellement reconnue est constituée par l’autogestion dite fonctionnelle, où la participation des intéressés crée une légitimation propre<sup>82</sup>. Pour cette raison, il n’y a en Allemagne que très peu d’autorités administratives indépendantes, surtout en dehors des exigences du droit de l’Union européenne. Et lorsque celles-ci existent, la Cour constitutionnelle exige un mandat limité et un contrôle strict, ainsi que l’illustre la jurisprudence récente relative à la Banque centrale européenne et à son indépendance<sup>83</sup>.

En France, la situation est fort différente. Au cours des années, de très nombreuses autorités de ce type ont été créées<sup>84</sup>, à commencer par la Commission nationale de l’informatique et des libertés créée en 1978<sup>85</sup>. Beaucoup d’entre elles ont des missions économiques. Dans cette hypothèse, l’indépendance de l’autorité vise à éviter des conflits d’intérêt entre l’État comme puissance publique et son rôle traditionnellement essentiel en tant que propriétaire d’entreprises<sup>86</sup>. D’autres autorités sont instituées pour protéger des droits fondamentaux, ainsi en matière de protection des données ou dans le domaine du pluralisme des médias<sup>87</sup>. Dans les deux cas, on suppose que l’administration de l’État classique remplit cette mission de manière moins convaincante que ne peut le faire une autorité administrative in-

---

<sup>81</sup> BVerfGE 93, 37 (67) – 1995 ; de même, mais sans la parenthèse, BVerfGE 107, 59 (88) – 2002.

<sup>82</sup> En ce qui concerne une corporation de droit public de gestion de l’eau explicitement BVerfGE 107, 59 (92) ; implicitement, en ce qui concerne les chambres professionnelles des médecins BVerfGE 33, 125 (156 sq.) – 1972. Très délicates sont les structures dans l’administration sociale, problématisées sans résultat in CCA, 1 BvR 2056/12 du 10.11.2015, pt. 23, avec une note de J. LEGE, *Juristenzeitung*, 2016, 464 sq. Le législateur doit définir de manière adéquate leurs missions et surtout prendre en compte les intérêts des tiers, et assurer une organisation correspondante : BVerfGE 33, 125 (158 sq.) – 1972.

<sup>83</sup> CCA, 2 BvR 2728/13 *et al.* du 21.6.2016, pts. 187 sq ; avant déjà BVerfGE 89, 155 (207 sq.) – 1993 ; 134, 366 pt. 59 – 2014. Voir encore *infra* n. 173 sq.

<sup>84</sup> En partie, on différencie entre des autorités administratives indépendantes et des autorités indépendantes : G. MARCOU, « Verwaltungsbehörden und die Einflussnahme der öffentlichen Hand auf die Wirtschaft », in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, *op. cit.*, p. 99 sq.

<sup>85</sup> À cet égard, voir C. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, Paris, Economica, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 161 sq. Aujourd’hui il y a des dispositions européennes applicables en la matière ; voir *infra* note 101.

<sup>86</sup> G. MARCOU, « Kommentar », in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, *op. cit.*, p. 87 (89) ; M. LOMBARD, « Warum bedient man sich im Bereich der Wirtschaft unabhängiger Behörden ? », *ibid.*, p. 143 (151 sq.), en ce qui concerne d’autres aspects dans le domaine économique, telles que l’assurance de la neutralité économique et l’assurance d’une politique gérée à long terme.

<sup>87</sup> Le CC considère cette autorité comme une garantie pour l’exercice d’une liberté publique : 84-173 DC du 26.7.1984, cons. 4 ; voir aussi 84-181 DC du 11.10.1984, cons. 16. Mais cela ne veut pas dire qu’elle est prescrite par la constitution : CC, 86-210 DC du 29.7.1986, cons. 2 et 17 ; 86-217 DC du 18.9.1986, cons. 4 sq. ; C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 162 sq., 234 sq.



dépendante – qui, de ce fait, contribue à la démocratie au sens d’une légitimation « *out-put* », également parce que la volonté du législateur est ainsi plus satisfaite.

Ces différences se manifestent également lors de l’appréciation constitutionnelle de ces autorités. En France, il existe certes une jurisprudence abondante sur la question. Mais l’indépendance elle-même n’a été au cœur du sujet que dans une seule affaire concernant la Banque de France, dont l’indépendance a été prévue par le traité de Maastricht dans le cadre de l’Union monétaire (aujourd’hui art. 130 TFUE). Cette dernière a été initiée en France peu de temps avant l’entrée en vigueur dudit Traité de Maastricht et donc avant l’entrée en vigueur de la révision constitutionnelle en permettant la ratification (art. 88-2 CF dans la version de 1992).

Le Conseil constitutionnel a déclaré cette indépendance inconstitutionnelle en se fondant à la fois sur l’art. 20 CF, selon lequel le Gouvernement dispose de l’Administration, et sur l’art. 21 CF, selon lequel le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire<sup>88</sup>. On peut cependant établir un certain lien avec l’art. 3 CF, dès lors que, dans sa décision sur le traité de Maastricht, le Conseil avait déjà jugé qu’à partir de la troisième phase de l’Union économique et monétaire, l’État « se trouvera privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale ». C’est pourquoi il a exigé la révision constitutionnelle mentionnée ci-dessus<sup>89</sup>.

Pour le reste, les doutes constitutionnels relatifs aux autorités administratives indépendantes ne concernent que leurs compétences, y compris donc leurs attributions juridictionnelles, et cela tant dans leur pouvoir normatif au regard de la réserve de la loi de l’art. 34 CF que vis-à-vis du pouvoir réglementaire du Premier ministre selon l’art. 21 CF. À l’inverse, rarement une disposition n’a été déclarée inconstitutionnelle en raison de son étendue trop large<sup>90</sup>. On peut certainement mentionner les débats autour des pouvoirs de sanction attribués à ces autorités, question qui n’a jamais été

---

<sup>88</sup> CC, 93-324 DC du 3.8.1993, cons. 7 et 9.

<sup>89</sup> CC, 92-308 DC du 9.4.1992, cons. 43 *sq.*

<sup>90</sup> En matière de liberté des médias dans le domaine de l’art. 34 CF CC, 84-173 DC du 26.7.1984, cons. 3 ; dans celui de l’art. 21 CF CC, 86-217 DC du 18.9.1986, cons. 60 ; 88-248 DC du 17.1.1989, cons. 16. Les compétences respectives ont été déclarées constitutionnelles par CC, 84-181 DC du 11.10.1984, cons. 4 et 16 ; 96-378 DC du 23.7.1996, cons. 8 *sq.* ; de même, mais implicitement CC, 81-141 DC du 27.7.1981 et 2000-43 DC du 27.7.2000. En matière de droit économique dans le domaine de l’art. 34 CF CC, 83-167 DC du 24.1.1984, cons. 26 ; dans le domaine de l’art. 21 CF CC, 89-260 DC du 28.7.1989, cons. 6 ; en plus implicitement CC, 86-224 DC du 22.1.1987 et 87-240 DC du 19.1.1988 ; sans constater une inconstitutionnalité, en ce qui concerne la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet CC, 2009-580 DC du 10.6.2009, cons. 33. La décision 89-260 DC du 28.7.1989 mentionne pourtant un droit de surveillance du ministre compétent (cons. 31). Voir dans le domaine de l’art. 34 CF dans ce contexte C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 164 *sq.*, dans le domaine de l’art. 21 CF *ibid.*, p. 170 *sq.* En ce qui concerne l’inconstitutionnalité d’une autonomie budgétaire CC, 88-248 DC du 17.1.1989, cons. 4 *sq.*, *ibid.*, p. 241 *sq.*

problématisée en Allemagne<sup>91</sup>. Il n'en reste pas moins que leur constitutionnalité générale par rapport à des dispositions telles que les art. 1<sup>er</sup> et 3 CF<sup>92</sup> mais aussi l'art. 20 CF<sup>93</sup> ou l'art. 24 CF lequel, depuis 2008, à la suite du nombre toujours croissants d'autorités administratives indépendantes, mentionne expressément le contrôle parlementaire de l'exécutif<sup>94</sup> (du reste déjà ancré dans l'art. 15 de la Déclaration de 1789, mais ne jouant pratiquement aucun rôle<sup>95</sup>). En matière de légitimité personnelle, le Parlement dispose de droits de nomination<sup>96</sup>. Ceux-ci peuvent même être liés à des avis conformes de l'autorité concernée<sup>97</sup>. Toutefois, le Conseil constitutionnel a posé des limites en se référant au principe de la séparation des pouvoirs, en exigeant qu'un tel droit d'une institution autre que le président d'une commission parlementaire soit soumis à un avis du Parlement<sup>98</sup>.

---

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 185 *sq.* ; J.-D. DREYFUS, « Die unabhängigen Regulierungsbehörden an der Schnittstelle des Verwaltungs-, Zivil- und Strafrechts », in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, *op. cit.*, p. 301 (324 *sq.*) ; J.-Ph. FELDMANN, « Les “autorités administratives indépendantes” sont-elles légitimes ? », D. 2010, 2853 (2855) : pour l'Allemagne, voir C. MÖLLERS, in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, *op. cit.*, p. 293 (297) et M. RUFFERT, *ibid.*, p. 355.

<sup>92</sup> C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 160 *sq.*, avec des références à la souveraineté (p. 225) et à la démocratie (p. 221 *sq.*) ; critique à cet égard, avec une référence à la démocratie, J. PETOT, « Modernisation ou crises de l'État démocratique », art. cité, p. 664, mais de toute évidence sans viser la notion de droit constitutionnel et Y. VILAIN, « Demokratische Legitimität und Verfassungsmäßigkeit unabhängiger Regulierungsbehörden », in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, *op. cit.*, p. 9 (16), qui se réfère à la jurisprudence concernant le transfert de droits de souveraineté (*infra*, V.). En France, le principe constitutionnel de la démocratie serait pâle (*ibid.*, p. 13).

<sup>93</sup> Voir pourtant C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 214 *sq.*, et surtout sur la démocratie p. 215 et sur le contrôle parlementaire p. 216 ; voir aussi p. 248 : une « formule générale sans portée juridique ».

<sup>94</sup> P. DAUTRY, « Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire », *RFDA*, 2010, p. 884 *sq.* ; J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 875 (883).

<sup>95</sup> Voir pourtant avant la réforme C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 218 ; critique à cet égard J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, LGDJ, 2006, p. 13 (20) ; J.-Ph. FELDMANN, « Les “autorités administratives indépendantes” sont-elles légitimes ? », art. cité, p. 2854 ; J. CHEVALIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *La semaine juridique* 1986, Doctrine, n° 3254, pt. 19.

<sup>96</sup> Par ex. en matière de télécommunications, le conseil de surveillance de l'autorité est composé de sept personnes (art. L 130 Code des postes et des télécommunications électroniques ; trois membres sont nommés par le gouvernement, et respectivement deux par les présidents des deux chambres du parlement) et la commission supérieure (art. L 125 de ce code ; trois membres sont nommés par le gouvernement) : G. MARCOU, « Verwaltung zwischen parlamentarischer Kontrolle und Partizipation Privater », *Europäische Grundrechtezeitschrift*, 2006, p. 362 (368). En ce qui concerne le droit de nomination et l'influence parlementaire, voir aussi Y. VILAIN, « Demokratische Legitimität und Verfassungsmäßigkeit unabhängiger Regulierungsbehörden », art. cité, p. 21 ; C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 227 ; de même CJUE, aff. C-518/07 (Commission/Allemagne), rec. 2010, I-1885, pt. 44.

<sup>97</sup> CC, 2009-577 DC du 3.3.2009, cons. 9 (dans le domaine de la liberté de la radio).

<sup>98</sup> CC, 2012-658 DC du 13.12.2012, cons. 39 ; 2015-718 DC du 13.6.2015, cons. 65 *sq.*

Au fond, le Conseil constitutionnel raisonne de façon comparable à la Cour constitutionnelle allemande en matière d'autogestion. Il se réfère aux pouvoirs limités des entités qui ont le droit de s'administrer elles-mêmes et évoque leur soumission aux lois, y compris leur contrôle juridictionnel. Mais, comme le Conseil le souligne en se référant à la responsabilité parlementaire du Gouvernement, celui-ci doit avoir la possibilité d'activer ce contrôle<sup>99</sup>. Il ne demande pas pour autant une compétence de surveillance directe. Comme il a déjà été jugé en 1983 au regard des premières lois de décentralisation, il suffit d'introduire un recours devant les tribunaux administratifs. Ces lois avaient en effet soulevé la question de savoir comment, à l'égard des communes, la charge des intérêts nationaux, le contrôle administratif et le respect des lois attribuées au préfet expressément par l'art. 72 al. 6 CF pourraient être assurés<sup>100</sup>.

De telles divergences franco-allemandes se manifestent également dans le cadre de la transposition de directives de l'Union européenne. L'art. 28 de la directive 95/46 sur la protection des données prévoit que les autorités nationales de contrôle « exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies ». La législation allemande, suivant une tradition déjà classique, avait néanmoins institué des contrôles de légalité, voire d'opportunité exercés par les ministères compétents sur ces autorités. Il n'est guère étonnant que le recours intenté par la Commission européenne contre l'Allemagne ait abouti<sup>101</sup>. L'Allemagne a invoqué sans succès le principe démocratique pour justifier ses règles. Si, devant la Cour, le Gouvernement s'est contenté d'invoquer l'art. 2 TUE, certains membres de la doctrine n'ont pas hésité à mettre en avant l'identité constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne<sup>102</sup>. La réaction des commentaires français à cet

---

<sup>99</sup> CC, 86-217 DC du 18.9.1986, cons. 23 ; 86-224 DC du 23.1.1987, cons. 15 ; Y. VILAIN, « Demokratische Legitimität und Verfassungsmäßigkeit unabhängiger Regulierungsbehörden », art. cité, p. 36 ; C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 229 *sq.* ; M. COLLET, *Contrôle juridictionnel des actes des Autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003, p. 310 *sq.*

<sup>100</sup> CC, 82-137 DC du 25.2.1982, cons. 5 *sq.*, mais avec la réserve qu'un recours doit avoir un effet suspensif ; en ce qui concerne ce parallélisme, voir C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 250.

<sup>101</sup> Aff. C-518/07 (Commission/Allemagne), rec. 2010, I-1885. En ce qui concerne la signification de cette indépendance pour la protection des droits fondamentaux voir pt. 22 *sq.*

<sup>102</sup> H.-P. BULL, « Die “völlig unabhängige” Aufsichtsbehörde », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2010, p. 488 (489) ; W. DURNER, « Verfassungsbindung deutscher Europapolitik », in P. KIRCHHOF, J. ISENSEE (dir.), *Handbuch des Staatsrechts, op. cit.*, t. 10, 3<sup>e</sup> éd., 2012, § 216, pt. 3, p. 19 ; en matière de régulation K.-F. GÄRDITZ, « Europäisches Regulierungsrecht auf Abwegen », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 135, 2010, p. 251 (283 *ss.*) ; mais il faut voir aussi BVerfGE 65, 1 (46) – 1983 avec une référence à l'indépendance du délégué aux données (voir *infra* note 119). – Dans la discussion sur l'indépendance de l'office national de statistiques prévu dans le règlement 2015/579, seule l'Allemagne a avancé des critiques fondées sur la démocratie : M. KRÖGER, A. PILNIOK, « Verwaltungsorganisation unter Europäisierungsdruk », *Die öffentliche Verwaltung*, 2015, p. 917 (925).

égard a été simple : « C'est sans grandes difficultés que la Cour a reconnu le caractère démocratique des autorités administratives indépendantes<sup>103</sup> ».

La Cour de justice adopte un raisonnement qui rejoint les conceptions françaises : un contrôle de légalité et la possibilité d'un contrôle parlementaire doivent être garantis, mais lesdits contrôles peuvent être exercés sans contrôle direct du Gouvernement sur les autorités concernées<sup>104</sup>. En effet le contrôle de légalité peut passer par l'introduction d'un recours devant les tribunaux par le Gouvernement. Certes un tel contrôle diffère du concept allemand de protection juridictionnelle individuelle<sup>105</sup> – même si on trouve parfois en droit allemand également des recours juridictionnels à exercer par une autorité supérieure<sup>106</sup>.

Si l'on compare les arguments de droit constitutionnel, il peut paraître étonnant que, en France, les autorités administratives indépendantes soient acceptées, alors que l'art. 20 CF attribue au Gouvernement la conduite de la politique de la nation et surtout la disposition de l'Administration<sup>107</sup>. En Allemagne, on exige au contraire une surveillance gouvernementale, même si celle-ci n'est pas prévue par la Constitution – l'idée selon laquelle le contrôle parlementaire implique la responsabilité gouvernementale n'est du reste guère motivée<sup>108</sup>. L'art. 65 LF, parfois invoqué, n'est d'aucune utilité dans ce contexte, car même s'il garantit une compétence du ministre dans le domaine de sa responsabilité, il ne dit rien en ce qui concerne la situation au-delà des limites de celui-ci<sup>109</sup>.

Au fond, c'est surtout l'objectif clairement affiché de doter une mission spécifique d'une gestion efficace qui est invoqué pour justifier

---

<sup>103</sup> M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONAT, « Chronique de jurisprudence européenne », *AJDA*, 2010, p. 937 (939) ; voir aussi J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », art. cité, p. 878 : « logique implacable ».

<sup>104</sup> En ce qui concerne le contrôle parlementaire CJUE, aff. C-518/07 (Commission/Allemagne), rec. 2010, I-1885, pt. 41 *sq.* ; en ce qui concerne la soumission aux lois pt. 44. En ce qui concerne le contrôle juridictionnel voir aussi CJUE, aff. C-362/14 du 6.10.2015 (Maximilian Schrems), pt. 64.

<sup>105</sup> Critique à l'égard de la CJUE pour cette raison H.-P. BULL, « Die "völlig unabhängige" Aufsichtsbehörde », art. cité, p. 490.

<sup>106</sup> Voir des exemples chez C.D. CLASSEN, *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>107</sup> J. MASING, « Kommentar », in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>108</sup> Pour les références jurisprudentielles, voir *supra* note 92. Pour la doctrine voir M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, *op. cit.*, p. 312 *sq.* Critique à l'égard de ce concept, T. GROB, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 184 *sq.*

<sup>109</sup> R. WIEDEMANN, « Unabhängige Verwaltungsbehörden und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur demokratischen Legitimation », in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, *op. cit.*, p. 39 (48) ; *contra* : M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, *op. cit.*, p. 317 *sq.* ; H. DREIER, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 75, 2016, p. 280.

l'indépendance<sup>110</sup> telle qu'elle est reconnue de manière expresse pour l'administration européenne (art. 298 TFUE). En droit allemand, comme partout dans les États de droit, il s'agit là d'un principe central de l'organisation de la justice<sup>111</sup>. La transposition de ce concept à l'Administration s'est heurtée à l'argument selon lequel la justice est strictement soumise à l'application des lois<sup>112</sup>. Mais beaucoup de ces lois s'avèrent bien vagues, exigeant souvent une interprétation constructive pour laquelle le droit allemand a même forgé une notion spécifique<sup>113</sup>. De même, les marges dont dispose la justice pénale dans le domaine de la fixation des peines risquent de restreindre sensiblement les droits des citoyens. Ces arguments ne convainquent donc guère. Inversement, les compétences des autorités indépendantes ne permettent normalement pas des activités sociales globales dépassant ce faisant la réalisation d'un objectif précis. Ainsi ces autorités disposent certes de marges d'appréciation non négligeables, mais non pas de véritables pouvoirs discrétionnaires.

Au cours des années, la jurisprudence constitutionnelle allemande a cependant connu des évolutions. À la fin des années 1950, la Cour n'a imposé les règles précédemment mentionnées qu'aux « compétences essentielles », soit aux missions gouvernementales « d'importance politique »<sup>114</sup>. Au cours du mandat du juge constitutionnel E.-W. Böckenförde (1983 – 1996), professeur de droit public bénéficiant d'une grande influence précisément dans cette matière, la deuxième chambre de la Cour a été plus sévère et a considéré comme obligatoire ce concept partout où s'exerce la puissance pu-

---

<sup>110</sup> P. ROSANVALLON, *Demokratische Legitimität*, Hamburg, Hamburger Edition, 2010, p. 108 sq. ; du point de vue allemand, J. MASING, « Unabhängige Behörden und ihr Aufgabenprofil », in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, op. cit., p. 181 sq. ; d'un point de vue comparé, A. SAJO, « Les autorités indépendantes », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, op. cit., t. 2, 2012, p. 321 (343, 349, 352). Un exemple allemand représente la discussion sur les pouvoirs du ministère de l'économie à l'égard de l'office des cartels : J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, op. cit., p. 190 sq. L'assurance de la neutralité de l'intervention étatique dans les affaires économiques si importante en France (note 75) ne joue aucun rôle en Allemagne, car l'influence de l'État sur l'économie est moindre et s'ajoutent les freins inhérents au fédéralisme (*ibid.*, p. 198). Pour l'Allemagne, voir C.D. CLASSEN, *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, op. cit., p. 54 sq. et le texte *infra*, après les notes 116 sq.

<sup>111</sup> J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, op. cit., p. 211 ; C.D. CLASSEN, *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, op. cit., p. 55 sq. ; P. ROSANVALLON, *Demokratische Legitimität*, op. cit., p. 118. Sur la possibilité de comparer l'administration avec la justice, voir, pour la France, M. LOMBARD, « Warum bedient man sich im Bereich der Wirtschaft unabhängiger Behörden ? », art. cité, p. 146 ; pour l'Allemagne C.D. CLASSEN, *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, op. cit., p. 19 sq., J. MASING, « Kommentar », art. cité, p. 176.

<sup>112</sup> M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, op. cit., p. 295.

<sup>113</sup> La « *Rechtsfortbildung* » et reconnue de manière expresse dans tous les codes de procédure. Voir par ex. art. 132 al. 4 « *Gerichtsverfassungsgesetz* » ; pour la constitutionnalité, voir BVerfGE 34, 269 (287 sq.) – 1973 ; 49, 304 (318) – 1978 ; 65, 182 (190) – 1983, 111, 54 (82) – 2004 ; en ce qui concerne le droit européen voir BVerfGE 75, 223 (242) – 1987.

<sup>114</sup> BVerfGE 9, 268 (280, 282) – 1959.

blique<sup>115</sup>. Mais depuis, dans ses décisions plus récentes, la Cour se montre à nouveau plus souple. Tel est tout d'abord le cas d'une décision de 2002 relative à une entreprise de droit public de gestion de l'eau<sup>116</sup> et surtout d'une décision de 2014 relative à un établissement indépendant pour la promotion du film. Ce dernier a été déclaré constitutionnel par la Cour au seul motif que son indépendance rendait possible et assurait l'exercice de sa mission « sans favoriser des intérêts individuels mais le bien commun et le respect égal de tous les intéressés<sup>117</sup> ». La Cour n'en a pas moins rappelé, un an plus tard, l'importance de « la soumission générale de l'Administration aux directives du Gouvernement<sup>118</sup> ». Il faut noter en outre que la première chambre de la Cour a toujours raisonné de manière différente. Dans le contexte de la protection de droits fondamentaux, elle a souligné l'importance de l'indépendance du Délégué aux données personnelles<sup>119</sup> et celle de l'Office compétent en matière de protection de la jeunesse<sup>120</sup>. Ainsi, elle n'a pas seulement toléré les autorités administratives indépendantes, elle les a même exigées – sans mentionner la jurisprudence de la deuxième chambre.

Pour conclure cette section, on peut dresser le constat suivant : si le législateur<sup>121</sup> – national ou européen – estime, en corrigeant éventuellement sa vision antérieure<sup>122</sup>, que telle mission est mieux remplie par une autorité administrative indépendante, celle-ci sera constitutionnelle dès lors qu'un contrôle de légalité, une responsabilité envers le Parlement et une influence d'institutions démocratiques en matière de personnel sont assurés. Les fondements de la légitimité démocratique ne sont alors pas remis en question. On peut donc concéder au Parlement une marge de manœuvre dans l'aménagement de la légitimité démocratique – sans cependant renoncer à celle-ci<sup>123</sup> –, qui se révèle beaucoup plus large que ce qui est habituellement

---

<sup>115</sup> Voir les deux premières décisions citées *supra*, n. 19 ; en ce qui concerne la position de W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie », art. cité.

<sup>116</sup> BVerfGE 107, 59 (87 *sq.*).

<sup>117</sup> BVerfGE 135, 155 (223) – 2014.

<sup>118</sup> BVerfGE 139, 321 (363) – 2015.

<sup>119</sup> BVerfGE 65, 1 (46) – 1983] ; voir *supra*, note 101 *sq.*

<sup>120</sup> BVerfGE 83, 130 (154 ; sur la constitutionnalité 149 *sq.*) – 1990.

<sup>121</sup> M. LOMBARD, « Warum bedient man sich im Bereich der Wirtschaft unabhängiger Behörden? », art. cité, p. 145 *sq.*, 166 ; C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 155. Sur le rôle du parlement français dans la création de ces autorités : J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », art. cité, p. 875. Le droit européen peut même soustraire l'activité d'autorités nationales au législateur national : CJUE, aff. C-424/07 (Commission/Allemagne), rec. 2009, I-11431, pts. 78 *sq.* ; J. ZILLER, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2010, p. 901 *sq.* ; critique à cet égard K.-F. GÄRDITZ, « Anmerkung », *Juristenzeitung*, 2010, p. 198 *sq.*

<sup>122</sup> Ainsi l'autorité antidiscrimination française, la HALDE, créée en 2004, a été supprimée en 2011 ; ses missions ont été transférées au « défenseur des droits ». Sur les possibilités de correction en général, voir M. LOMBARD, « Warum bedient man sich im Bereich der Wirtschaft unabhängiger Behörden? », art. cité, p. 166.

<sup>123</sup> Pour son inconstitutionnalité : M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, *op. cit.*, p. 350 *sq.* contre E. KLEIN, *Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, p. 190 *sq.*

supposé en Allemagne<sup>124</sup>. La question de savoir si et dans quelle mesure on peut utiliser cette option relève surtout d'une discussion politique. En effet, le contrôle parlementaire qui pourrait être nécessaire pour nombre d'institutions comporte aussi des inconvénients.

## 2. D'autres questions de légitimation

Les autorités administratives indépendantes ne sont pas le seul sujet ayant soulevé des problèmes au regard des principes de démocratie et de souveraineté nationale dans l'organisation administrative. Ainsi, en Allemagne, c'est à l'obligation inscrite à l'art. 33, al. 4 LF d'accomplir les tâches de souveraineté par la fonction publique et au principe démocratique contenu à l'art. 20, al. 2 LF<sup>125</sup> que l'on s'est référé pour apprécier la privatisation formelle – changement de statut d'un établissement de droit public en un établissement de droit privé – des institutions pénitentiaires en Hesse. Dans cette affaire, aucune violation n'a été retenue. S'agissant de l'art. 33, al. 4 LF, on a fait jouer l'exception qui y est prévue ; quant à l'art. 20, al. 2 LF, la Cour a souligné que, puisque la privatisation en cause n'affectait que l'organisation du service, la légitimité personnelle était garantie. Pour le reste, elle a réitéré les exigences du contrôle parlementaire et d'une surveillance effective du Gouvernement<sup>126</sup>.

Dans le contentieux des privatisations, le Conseil constitutionnel s'est parfois référé à l'art. 3 CF de manière tout à fait comparable à la démarche de la Cour allemande lorsque celle-ci a mis en avant la réserve des missions de souveraineté contenue à l'art. 33 LF. Mais il n'a accepté aucune exception à ce principe. Dans la mesure où l'État a gardé ces missions entre ses mains, il n'y avait pas de problème constitutionnel<sup>127</sup>.

Dans une affaire, le Conseil a même vérifié la légitimité personnelle d'une institution administrative au regard des « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté » au sens de l'art. 3 CF. La décision a concerné une juridiction administrative spéciale, l'ancienne « commission des réfugiés », remplacée en 2007 par la « Cour nationale du droit d'asile », compé-

---

<sup>124</sup> T. GROß, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, op. cit., p. 194 sq., 233 sq.; C.D. CLASSEN, *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, op. cit., p. 42 sq.

<sup>125</sup> BVerfGE 130, 76 – 2012.

<sup>126</sup> BVerfGE 130, 76 (123 sq.) – 2012.

<sup>127</sup> CC, 2002-461 DC du 29.8.2002, cons. 8 et 87 ; 2003-484 DC du 20.11.2003, cons. 89 ; 2012-651 DC du 22.3.2012, cons. 6. Par contre dans la décision 2011-625 DC du 10.3.2011, cons. 18 dans le contexte d'une codification le Conseil a constaté une violation de l'art. 12 de la Déclaration de 1789. Voir aussi A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, op. cit., sur les limites de la décentralisation (p. 142 sq.) ; mais finalement cet auteur n'en accepte pas parce que la souveraineté trouve ses limites là où l'ordre juridique national commence (p. 142). Le CC (82-137 DC du 25.2.1982 sur la décentralisation en général et 85-196 DC du 8.8.1985 sur la Nouvelle Calédonie) ne mentionne pas cette question, mais il est possible que les lois en question aient contenu des dispositions suffisantes. Voir aussi M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, op. cit., pt. 10 ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., pt. 493 sq.

tente en matière de droit d'asile et dont les décisions sont soumises au recours au Conseil d'État. Parmi les trois membres de cette dernière, l'un d'entre eux est nommé par le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. Au moment de sa création, en 1952, cette commission n'était compétente qu'en matière de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la convention de Genève sur les réfugiés. Le contrôle constitutionnel a été établi en 1998 lorsque la compétence de la commission a été élargie aux demandes de droit d'asile selon le droit constitutionnel français.

Le Conseil constitutionnel a accepté cet élargissement. Si la participation d'un membre nommé par une organisation internationale a posé problème au regard de la souveraineté, en l'espèce, il ne s'agissait que d'un tiers de la commission. Des raisons particulières justifiaient en outre cette solution. À l'origine, ce contrôle juridictionnel n'avait pour objet que d'assurer le respect d'une obligation internationale souscrite par la France, en l'occurrence la convention de Genève. L'élargissement de la compétence de la commission aux demandes de droit d'asile purement interne se justifiait, selon le Conseil, par la bonne administration de la justice<sup>128</sup>. Ce qui a compté, ce sont donc l'importance limitée de l'exception et le cadre juridique particulier. Comme l'atteste le commentaire officiel de la décision, le Conseil s'est surtout décidé à procéder à cet examen parce que, en l'espèce, une institution étrangère a disposé du pouvoir de nomination. Il s'agit donc pour le Conseil constitutionnel de préserver, non pas la souveraineté interne, mais la souveraineté externe<sup>129</sup>. On y reviendra.

### ***B. La légitimation de la justice et de l'administration de la justice***

Au regard des difficiles rapports du droit allemand avec les autorités administratives indépendantes, il n'est guère surprenant que la justice ait à son tour donné lieu à des analyses divergentes en matière de légitimation démocratique. La soumission aux lois, exigence centrale dans ce contexte, est relativisée dans les deux pays par la compétence d'interprétation. Le fait que celle-ci puisse aller jusqu'à une interprétation constructive soulève tant des questions de méthodologie juridique que de compétence<sup>130</sup>. Pour cette raison, la détermination de l'autorité chargée de décider concrètement l'interprétation et l'application des lois est d'une importance capitale. Il en va de la légitimation personnelle de la justice.

Le statut des juges, compétents en la matière, est régi par des limites strictes des deux côtés du Rhin : l'embauche et l'avancement s'effectuent en

---

<sup>128</sup> CC, 98-399 DC du 5.5.1998, cons. 14 *sq.* ; 91-293 DC du 23.7.1991, con. 9 *sq.*, sur des citoyens de l'Union européenne dans la fonction publique française.

<sup>129</sup> Voir le commentaire officiel : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5 (1998), p. 15 (16).

<sup>130</sup> C. D. CLASSEN, « Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt. Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung », *Juristenzeitung*, 2003, p. 693 *sq.* ; G. HERMES, « Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 61 (2002), 115 (137 *sq.*) ; C. HILLGRUBER, « Neue Methodik – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung », *Juristenzeitung*, 2008, p. 745 *sq.*



fonction de la compétence (des « talents ») des intéressés (art. 6 de la Déclaration de 1789 ; art. 33 al. 2 LF). Les juges sont protégés par les garanties d'indépendance et d'inamovibilité (art. 64 Abs. 1 et 4 CF ; art. 97 al. 1<sup>er</sup> et 2 LF). Il importe d'autant plus de déterminer celui en charge de décider de l'accès aux postes judiciaires, que ce soit lors de la première embauche ou des avancements. Le principe de la compétence n'enlève pas l'intérêt de la question<sup>131</sup>, car il reste à savoir qui est en mesure de préciser les critères de compétence et qui les applique – surtout dans le cadre des notations en amont des avancements<sup>132</sup>.

Dans ce contexte, ce sont les ministres de la justice qui jouent un rôle déterminant en Allemagne. La Loi fondamentale prévoit à cet égard des comités d'élection des juges, facultatifs pour les *Länder* (art. 98, al. 4 LF) et obligatoires pour la Fédération (art. 95, al. 2 LF). Selon une opinion largement répandue, les pouvoirs de ces comités doivent toutefois être limités, la Constitution exigeant que le ministre concerné, responsable devant le Parlement, garde la haute main sur l'administration du personnel<sup>133</sup>. Du reste, il est généralement admis qu'un tel comité doive revêtir une légitimité démocratique. Concrètement, cela signifie que ce dernier doit être élu, au moins dans sa majorité<sup>134</sup>. Des limites sensibles en résultent ainsi pour l'autogestion du pouvoir judiciaire en Allemagne. Du point de vue du droit comparé, cette dernière se trouve ainsi dans une situation relativement isolée. L'autogestion des juges ne constitue pas seulement, comme on le montrera plus tard, une grande tradition en Europe du Sud. En Europe de l'Est aussi, elle s'est répandue après 1990 et, dans des États de l'Europe du Nord, comme le Danemark ou le Royaume-Uni, elle s'est également établie ces dernières années<sup>135</sup>. Le Conseil de l'Europe, à son tour, demande dans des contextes divers un renforcement de l'indépendance de la justice par des éléments d'autogestion<sup>136</sup>.

En France, il existe un organe semblable sous la forme du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), même si ses pouvoirs sont limités. Créé en 1883, ce Conseil a reçu pour la première fois le droit de participer à la sé-

---

<sup>131</sup> Pourtant dans ce sens J. PETOT, « Modernisation ou crises de l'État démocratique », art. cité, p. 666 ; C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 225 ; F. HOURQUEBIE, *L'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 355 sq., 496 sq. ; J. KRYNEN, « Position du problème et actualités de la question », in J. KRYNEN, J. RAIBANT (dir.), *La légitimité du juge*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, 2003, p. 19 (24).

<sup>132</sup> A. V. BOGDANDY, C. KRENN, « Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern », *Juristenzeitung*, 2014, 529 (530 sq.).

<sup>133</sup> D. EHLERS, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 35; critique à cet égard : C.D. CLASSEN, in V. MANGOLDT, KLEIN, STARCK (dir.), *Grundgesetz*, t. 3, 6<sup>e</sup> éd. 2010, art. 98 pts. 13 sq.

<sup>134</sup> Pour la discussion, voir W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie », art. cité, pts. 17 sq.

<sup>135</sup> C.D. CLASSEN, *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2013, pts. 659 sq.

<sup>136</sup> M. MINKNER, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 32 sq.

lection de juges en 1946<sup>137</sup> et a, dans le même temps, trouvé sa place dans la Constitution. La Constitution de 1958 l'a conservé avec des modifications. Selon le modèle créé à cette époque, il était présidé par le Président de la République et était composé de juges choisis par ce dernier sur proposition de la justice<sup>138</sup>. En 1993, et surtout en 2008, le CSM a été réformé dans sa composition comme dans ses missions. Aujourd'hui, il existe deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre pour les magistrats du parquet. Seule la première nous intéresse ici. Elle est composée du premier président de la Cour de cassation (qui la préside), de cinq magistrats du siège et d'un magistrat du parquet, d'un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, d'un avocat, ainsi que de six personnalités qualifiées extérieures dont deux sont désignées respectivement par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat. Ces dernières désignations sont soumises à la procédure prévue à l'art. 13, al. 5 CF. Le CSM fait des propositions pour les postes les plus élevés dans l'ordre judiciaire ; pour le reste, les nominations dans l'ordre judiciaire requièrent son avis conforme<sup>139</sup>.

Vu de l'Allemagne, il est remarquable que le Conseil constitutionnel, dans le cadre de l'examen de constitutionnalité obligatoire de la loi organique applicable au CSM, se réfère à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance des juges<sup>140</sup>, sans poser aucune question concernant la démocratie ou la souveraineté<sup>141</sup>. Dans la mesure où la doctrine française examine la composition du CSM, elle se borne à souligner que les juges ne représentent qu'une minorité. Le point central en Allemagne, à savoir la détermination du responsable des nominations, n'est guère évoqué<sup>142</sup>. Des règles spécifiques régissent par ailleurs la justice administrative. Pour les tribunaux administratifs et les cours administratives d'Appel, un organe spécifique, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs, est compétent<sup>143</sup>. Au sein du Conseil d'État, le recrutement se détermine selon le ré-

---

<sup>137</sup> D'abord sa mission s'est limitée aux questions de discipline. Aujourd'hui les questions liées à la sélection et à l'avancement des juges représentent l'essentiel de son activité : M. LE POGAM, *Le Conseil de la magistrature*, Paris, LexisNexis, 2014, pts. 10, 87.

<sup>138</sup> Pour les détails voir art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance 58-1271 du 22.12.1958 portant loi organique sur le Conseil Supérieur de la magistrature.

<sup>139</sup> M. LE POGAM, *Le Conseil de la magistrature*, *op. cit.*, pts. 98 *sq.*

<sup>140</sup> CC, 2010-611 DC du 19.7.2010, cons. 2 à 4 et 12 ; 93-337 DC du 27.1.1994, cons. 6 et 8 ; 2016-732 DC du 28.7.2016, où seules l'intégrité (cons. 49) et l'indépendance (cons. 73 *sq.*) des juges sont thématiques.

<sup>141</sup> Voir pourtant une insinuation chez C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 225.

<sup>142</sup> T. RENOUX, M. DE VILLIERS, X. MAGNON, *Code Constitutionnel*, *op. cit.*, art. 65 pt. 2 ; R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2012, pt. 51 ; S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2015, pts. 130 *sq.* ; M. LE POGAM, *Le Conseil de la magistrature*, *op. cit.*, pts. 91, p. 171 *sq.* ; T. RENOUX (dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, Paris, La documentation française, 1999.

<sup>143</sup> Loi 86-14 du 6.1.1986.

sultat du concours de sortie de l'ENA, les avancements sont décidés par le ministre de la justice (art. L 133 *sq.* CJA).

Il est vrai que s'interroger sur le caractère démocratique de cette structure ne présente que peu d'intérêt, celle-ci étant inscrite dans la Constitution<sup>144</sup>. Et, en effet, elle ne suscite guère de débats<sup>145</sup>. L'Italie connaît une structure comparable, plus accentuée même, avec un conseil de la magistrature composé pour les deux tiers de juges et pour un tiers de juristes élus par le Parlement (art. 104 de la constitution italienne). On y observe néanmoins une discussion intense<sup>146</sup>, portant tant sur la légitimation institutionnelle par la constitution que sur la légitimation matérielle par les lois. Cette dernière s'avère plus forte qu'en Allemagne, en raison des lois interprétatives à l'effet généralement rétroactif<sup>147</sup> auxquelles toutefois la Cour constitutionnelle allemande a posé des limites – trop – strictes<sup>148</sup>. Il semble cependant que le système italien d'autogestion judiciaire parvienne difficilement à développer et à appliquer des critères de compétence, pourtant essentiels pour les décisions d'avancement<sup>149</sup>. D'un point de vue de droit comparé, on peut remarquer que, dans un certain nombre d'États, l'autogestion judiciaire obtient sa légitimation principalement de la politique<sup>150</sup>. On notera en outre que les discussions sur la responsabilité et le droit disciplinaire des juges jouent un rôle bien plus important en Italie et en France qu'en Allemagne<sup>151</sup>.

Enfin, on peut se demander dans quelle mesure la justice française a besoin d'une légitimité démocratique dès lors que, selon la Constitution, la

---

<sup>144</sup> C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 225 ; F. HOURQUEBIE, *L'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, *op. cit.*, p. 355.

<sup>145</sup> Voir pourtant A. GARAPON, *Les juges – un pouvoir irresponsable ?*, Paris, Nicolas Philippe, 2003, et *infra* note 152. Aucune problématisation chez C. GUANERI, « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. 2, 2012, p. 287 *sq.*

<sup>146</sup> M. MINKNER, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien*, *op. cit.*, p. 442 *sq.* Pour le Portugal, voir M. MIRANDA, in T. RENOUX (dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, *op. cit.*, p. 33 (p. 35 : « Le CSM comme pont entre peuple et juge ») et p. 64 sur la légitimation démocratique.

<sup>147</sup> M. MINKNER, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien*, *op. cit.*, p. 460 *sq.*

<sup>148</sup> BVerfGE 135, 1 ff. – 2013 avec l'opinion dissidente convaincante de Masing ; critique à l'égard de la CCA, O. LEPSIUS, « Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung », *Juristenzeitung*, 2014, 488 *sq.*

<sup>149</sup> M. MINKNER, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien*, *op. cit.*, p. 605 *sq.*, 729 *sq.*

<sup>150</sup> Références détaillées dans C.D. CLASSEN, *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, *op. cit.*, pt. 659 note 53.

<sup>151</sup> Voir, pour l'Italie, M. MINKNER, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien*, *op. cit.*, p. 473 *sq.* ; pour la France F. HOURQUEBIE, *L'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, *op. cit.*, p. 524 *sq.* ; M. LE POGAM, *Le Conseil de la magistrature*, *op. cit.*, pts. 11 *sq.* En Allemagne la responsabilité des juges est largement exclue sauf en cas d'inaction par § 839 al. 2 Bürgerliches Gesetzbuch, dont l'objectif n'est pas clair : doit-il protéger l'indépendance des juges (Cour fédérale, rec. civ. (BGHZ) 187, 286 pts. 11 *sq.*) ou la force jugée (CCA, 1 BvR 1067/13 du 22.8.2013, pt. 36 ; F. OSSENBÜHL, M. CORNILS, *Staatshaftungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 6<sup>e</sup> éd., 2013, p. 102) ?

justice n'est pas un « pouvoir » mais seulement une « autorité »<sup>152</sup>. C'est cependant à raison que le Conseil constitutionnel a clairement souligné, dans sa décision relative à la commission des réfugiés susmentionnée, que l'exercice de fonctions juridictionnelles fait partie de la souveraineté nationale au sens de l'art. 3 CF<sup>153</sup>. La doctrine discute même de la légitimation des juges dans une démocratie. Il est alors question d'une élection directe du CSM, voire des juges eux-mêmes, sur le modèle des jurys<sup>154</sup>. Certains soulignent la nécessité dans le cadre des démocraties<sup>155</sup> de contrepoids ou d'une légitimation par la procédure<sup>156</sup>. N'est, en revanche, pratiquement jamais mentionné<sup>157</sup> le fait que – à la différence d'ailleurs de l'Italie – l'Exécutif, c'est-à-dire le Président de la République ou le ministre de la justice, participent aux décisions de sélection et d'avancement des juges avec un pouvoir propre<sup>158</sup>, alors que, du point de vue allemand, c'est grâce à cette participation que le caractère démocratique de la justice est préservé.

Inversement, on pourrait dire que le rôle primordial accordé au ministre de la justice dans les discussions allemandes ne convainc guère. L'institution responsable du personnel, y compris le comité d'élection, possède en effet une légitimation parlementaire suffisante<sup>159</sup>. Compte tenu de l'affirmation de certains civilistes allemands, selon laquelle les juges sont plus réticents en ce qui concerne l'interprétation de clauses générales en

---

<sup>152</sup> Pour la discussion, voir S. GUINCHARD *e. a.*, *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, pts. 137 *sq.* ; F. HOURQUEBIE, *L'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, *op. cit.*, p. 21 *sq.*

<sup>153</sup> *Supra* note 128, cons. 15. Critique à cet égard F. HOURQUEBIE, *L'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>154</sup> Pour la discussion voir *ibid.*, p. 355 *sq.* ; J.-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Paris, Plon, 2000, p. 86 *sq.* ; J. F. BURGELIN, P. LOMBARD, *Le procès de la justice*, Paris, Plon, 2003, p. 140 *sq.* Sur l'élection de juges non-professionnels, J. POURMARÈDE, « Faut-il élire les juges ? », in J. KRYNEN, J. RAIBANT (dir.), *La légitimité du juge*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, *op. cit.*, p. 213 *sq.* ; sur les jurys G. ROUJOU DE GOUBÉE, « De la légitimité des jurys de Cour d'assises », *ibid.*, p. 37 *sq.* ; J.-P. PECH, « La légitimité de jury de Cour d'assises », *ibid.*, p. 4 *sq.* Une élection de tous les juges a été même prévue dans la constitution de 1791 (chap. 5 art. 2). Voir P. ROSANVALLON, *Demokratische Legitimität*, *op. cit.*, p. 192 *sq.* ; J. KRYNEN (dir.), *L'élection des juges*, Paris, PUF, 1999.

<sup>155</sup> F. HOURQUEBIE, *L'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, *op. cit.*, surtout p. 48 *sq.*, 89 *sq.*, voir aussi p. 415 *sq.* sur la nécessité démocratique de l'indépendance.

<sup>156</sup> F. HOURQUEBIE, *L'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, *op. cit.*, p. 474 *sq.* ; sur la transparence, *ibid.*, p. 489 *sq.* Pour l'Allemagne, voir K. RENNERT, « Legitimation und Legitimität des Richters », *Juristenzeitung*, 2015, 529 (532 *sq.*) ; K. F. GÄRDITZ, *Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Europarechts ?*, Munich, Beck, 2016, p. 33 *sq.*

<sup>157</sup> Voir pourtant J.-P. THÉRON, « De la légitimité du juge administratif », in J. KRYNEN, J. RAIBANT (dir.), *La légitimité du juge*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, *op. cit.*, p. 97, qui a été nommé par le ministre de l'intérieur mais selon des modalités qui ont été modifiées depuis.

<sup>158</sup> Selon M. LE POGAM, *Le Conseil de la magistrature*, *op. cit.*, pt. 245, seulement 2 à 3 % des propositions du ministre de la justice sont refusées par le CSM, et il y a en plus un contrôle par les tribunaux administratifs : CE, 346569 du 29.10.2013.

<sup>159</sup> C. D. CLASSEN, « Richterliche Selbstverwaltung », *Betrifft Justiz*, 2008, 333 *sq.*

France qu'en Allemagne<sup>160</sup>, on peut penser, s'agissant du niveau de légitimation, que la soumission aux lois y joue peut-être un rôle plus important dans la légitimation des juges qu'en Allemagne.

## V. INTÉGRATION EUROPÉENNE ET LÉGITIMATION DÉMOCRATIQUE

Il faut enfin évoquer les conséquences de l'intégration européenne pour la démocratie. Les deux cours constitutionnelles déduisent du principe démocratique ou de la souveraineté des exigences et des limites<sup>161</sup>. Même si, dans les deux pays, l'identité constitutionnelle est reconnue comme limite à la primauté du droit de l'Union, il ne saurait surprendre que, en France, cette notion n'ait jamais été concrétisée ni produit d'effets concrets<sup>162</sup>. En Allemagne, au contraire, la Cour constitutionnelle, après des allusions dans son arrêt Maastricht<sup>163</sup>, en a déduit un grand nombre de conséquences détaillées dans son arrêt Lisbonne<sup>164</sup> – même si celles-ci n'ont été reprises qu'en partie dans son arrêt final sur l'OMT<sup>165</sup>.

En matière de souveraineté, il existe une différence majeure selon que l'on prenne en considération son seul aspect externe ou que l'on intègre son aspect interne<sup>166</sup>, ainsi que le suggère surtout le texte de la Constitution française<sup>167</sup>. En outre, il importe de distinguer les conséquences pour la structure institutionnelle de l'Union européenne de celles relatives à la protection de l'ordre constitutionnel national. Comme point de départ, la Cour constitutionnelle allemande déclare, dans son arrêt Maastricht, qu'« une légitimation et une influence émanant du peuple doivent être assurées, y com-

---

<sup>160</sup> H.-J. SONNENBERGER, « Treu und Glauben – ein supranationaler Grundsatz? », in *Mélanges Odersky*, Berlin, De Gruyter, 1996, p. 703 *sq.* ; P. JUNG, « Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht », in C BALDUS, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, Cologne, Sellier, 2006, p. 37 *sq.*

<sup>161</sup> BVerfGE 89, 155 (182 *sq.*) – 1993 ; 123, 267 (339 *sq.*) – 2009 ; CC, 92-308 DC du 9.4.1992, cons. 13 *sq.* Sur le transfert de droits vers des personnes de droit public étrangères CC, 94-358 DC du 26.1.1995, cons. 52 ; sur l'entraide judiciaire BVerfGE 63, 343 (en droit fiscal) et CC, 80-116 DC du 17.7.1980, cons. 4 (en droit pénal). Sur les parallélismes entre démocratie et souveraineté dans ce contexte du point de vue du droit comparé, voir P. M. HUBER, « Vergleich », in A. V. BOGDANDY *e. a.*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, *op. cit.*, t. 2, 2008, § 26 pt. 40 *sq.*

<sup>162</sup> CC, 2006-543 DC du 30.11.2006, cons. 6 ; 2015-727 DC du 21.1.2016, cons. 5.

<sup>163</sup> BVerfGE 89, 155 (186) – 1993.

<sup>164</sup> BVerfGE 123, 267 (340 *sq.*, 360 *sq.*) – 2009.

<sup>165</sup> CCA, 2 BvR 2728/13 *et al.* du 21.6.2016, pt. 134 mentionnant seulement l'armée et le budget.

<sup>166</sup> Sur la différence entre les deux, voir R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 70 *sq.* ; M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 117 ; A. RANDELZHOFFER, « Staatsgewalt und Souveränität », in P. KIRCHHOF, J. ISENSEE (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, *op. cit.*, § 17, pts. 23 *sq.* Sur la nécessité de la souveraineté extérieure pour la souveraineté interne, voir D. GRIMM, « La souveraineté », art. cité, p. 592.

<sup>167</sup> M. FROMONT, « Souveränität und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Verfassungsrechtsprechung », *Die öffentliche Verwaltung*, 2012, S. 457.

pris au sein d'une association d'États<sup>168</sup> ». Dans le même temps, elle souligne les limites du Parlement européen et exige en conséquence un rôle suffisamment fort du parlement national<sup>169</sup>. Le citoyen doit être protégé contre le risque résultant du fait

que, par le transfert de missions et de compétences au niveau européen, la légitimité du pouvoir étatique assurée par l'élection et l'influence de l'électeur sur l'exercice de ce pouvoir ne soient vidées au point de porter atteinte au principe démocratique<sup>170</sup>.

Le parlement allemand doit dès lors veiller à ce que le processus d'intégration s'effectue dans le cadre prévu : la Cour parle à ce propos de « responsabilité de l'intégration<sup>171</sup> ».

Elle en a tiré certaines conséquences concrètes. Elle a notamment enrichi le système de participation du *Bundestag* aux affaires européennes prévu à l'art. 23 LF par plusieurs options qui n'y sont pas prévues<sup>172</sup>. Elle a de surcroît exigé une participation parlementaire aux décisions financières concernant les mécanismes d'aide aux pays de l'Euro en difficulté financière<sup>173</sup>. En se fondant sur le principe démocratique de l'art. 20, al. 2 LF, plus récemment, elle a déduit du principe démocratique que le mandat de la Banque centrale européenne doit être limité à ce qui est « strictement nécessaire » pour la politique monétaire. Cette exigence impliquerait aussi un contrôle juridictionnel strict.

Finalement, elle regrette que la Cour européenne de justice n'ait pas pris suffisamment en considération l'identité constitutionnelle allemande en matière de démocratie<sup>174</sup>. Ce dernier point étonne plus que d'autres, car le mandat de la Banque centrale européenne et son contrôle juridictionnel concernent une question qui requiert une réponse uniforme au niveau européen, correspondant donc aux traditions de tous les États membres<sup>175</sup>. D'ailleurs, l'art. 23, al. 1 LF fait une différence entre les exigences démocratiques posées envers l'Union européenne – première phrase – et la préservation de l'ordre constitutionnel national – troisième phrase en combinaison avec l'art. 79, al. 3 LF<sup>176</sup>. Même si l'indépendance de la Banque de France a éga-

---

<sup>168</sup> BVerfGE 89, 155 (184) – 1993; BVerfGE 123, 267 (347 sq.) – 2009.

<sup>169</sup> BVerfGE 89, 155 (185 sq.) – 1993; 123, 267 (353 sq.) – 2009.

<sup>170</sup> CCA, 2 BvR 2728/13 *et al.* du 21.6.2016, pt. 81 ; 89, 155 (172) – 1993 ; 123, 267 (172) – 2009 ; 134, 366 (396) – 2014.

<sup>171</sup> BVerfGE 123, 267 (351 sq., 435) – 2009 ; 129, 124 (180 f.) – 2011 ; 135, 317 pts. 159 sq. – 2014 ; CCA, 2 BvR 2728/ *et al.* du 21.6.2016, pts. 163 sq.

<sup>172</sup> Pour les résolutions à la place d'une loi BVerfGE 123, 267 (391 sur les clauses passe-relles) – 2009 ; pour le droit de donner des instructions *ibid.* (p. 414 et 436, sur le mécanisme de « frein de secours ») ; pour une décision par une commission au lieu du plénum BVerfGE 130, 318 (353, 359 sq.) – 2012.

<sup>173</sup> BVerfGE 129, 124 (177 ff.) – 2011 ; 132, 195 pts. 108 sq. – 2012 ; 135, 317 pts. 161 ff. – 2014. Pour la France, voir CC, 80-126 DC du 30.12.1980.

<sup>174</sup> *Supra* note 14.

<sup>175</sup> C.D. CLASSEN, « *Europäische Rechtsgemeinschaft à l'allemande ?* », *Europarecht*, 2016, 529 (537).

<sup>176</sup> BVerfGE 134, 366 pt. 27 – 2014; 2 BvR 2738/13 u.a. du 21.6.2016, pts. 136 sq.

lement soulevé un problème démocratique en France, il serait en contradiction avec les traditions françaises d'en déduire la nécessité d'un contrôle juridictionnel très strict<sup>177</sup>.

Le Conseil constitutionnel a choisi une approche différente. En raison du caractère seulement national de la souveraineté – reconnu en France comme en Allemagne –, il ne s'intéresse qu'à la préservation de l'ordre constitutionnel national<sup>178</sup>. En 1976, il a même estimé que seuls les représentants élus dans le cadre des institutions de la République française peuvent participer à l'exercice de la souveraineté<sup>179</sup>. De ce fait, s'il a reconnu l'idée d'une légitimation personnelle, il n'examine les règles concernant les institutions européennes que dans la mesure où elles modifient la place et le poids de la France au sein de ces institutions, ainsi que cela a été le cas avec la substitution de l'unanimité au Conseil des ministres par la règle de la majorité ou avec le renforcement des pouvoirs du Parlement européen<sup>180</sup>, ou bien encore lorsque des lois françaises ont porté sur ces institutions<sup>181</sup>. La nécessité établie par le Conseil constitutionnel de modifier la Constitution afin de permettre au parlement français de faire valoir les droits que le droit de l'Union a conférés à ce dernier a déjà été mentionnée<sup>182</sup>.

En somme, ce qui compte pour le Conseil constitutionnel, c'est la perspective *nationale* et non pas la perspective *démocratique*. Cela s'est du reste déjà révélé dans le cadre de l'examen de la commission des réfugiés. La question de savoir par qui et de quelle manière la souveraineté est exercée au nom de la France n'est pas évoquée par le Conseil. La Cour allemande, en revanche, accepte que l'Allemagne participe à une organisation capable de former une volonté indépendamment de l'imputation de cette volonté à la participation nationale. Elle ne voit de limites que dans la nécessité de prendre en compte les principes constitutionnels et les intérêts fondamentaux des États membres<sup>183</sup>. On constate ici à quel point l'accent mis sur la démocratie ou la souveraineté n'a rien d'indifférent et qu'il ne s'agit pas seulement d'une question de terminologie.

---

<sup>177</sup> S. DAHAN, O. FUCHS, M.-L. LAVUS, « Whatever it Takes? À propos de la décision OMT de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *AJDA*, 2014, p. 1311 *sq.*

<sup>178</sup> CC, 76-71 DC du 30.12.1976, cons. 4 *sq.* ; CC, 92-308 DC du 9.4.1992, cons. 32 *sq.* ; 2003-468 DC du 3.4.2003, cons. 35 *sq.* Sur l'applicabilité supranationale du principe démocratique, voir toutefois G. VEDEL, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, 2, 1977, p. 22 *sq.*

<sup>179</sup> CC, 76-71 DC du 30.12.1976, cons. 6.

<sup>180</sup> CC, 92-308 DC du 9.4.1992, cons. 34, 38, 49 (bien que dans les deux premiers considérants le Conseil ne donne pas une réponse claire aux auteurs de la saisine qui ont avancé la violation des compétences parlementaires) ; 97-394 DC du 31.12.1997, cons. 20, 24 *sq.*, 28 ; avec une définition exhaustive CC, 2004-505 DC du 19.11.2004, cons. 29 ; 2007-560 DC du 20.12.2007, cons. 20.

<sup>181</sup> CC, 2003-468 DC du 3.4.2003, cons. 35 *sq.* en matière de règles nationales sur l'élection des députés français au Parlement européen.

<sup>182</sup> Voir *supra*, note 69.

<sup>183</sup> BVerfGE 89, 155 (183 *sq.*) – 1993.

Pour terminer, on formulera deux remarques : d'abord, l'unanimité au niveau européen, si importante en droit français, conduit à ce que, si aucune décision ne peut être prise contre la volonté d'un État, de même, une décision une fois prise ne peut pas non plus être modifiée contre la volonté d'un État alors que cela peut s'avérer nécessaire dans une démocratie où le pouvoir est limité dans le temps<sup>184</sup>. Ce problème n'est pas pris en compte par le Conseil constitutionnel, ce qui se manifeste aussi dans le fait que l'absence d'un droit de dénonciation dans un traité ne lui pose pas de problème au regard de la souveraineté<sup>185</sup>. Pour cette raison, on peut se demander si, dans l'interprétation et l'application du principe de souveraineté, l'idée que la démocratie ne confère du pouvoir que pour un certain temps ne devrait pas être davantage mise en lumière. Ensuite, il y a lieu de rappeler que les discussions françaises tournent uniquement autour de la question de savoir si la ratification d'un traité européen exige une majorité de révision constitutionnelle – ce qui est toujours nécessaire en Allemagne (art. 23 LF) – ou si une majorité simple suffit<sup>186</sup>. En Allemagne en revanche, les discussions sur la démocratie en Europe concernent des limites insurmontables<sup>187</sup>.

## VI. REMARQUES FINALES ET CONCLUSIONS

Pour conclure, on peut d'abord constater les différences entre la conception de la démocratie de part et d'autre du Rhin.

### *A. Le rôle des notions ouvertes dans l'interprétation de la constitution*

Sur le plan méthodologique, on relèvera que la Cour allemande se réfère à la notion de démocratie, non pas seulement de manière isolée, mais surtout, le plus souvent dans ses rapports avec d'autres normes constitutionnelles. Ce que la Cour a récemment précisé quant au principe de l'État de droit vaut aussi pour le principe démocratique :

Le droit constitutionnel ne consiste pas seulement en diverses dispositions particulières de la constitution écrite, mais il comporte en outre des principes généraux et des idées directrices qui relient ces dispositions entre elles et les tiennent ensemble<sup>188</sup>.

Toutefois, ainsi qu'elle l'a rappelé récemment, ce principe ne saurait écarter des normes du droit constitutionnel positif<sup>189</sup>. S'il est perçu en France que certaines dispositions de la Constitution concrétisent le principe

---

<sup>184</sup> Sur la nécessité démocratique de la possibilité de modifier des lois voir CCA, 2 BvL 2/12 du 15.12.2015, pt. 53.

<sup>185</sup> CC, 91–294 DC du 25.7.1991. Avec une tendance contraire BVerfGE 123, 267 (350) – 2009 ; CCA, 2 BvL 2/12 du 15.12.2015, pts. 53, 89.

<sup>186</sup> J. ZILLER, « European Union Law in the Jurisprudence of French Courts », art. cité, p. 771.

<sup>187</sup> BVerfGE 123, 267 (343, 354) – 2009 ; CCA, 2 BvR 2735/14 du 15.12.2015, pts. 41 *sq.*

<sup>188</sup> CCA, 2 BvL 1/12 du 15.12.2015, pt. 78.

<sup>189</sup> CCA 2 BvE 4/14 du 3.4.2016, pts. 86 *sq.* Voir déjà *supra*, note 48.



démocratique, comme par exemple les règles sur le droit de vote, il n'en demeure pas moins que, habituellement, ce principe n'est pas utilisé pour l'interprétation d'autres normes constitutionnelles. Celles-ci sont interprétées de manière isolée. C'est pourquoi ce principe ne joue pratiquement aucun rôle dans les discussions sur l'interprétation des réserves de la loi prévues à l'art. 34 LF ou sur la légitimation de l'administration et de la justice. Dans ce dernier contexte, la soumission aux lois suffit pour garantir leur caractère démocratique<sup>190</sup>. La question soulevée par l'écrivain Bertolt Brecht : « Le pouvoir de l'État vient du peuple, mais où va-t-il<sup>191</sup> ? » n'est pas posée en France. Les mêmes différences apparaissent dans le contexte européen. En Allemagne, la question de la légitimation de l'Administration et de la justice donne lieu à une concentration fort douteuse sur le Gouvernement – une idée qui, en France, uniquement pourrait se justifier puisque c'est seulement ici qu'il existe une disposition constitutionnelle, l'art. 20 CF, selon laquelle la politique de la nation est déterminée par le Gouvernement<sup>192</sup>.

### *B. La concrétisation des notions ouvertes*

Au total, les concepts constitutionnels de démocratie et de souveraineté populaire sont très développés en Allemagne, parfois même trop, ce qui conduit à des déductions fort concrètes. Cela paraît d'autant plus discutable que les limites prévues à l'art. 79, al. 3 LF risquent alors d'exclure la modification de ces déductions, y compris par le pouvoir constituant. Certes, cette dernière disposition interdit de porter atteinte aux principes concernés, de commettre une ingérence. Mais elle ne s'oppose pas à une révision qui resterait dans le cadre des limites posées<sup>193</sup>. La Cour constitutionnelle allemande a elle-même souligné à plusieurs reprises les marges d'appréciation qui en résultent, surtout à propos de la démocratie<sup>194</sup>. Il reste qu'un peu « moins » (de concrétisations) serait peut-être un « plus » (c'est-à-dire un caractère plus convaincant).

Les diverses composantes du concept de démocratie (la soumission aux lois, le contrôle parlementaire comme élément de la légitimation matérielle ou, plus rarement, la question de la légitimation personnelle) sont certainement connues en France. Toutefois, on ne les utilise que de manière isolée, sans construire un contexte systématique. C'est surtout la question de la légitimité appliquée aux personnes qui exercent le pouvoir qui semble absente des débats. Ainsi les concepts de démocratie, mais aussi de souveraineté in-

---

<sup>190</sup> A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, op. cit., problématise seulement les limites de la décentralisation (p. 142 sq.). Voir *supra*, note 127.

<sup>191</sup> B. BRECHT, « Die Staatsgewalt geht vom Volke aus, aber wo geht sie hin? », in *Die Gedichte in einem Band*, Francfort-sur-le Main, Suhrkamp, 2003, p. 378.

<sup>192</sup> J. MASING, « Kommentar », art. cité, p. 174.

<sup>193</sup> BVerfGE 30, 1 (24) – 1970 ; 109, 279 (310) – 2004 ; 137, 108 pt. 84 – 2014.

<sup>194</sup> BVerfGE 83, 37 (59) – 1990 en ce qui concerne le droit de vote des étrangers aux élections municipales ; BVerfGE 137, 108 pts. 80 sq. – 2014 contre BVerfGE 119, 331 (366) – 2007 en matière de l'organisation de l'administration.

terne restent plutôt pâles<sup>195</sup>. Cela correspond cependant à une retenue générale que l'on peut constater en France vis-à-vis de l'élaboration des définitions et des concepts juridiques<sup>196</sup>.

Cela conduit à une dernière remarque. Tant en droit civil qu'en droit constitutionnel, les juges allemands sont bien plus enclins que leurs collègues français<sup>197</sup> à tirer des déductions très concrètes de notions générales – quoiqu'avec quelques variations<sup>198</sup>. En son point de départ, l'approche allemande correspond à la logique du syllogisme juridique consistant à définir les notions juridiques par rapport auxquelles il faut qualifier les faits avec autant de précision et de clarté que possible. Mais, souvent, la Cour constitutionnelle allemande va bien au-delà de ce qui est nécessaire dans ce domaine et profite de cette nécessité pour développer des idées abstraites inutiles à la solution des problèmes de l'espèce<sup>199</sup>. Si le syllogisme juridique est également connu en France<sup>200</sup>, on y relève une plus grande réticence face aux définitions abstraites<sup>201</sup>.

Le point jusqu'auquel un juge constitutionnel peut concrétiser une notion aussi abstraite que la démocratie ou la souveraineté dépend aussi de sa position, de ses compétences et donc de sa légitimité. L'application du droit par les juges ne soulève pas seulement des questions de méthodologie. N'oublions pas que le juge est lui-même un acteur de la séparation des pouvoirs, dont il déduit sa mission. Toutefois, la signification de cette idée pose de nombreuses questions qui dépassent le cadre de cet article. Pour l'heure, il suffit de rappeler que, en Allemagne, c'est l'image d'un juge fort qui prévaut, tandis que, en France, ce sont souvent les limites de sa mission qui sont mises en avant. Les deux positions reflètent d'ailleurs des expériences historiques<sup>202</sup>.

---

<sup>195</sup> Y. VILAIN, « Demokratische Legitimität und Verfassungsmäßigkeit unabhängiger Regulierungsbehörden », art. cité, p. 13. C. TEITGEN-COLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cité, p. 172, parle d'une « lecture assouplie » en ce qui concerne l'application de l'art. 21 CF sur les autorités administratives indépendantes.

<sup>196</sup> U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, Munich, C. H. Beck, 2015, § 6 pt. 139.

<sup>197</sup> Pour un regard comparatiste, voir Y. VILAIN, *op. cit.*, n. 21, § 3 pts. 55, 59 et 161 *sq.* ; L. HEUSCHLING, « Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich », art. cité, p. 42 ; C. SCHÖNBERGER, « Der Aufstieg der Verfassung », in T. VESTING, S. KORIOTH (dir.), *Der Eigenwert der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 7 *sq.* En ce qui concerne le droit civil, voir *supra*, note 160.

<sup>198</sup> *Supra*, note 114.

<sup>199</sup> Critique fondée d'O. LEPSIUS, « Die maßstabsetzende Gewalt », in M. JESTAEDT *e. a.*, *Das entgrenzte Gericht*, Francfort/M., Suhrkamp, 2011, p. 159 *sq.*

<sup>200</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, Paris, PUF, 2009, p. 45 *sq.* ; U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, § 6 pt. 137 *sq.*

<sup>201</sup> *Ibid.*, § 6 pt. 138.

<sup>202</sup> C.D. CLASSEN, « Der EuGH und die Herausbildung eines europäischen Verwaltungsrechts », in J. SCHENKE, J. SUERBAUM (dir.), *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 11 (15 *sq.*) ; sur la justice judiciaire, voir P. JUNG, « Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht », art. cité, p. 46 *sq.*

D'une manière ou d'une autre, ces deux États doivent cependant se rencontrer dans l'espace juridique européen, car la démocratie n'est pas seulement une notion constitutionnelle nationale mais aussi une notion européenne (art. 2 et 9 *sq.* TUE). La comparaison a montré que, sur le plan constitutionnel, il existe dans les deux États des concepts qui diffèrent dans les détails mais qui sont au fond comparables. Lorsqu'il s'agit de savoir dans quelle mesure on peut les concrétiser, la vérité, comme souvent, se trouve peut-être au milieu. Dans d'autres États membres de l'Union européenne, il n'existe pas non plus de « dogmatique » aussi sophistiquée de la démocratie qu'en Allemagne<sup>203</sup>. C'est pourquoi il peut paraître particulièrement surprenant que la Cour constitutionnelle allemande ait exigé le recours aux concepts du droit allemand, y compris à l'égard de l'action et du contrôle de la Banque centrale européenne<sup>204</sup>. Si l'existence d'une légitimation démocratique doit être garantie, il faudrait sans doute, en Allemagne, donner plus de liberté au Parlement quant aux mécanismes concrets choisis à cette fin. Et si, en France, on reprenait certains des arguments développés en Allemagne, on pourrait sans doute remplir avec un peu plus de substance l'idée selon laquelle toute la Constitution est orientée vers la réalisation de la démocratie<sup>205</sup>.

Certains s'étonneront peut-être de l'importance du principe démocratique dans le droit constitutionnel allemand alors que, dans le système *politique* français, ce principe joue un rôle bien supérieur comparé au système allemand dans lequel c'est plutôt le principe de l'État de droit – parfois opposé à la démocratie – qui est primordial<sup>206</sup>. Les développements précédents ne doivent pas être compris comme une remise en cause de cette idée. La différence réside plutôt dans la forte juridicisation de la politique en Allemagne, juridicisation qui s'étend jusqu'au principe démocratique. C'est pourquoi on a pu parler à propos de la jurisprudence constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union d'une « démocratie décrétée<sup>207</sup> ». En France, au contraire, le principe démocratique est resté plutôt dans son état de nature : il est le droit des représentants du peuple de prendre librement leurs décisions.

### **Claus Dieter Classen**

*Claus Dieter Classen est Professeur de droit public, de droit européen et de*

---

<sup>203</sup> P.M. HUBER, « Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in internationalen Gemeinschaften – nach 50 Jahren », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 141, 2016, p. 117 (p. 129 *sq.*) ; voir aussi les rapports in H. BAUER, P. M. HUBER, K.-P. SOMMERMANN (dir.), *Demokratie in Europa, op. cit.* Sur le concept de démocratie dans la jurisprudence de la CJUE voir K. F. GÄRDITZ, « Demokratie in der Rechtsprechung des EuGH », *Mélanges 200 Jahre Heymanns Verlag*, Cologne, Heymanns, 2015, p. 3 *sq.*

<sup>204</sup> Voir *supra*, note 178 *sq.*

<sup>205</sup> Voir *supra*, note 25.

<sup>206</sup> M. FROMONT, « R.F.A. : L'État de droit », *RDP*, 1984, 1203 (1225) ; en matière de droits fondamentaux, voir A. GAILLET, « Des libertés publiques aux droits fondamentaux ? », *op. cit.*, p. 182.

<sup>207</sup> J. SCHWARZE, « Die verordnete Demokratie », *Europarecht*, 2010, p. 108 *sq.*

*droit international public à l'université de Greifswald, juge à la cour d'appel administrative de Mecklembourg-Pomeranie occidentale et membre de la Cour constitutionnelle de ce Land. Il est notamment l'auteur de Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, Religionsrecht, Tübingen, Mohr, 2<sup>e</sup> éd. 2015, et le coauteur de T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, Europarecht, Munich, Beck, 6<sup>e</sup> éd., 2016.*