MICHEL FROMONT

Le constitutionnalisme allemand

Le constitutionnalisme allemand est tout d'abord apparu au XIX[e] siècle dans les Etats allemands nés des décombres du Saint Empire romain qui n'a disparu officiellement que le 6 août 1806, mais qui n'était plus que l'ombre de lui-même depuis les traités de Westphalie de 1648. Ce constitutionnalisme naquit d'abord dans les Etats d'importance moyenne de l'Allemagne du Sud, les uns après le Congrès de Vienne, notamment la Bavière (1818), le Bade (1816), le Wurtemberg (1818) et la Hesse-Darmstadt (1820), les autres après les événements survenus en France en juillet 1830, principalement les Etats d'importance moyenne d'Allemagne du Nord tels que la Hesse électorale (1831), le Holstein (1831), la Saxe (1831), le Brunswick (1832) et le Hanovre (1833). Il ne s'installa définitivement dans les deux grands Etats allemands de l'époque, la Prusse et l'Autriche, que plus tard, c'est-à-dire respectivement en 1850 et 1867. Ces constitutions qui étaient le plus souvent octroyées, parfois négociées, se sont appliquées jusqu'à l'effondrement général de 1918. Elles furent remplacées par les constitutions républicaines des Länder de la République de Weimar qui succédèrent aux anciens Etats membres de l'Empire wilhelminien, puis par celles des onze Länder de la République de Bonn auxquels viennent de s'adjoindre celles des cinq nouveaux Länder.

En 1848, l'idée d'unité allemande ne parvint pas à prendre corps en raison de l'hostilité des monarques envers une assemblée constituante jugée trop libérale et également en raison de la difficulté de rassembler dans un même ensemble fédéral les deux grands Etats allemands qu'étaient l'Empire autrichien et la Prusse. C'est pourquoi la constitution de l'Empire wilhelminien de 1871 fut la

première constitution d'une Allemagne unifiée sans l'Autriche ; elle fut suivie par celles des Républiques de Weimar (1919) et de Bonn (1949).

Cette riche histoire constitutionnelle de l'Allemagne est marquée, au XIX^e^ siècle, par une grande stabilité et, au XX^e^ siècle, par la succession de deux familles de constitutions, celles de l'après-première-guerre mondiale et celles de l'après-deuxième-guerre mondiale, les nazis ayant simplement mis à bas la constitution qui régissait l'Allemagne au moment de leur prise du pouvoir. Bref le nombre des textes constitutionnels du passé est plus considérable en raison du grand nombre d'Etats concernés qu'en raison d'une hypothétique instabilité constitutionnelle.

On pourrait penser *a priori* qu'il y a une nette coupure entre les constitutions du XIX^e^ siècle et celles du XX^e^ siècle. Il n'en est rien. En fait, il existe une remarquable continuité entre les textes du XIX^e^ siècle et ceux du XX^e^ siècle. En premier lieu, l'idée d'Etat de droit *(Rechtstaat)*, qui est si caractéristique du constitutionnalisme allemand, est apparue avec beaucoup de force dès le XIX^e^ siècle. En second lieu, même s'il a évolué, notamment du fait de l'éclatement de la Prusse en plusieurs Länder, le fédéralisme n'est pas, aujourd'hui, très différent de celui mis en place en 1871 ; il a conservé bien de ses originalités primitives. En définitive, seul le troisième élément caractéristique du constitutionnalisme allemand, le principe démocratique, a considérablement évolué en deux siècles : démocratie censitaire et limitée au XIX^e^ siècle, l'Allemagne est devenue une démocratie parlementaire fondée sur les partis, après avoir fait l'expérience malheureuse d'une démocratie semi-plébiscitaire.

I. DE L'ÉTAT DE DROIT FORMEL A L'ÉTAT DE DROIT MATÉRIEL

Au XIX^e^, la constitution est conçue, en Allemagne comme dans tous les pays d'Europe, comme un élément de limitation du pouvoir par le droit, bref comme la base même de l'Etat de droit, c'est-à-dire d'un Etat régi par le droit et non plus placé au-dessus du droit comme le postulait le principe de la monarchie absolue. Cependant, l'idée d'Etat de droit est particulièrement forte en Allemagne dès le XIX^e^ siècle, sans doute parce qu'elle était le seul élément permettant de limiter un pouvoir monarchique resté fort, faute d'un développement suffisamment marqué de l'idée démocratique. C'est sans doute pourquoi le principe de l'Etat de droit domine aujourd'hui encore les systèmes constitutionnels allemands.

1 / *L'Etat de droit dans les constitutions du XIX^e siècle*

Au début du XIX^e, c'est-à-dire à l'époque dite du constitutionnalisme précoce *(Frühkonstitutionnalismus)*, le constitutionnalisme a essentiellement pour objet de limiter le pouvoir du monarque en instaurant au moins partiellement la séparation des pouvoirs, le monarque ne conservant plus que l'exclusivité du pouvoir exécutif.

Par exemple, la Constitution du royaume de Bavière du 26 mai 1818 limite le pouvoir du roi, d'une part, en l'amputant d'une partie du pouvoir législatif et, d'autre part, en le privant de la quasi-totalité de son pouvoir judiciaire. Ainsi, en ce qui concerne le pouvoir législatif, le titre VII définit, tout d'abord, le domaine réservé à la loi selon une formule qui conservera toute sa valeur jusqu'au milieu du XX^e siècle et qui a encore laissé bien des traces dans le droit positif actuel : toute règle générale qui « touche la liberté des personnes ou la propriété des nationaux » ; le titre VII organise, ensuite, le partage de ce pouvoir législatif entre les chambres et le roi en posant la règle de l'assentiment des chambres et de la sanction par le roi[1].

Les constitutions qui furent adoptées après la Révolution française de 1830 en Allemagne du Nord suivirent à peu près le modèle de l'Allemagne du Sud. Une évolution sensible ne se produisit qu'avec l'instauration, en 1850, du constitutionnalisme dans l'Etat allemand le plus puissant et le plus moderne de l'époque, la Prusse. La période classique du constitutionnalisme allemand commence alors et ne se terminera qu'en 1918.

Or, ce qui caractérise la Constitution prussienne, c'est qu'elle met en place, non pas une monarchie parlementaire, thème qui sera développé dans la troisième partie, mais une monarchie limitée, c'est-à-dire une monarchie dans laquelle le principe de séparation des pouvoirs aboutit à l'attribution exclusive du pouvoir exécutif au roi, à l'attribution exclusive du pouvoir judiciaire aux juridictions et au partage du pouvoir législatif entre le roi et les chambres, chacun de ces pouvoirs ayant à la fois le pouvoir d'initiative et le pouvoir de consentir la loi, étant précisé, par ailleurs, que ce pou-

1. § 2 : « Sans les conseils et l'assentiment des Etats du Royaume, aucune loi générale nouvelle qui concerne la liberté des personnes ou la propriété des nationaux ne peut être édictée, ni aucune loi ancienne modifiée, authentiquement interprétée ou abrogée » ; § 30 : « Seul le roi sanctionne les lois et les promulgue par sa signature et le visa de l'accord du Conseil d'Etat et de l'obtention des conseils et de l'assentiment des Etats. »

voir législatif est entendu de façon restrictive comme le pouvoir d'édicter des règles touchant la liberté et la propriété des personnes. Ce partage du pouvoir législatif est certes une atténuation du principe de séparation des pouvoirs.

Mais, pour le reste, la Constitution prussienne met en place une séparation rigide des pouvoirs qui, à bien des égards, rappelle la Constitution américaine. En premier lieu, le roi est le maître absolu du Gouvernement, de l'administration, de la diplomatie et de l'armée, lesquels constituent, en quelque sorte, son domaine réservé ; certes, les chambres ont le pouvoir de voter le budget, mais elles ne purent jamais l'exercer aux fins de contrôler l'action du roi (voir le célèbre conflit qui opposa Bismarck à la chambre basse). De même, l'indépendance du pouvoir judiciaire est fortement affirmée même si les juges sont nommés par le roi : les tribunaux sont « indépendants et soumis à aucune autre autorité que la loi » (art. 86) ; les juges ne peuvent être suspendus ou révoqués que « par une décision juridictionnelle et pour des motifs prévus par la loi » (art. 89) et ils ne peuvent être recrutés qu'en raison de leurs mérites et dans les conditions prévues par la loi (art. 90). Enfin, le domaine de la loi est un domaine réservé et correspond aux matières où l'Etat, incarné par le roi, et la société, représentée par les chambres, doivent nécessairement collaborer pour le bien de tous ; c'est, en quelque sorte, le lien de jonction entre l'Etat et la société, idée qui est également présente à certains égards dans la pensée constitutionnelle gaulliste.

La création de la Confédération d'Allemagne du Nord, puis, en 1871, du Reich ne modifia pas sensiblement la situation. Certes, le Reichstag était une assemblée élue au suffrage universel et avait des pouvoirs budgétaires plus étendus que les chambres prussiennes. Mais, pour le reste, le schéma général restait celui d'une monarchie limitée dans laquelle l'idée d'un domaine réservé aux monarques réunis au sein du Reichsrat et celle d'un domaine réservé à la loi, mais limité aux seules questions de droit privé, restaient prédominantes. Quant au pouvoir judiciaire, il demeurait l'apanage presque exclusif des juridictions des Länder.

Cette conception de la séparation des pouvoirs fit l'objet d'un effort de théorisation à la fin du XIX[e] siècle grâce à la notion d'Etat de droit *(Rechtstaat)* ; par Etat de droit, les juristes allemands entendirent un Etat dans lequel le pouvoir exécutif est réservé au roi, où la loi s'impose au respect tant du roi que des juridictions et où ces dernières sont indépendantes et soumises à la seule autorité de la loi. Les Allemands attachèrent d'autant plus d'importance à l'affirmation de l'Etat de droit que les régimes politiques de

l'époque étaient encore faiblement démocratiques ; ils y attachent encore aujourd'hui une grande importance dans la mesure où l'avènement de la démocratie au XX[e] siècle n'apporta pas, du moins dans un premier temps, plus de liberté.

2 / *L'Etat de droit dans la Constitution de Weimar*

La conception traditionnelle de l'Etat de droit subit des inflexions sous la République de Weimar qui, d'ailleurs, ne se révélèrent pas toujours très heureuses et il faudra attendre la Loi fondamentale de 1949 pour que l'idée d'Etat de droit retrouve son prestige d'antan grâce à une mutation en tous points remarquable.

La Constitution de 1919 apporta, tout d'abord, une nouvelle répartition des pouvoirs, puisqu'un régime parlementaire était institué et que la notion de domaine réservé à l'exécutif semblait ainsi condamnée ; elle ne l'était toutefois que partiellement puisque le président du Reich, élu au suffrage universel, conservait une partie des anciens pouvoirs du monarque, notamment en cas de crise, et que l'idée d'une fonction publique et d'une armée au service exclusif de l'exécutif demeurait très forte dans les esprits.

La deuxième innovation apportée par la constitution a été la rédaction d'une déclaration des droits beaucoup plus complète et comprenant en particulier des « principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » pour reprendre l'expression employée par le préambule de la Constitution française de 1946 ; la notion d'Etat de droit perdait de ce fait son caractère purement formel (séparation des pouvoirs) et, de ce fait, acquérait également un contenu substantiel (droits fondamentaux) ; mais le caractère souvent programmatique de ces dispositions se révéla peu favorable à leur application par les tribunaux.

En effet, et c'est là la troisième innovation apportée par la République de Weimar, alors qu'aucun texte ne le leur attribuait expressément, les tribunaux se reconnurent le droit de ne pas appliquer les lois qui ne leur paraissaient pas suffisamment respectueuses des droits garantis par la constitution ; mais, en réalité, ils le firent dans un esprit antidémocratique (mépris pour un législateur démocratique) et dans un esprit conservateur, ne reconnaissant valeur de droit positif qu'aux seules dispositions consacrant des droits classiques, tels que le droit de propriété.

Pire : la République de Weimar disparut en 1933 en toute légalité. En effet, Hitler et son Gouvernement de coalition furent nommés régulièrement par le président von Hindenburg et ils se firent

ensuite conférer des pouvoirs dictatoriaux par le Reichstag. Cette subversion de l'Etat de droit dans le respect des formes légales convainquit les Allemands qu'un Etat de droit fondé sur le seul respect des formes n'apportait pas toutes les garanties nécessaires pour protéger les libertés et qu'il fallait donc adopter dorénavant une conception matérielle de l'Etat de droit, c'est-à-dire celle d'un Etat assurant l'effectivité des droits fondamentaux de la personne humaine. C'est ce que réalisa la Loi fondamentale de 1949.

3 / *L'Etat de droit selon la Loi fondamentale*

De fait, l'objectif poursuivi par les constituants de 1949 fut d'aller au-delà de la simple séparation des pouvoirs en définissant avec précision les droits fondamentaux et en confiant la protection de l'ensemble du nouvel ordre constitutionnel à des juridictions[1]. Dorénavant, l'essentiel, c'est la protection des droits fondamentaux comme en témoigne le fait qu'ils occupent désormais la première place dans le texte constitutionnel et qu'ils sont rédigés de façon suffisamment précise pour qu'ils puissent être invoqués en justice, ce qui explique que même les députés du Parti social-démocrate consentirent à la mise à l'écart de la plupart des droits sociaux.

En même temps, la position du pouvoir judiciaire au sein des organes constitutionnels était considérablement renforcée. En premier lieu, la Cour constitutionnelle cessait d'être, comme sous la République de Weimar, simplement un organe d'arbitrage entre la Fédération et des Länder et un organe de la justice politique ; elle devenait le garant, sinon exclusif, du moins principal, du respect de l'ensemble de la Constitution, notamment des droits fondamentaux ainsi que des règles de la démocratie... En second lieu, l'ensemble des tribunaux recevait la mission de soulever toute exception d'inconstitutionnalité relative aux lois (art. 100) et aussi celle de protéger les droits des individus contre le pouvoir exécutif (art. 19). Ainsi, l'Etat de droit ne devenait pas seulement un Etat tenu de respecter la dignité de la personne humaine et les droits fondamentaux qui en découlent, mais encore un Etat confiant aux juges le droit au dernier mot, bref un Etat des juges.

Faut-il en déduire qu'en Allemagne la conception actuelle de l'Etat de droit représente une rupture avec les conceptions traditionnelles, plus restrictives ? Nous ne le pensons pas. En effet,

1. Pour une analyse approfondie de la notion allemande d'Etat de droit, voir Fromont, L'Etat de droit, *Revue du droit public*, 1984, p. 1203.

comme dans le passé, le système politique allemand apparaît toujours comme étant d'abord un Etat de droit, c'est-à-dire un Etat tout entier régi par le droit et respectueux des droits subjectifs de ceux qui sont soumis à son pouvoir. Aujourd'hui encore, le caractère fédéral et démocratique de la République n'arrive qu'en second : le fédéralisme n'est-il pas de plus en plus conçu comme une forme particulière de séparation des pouvoirs et la démocratie n'est-elle pas conçue comme un ensemble de règles du jeu que le juge doit faire respecter ? Ce qui est certain, c'est que la Constitution est plus que jamais la source de tout pouvoir et la source de tout droit, subjectif ou objectif.

Quoi qu'il en soit, cette nouvelle conception de l'Etat de droit a été une telle réussite qu'il a permis de briser bien des traditions autoritaires héritées de la Prusse, qu'il est devenu un modèle pour les nouvelles démocraties d'Europe, notamment l'Espagne dont la Constitution de 1975 a repris bien des éléments, et enfin qu'il a acquis auprès des Allemands un tel prestige qu'au jour de la réunification, il ne fut pas question de ne pas conserver intégralement l'Etat de droit qu'avait mis en place la République de Bonn.

II. LE FÉDÉRALISME

L'Allemagne a été longtemps un espace marqué par la diversité : diversité des religions, diversité des monarchies, diversité des mœurs et même de la langue, tout en étant caractérisé par une certaine communauté, communauté de culture principalement. Il en est resté l'habitude de ne pas rechercher l'uniformité et d'éviter le centralisme. La technique fédérale est donc apparue tout naturellement comme la meilleure technique possible dès que se posa la question de la reconstitution de l'unité allemande autour de la Prusse et par exclusion de l'Autriche. Toutefois ce fédéralisme prit tout d'abord une forme monarchique qui a laissé des traces importantes dans l'aménagement du fédéralisme républicain du XX^{e} siècle et le différencie aujourd'hui encore fortement du fédéralisme américain ou helvétique.

1 / *Le fédéralisme monarchique*

Le Saint Empire romain, qui disparut en 1806, n'était pas à proprement parler un Etat fédéral, mais plutôt une union d'Etats souverains qui acceptaient d'être liés par une alliance militaire défensive et

dont les organes majeurs, le Reichstag et le Reichskammergericht, disposaient d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir judiciaire limités. Il représente toutefois un modèle d'organisation qui ne sera pas sans influence sur la Constitution du Reich de 1871.

En effet, si l'on considère tout d'abord les organes, on observe que le Reich créé par Bismarck a pour organe exécutif suprême, non pas l'empereur, qui n'a, en principe, qu'une fonction présidentielle, mais le Bundesrat, assemblée des représentants des monarques qui possède le droit d'initiative législative, le pouvoir d'adresser des instructions en vue de l'exécution des lois impériales et celui de se prononcer sur les carences des Etats membres en matière d'exécution des lois impériales. Un tel système est manifestement inspiré du modèle du Saint Empire et se retrouve, comme nous le verrons, dans l'institution de l'actuel Bundesrat.

En revanche, tant en matière législative qu'en matière exécutive, la répartition des compétences correspond plutôt à celles figurant dans les constitutions fédérales de l'époque, à savoir celles des Etats-Unis et de la Suisse, c'est-à-dire une répartition par matières. Plus précisément, la Constitution de 1871 ne fit pas correspondre compétences législatives et compétences exécutives comme dans la Constitution américaine et suivit plutôt l'exemple de la Suisse : le Reich reçut des compétences législatives étendues, spécialement en droit privé, en droit pénal et en procédure, ce qui permit les grandes codifications de la fin du siècle et, au contraire, les Etats membres, qui étaient pour la plupart des monarchies, conservèrent la quasi-totalité des compétences exécutives, à l'exception toutefois des moyens d'échange et de communication (monnaie, chemins de fer et postes) et des questions concernant la paix et la guerre (les grands Etats conservant leurs armées propres), ainsi, d'ailleurs qu'une grande partie des ressources financières. Ce type de répartition des compétences, qui concentre l'essentiel des compétences administratives entre les mains des Etats membres, s'est perpétué jusqu'à aujourd'hui.

Enfin, le fédéralisme allemand se caractérisait par la prépondérance du royaume de Prusse tant en raison de sa puissance économique et militaire que des privilèges reconnus à la Prusse : le roi de Prusse était empereur, son chancelier était chancelier du Reich.

2 / *Le fédéralisme de Weimar*

L'avènement de la République supprima l'une des originalités du fédéralisme allemand, à savoir son caractère monarchique, et en atténua une autre, à savoir l'bégémonie de la Prusse : certes le pré-

sident du Reich et le chancelier du Reich n'étaient plus automatiquement prussiens, mais la Prusse ne fit pas l'objet d'une partition et resta donc de ce fait l'Etat le plus important du Reich, malgré les amputations subies à l'est au profit de la Pologne.

Mais, pour le reste, la continuité l'emportait nettement. En premier lieu, sur le plan des symboles, la République de Weimar demeurait un Reich, mot qui devient d'ailleurs intraduisible, sinon de façon approximative par le mot français de « Nation ». En second lieu, le Reichsrat, nouvelle dénomination du Bundesrat, demeurait composé exclusivement de représentants des gouvernements des Etats membres avec une répartition inégalitaire des droits de vote comme dans le précédent régime. Enfin, en dernier lieu, le système de répartition des compétences restait fondamentalement le même que précédemment : le Reich conservait l'essentiel du pouvoir législatif ainsi que les juridictions de cassation, les Etats membres conservaient la quasi-totalité du pouvoir administratif et financier ainsi que toutes les juridictions du fond.

Toutefois, il faut noter, sur ce dernier point, un glissement, non pas sur le plan des techniques, mais sur le plan quantitatif. En effet, comme la nécessité de respecter les monarchies des Etats membres disparaissait et, que, de surcroît, le libéralisme allemand est traditionnellement favorable à une forte unité de l'Allemagne, il était naturel que l'instauration du nouveau régime entraînât une centralisation accrue : de fait, le pouvoir d'intervention du Reich dans les affaires intérieures des Länder, y compris celui de changer le Gouvernement de l'un d'eux, est non seulement reconnu (art. 48, alinéa 1), mais encore il fut effectivement exercé pendant les douze années mouvementées de la jeune République. De plus, outre le fait que les Länder perdaient les compétences militaires et diplomatiques qui leur restaient, ils perdirent pratiquement tout leur pouvoir fiscal au profit du Reich (art. 8). Enfin, les constitutions des Länder devaient désormais être conformes aux principes démocratiques (art. 17, règle probablement empruntée à la Suisse) et les frontières et l'existence même des Länder pouvaient être remises en cause par le Reich avec l'accord des populations intéressées (art. 18).

3 / *Le fédéralisme de la République fédérale d'Allemagne*

En 1949, il y eut un véritable débat, non pas sur le principe de la restauration du fédéralisme, mais sur son degré de décentralisation. Les facteurs favorables à l'instauration d'un fédéralisme fortement unitaire étaient essentiellement d'ordre objectif : d'une part, les fron-

tières des nouveaux Länder ne pouvaient être qu'artificielles du fait que les nouveaux Länder avaient été découpés à l'intérieur des zones d'occupation et qu'il n'y avait plus de Prusse à proprement parler et, d'autre part, l'arrivée des réfugiés ayant fui les Soviétiques avait entraîné un formidable brassage de populations. L'un et l'autre de ces facteurs ruinaient à peu près complètement la justification traditionnelle du fédéralisme, à savoir la nécessité de respecter le particularisme culturel et social de chacun des composants de l'Etat fédéral. Mais les facteurs favorables à l'instauration d'un fédéralisme fortement décentralisé furent les plus forts. Ils étaient essentiellement d'ordre politique : d'une part, la volonté des Allemands de rompre avec le centralisme de fait pratiqué par les nationaux-socialistes et de rétablir un fédéralisme qui avait pour nouvelle justification celle de compléter la séparation horizontale des pouvoirs par une séparation verticale des pouvoirs ; d'autre part, la volonté des Alliés de l'Ouest d'empêcher la reconstitution d'un Etat allemand centralisé.

De fait, le fédéralisme instauré par la Loi fondamentale est, à bien des égards, plus proche de celui de Bismarck que celui de Weimar qui, nous l'avons vu, était caractérisé par une forte poussée de centralisation. En premier lieu, le pouvoir fiscal n'est certes pas rendu totalement aux Länder, mais la répartition des ressources fiscales principales est effectuée de façon beaucoup plus équilibrée. En second lieu, le Bundesrat, qui reprend son nom de l'époque wilhelminienne et continue d'être composé de représentants des gouvernements des Länder, retrouve une grande partie des compétences législatives de la Fédération qu'il possédait au XIX[e] siècle et qu'il avait en partie perdues sous la République de Weimar.

Ainsi le fédéralisme allemand d'aujourd'hui doit beaucoup aux régimes antérieurs et spécialement au Reich wilhelminien : les Länder ont le quasi-monopole de l'administration et ils participent à l'exercice du pouvoir législatif fédéral par l'intermédiaire d'un organe composé de leurs ministres et assurant leur représentation de façon inégalitaire (le nombre des voix dont dispose chaque Land varie de 3 à 6 voix depuis la révision de 1990). D'où l'appellation de fédéralisme exécutif qui est parfois donnée au fédéralisme allemand.

III. LA DÉMOCRATIE

Incontestablement, c'est le troisième élément du constitutionnalisme allemand, la démocratie, qui a été le plus difficile à déve-

lopper et qui, de ce fait, a fait l'objet de plus de variations : la continuité de la tradition constitutionnelle allemande est en ce domaine assez limitée. Trois expériences ont été successivement tentées : la démocratie limitée du XIX^e^ siècle, la démocratie mi-parlementaire, mi-plébiscitaire de la République de Weimar et la démocratie parlementaire et partisane de Bonn.

1 / *La démocratie limitée du XIX^e^ siècle*

Au XIX^e^ siècle, la démocratie n'est pas véritablement parvenue à s'établir. En effet à une monarchie limitée a toujours correspondu une démocratie limitée, c'est-à-dire un régime dans lequel le pouvoir exécutif échappait à toute influence du peuple et de ses représentants et dans lequel le pouvoir législatif était, comme nous l'avons vu, partagé entre les monarques et les assemblées représentatives ; le régime parlementaire ne fera une timide apparition, en 1912, que dans un seul Etat, la Bavière, et ne sera introduit au niveau du Reich que quelques jours avant l'armistice du 11 novembre 1918, soit le 28 octobre 1918.

Bien plus, dans les Etats membres du Reich, les assemblées législatives ne furent élues au suffrage universel, direct, égal et secret, qu'au début du XX^e^ siècle et seulement dans certains Etats du Sud (à l'exception du duché de Bade qui l'avait adopté dès 1869) ; au contraire, jusqu'en octobre 1918, la Prusse resta fidèle au système des trois classes qui donnait des résultats presque pires qu'un suffrage ouvertement censitaire. Seul le Reichstag fut, à la suite d'un véritable compromis historique conclu par Bismarck, élu au suffrage universel dès sa création en 1871, ce qui permit en particulier au Parti social-démocrate d'être représenté en 1912 par le groupe parlementaire le plus nombreux, malgré un découpage électoral qui lui était défavorable en raison de son ancienneté.

Cette absence de légitimité démocratique fut d'ailleurs une des causes de l'effondrement de l'Allemagne en 1918.

2 / *La démocratie mi-parlementaire, mi-plébiscitaire de Weimar*

La Constitution du Reich du 31 juillet 1919 affirmait clairement dans son article 1^er^ le caractère démocratique des nouvelles institutions : « Le Reich allemand est une République. Le pouvoir d'Etat vient du peuple » et elle posait le même principe pour les Länder (art. 17).

Cependant, la nouvelle démocratie n'était pas exclusivement parlementaire ; à l'instar de la constitution que la France devait se donner en 1958, elle comportait des éléments de démocratie plébiscitaire pour reprendre l'expression qui a la faveur des juristes allemands.

Certes la nouvelle Constitution du Reich posait les principes du suffrage universel, direct, égal et secret et de la représentation proportionnelle pour l'élection du Reichstag (art. 22), le principe de la responsabilité du Gouvernement devant le Reichstag (art. 54) ainsi que le principe de la compétence législative presque exclusive du Reichstag (art. 68). Mais elle introduisait un certain nombre d'éléments de démocratie plébiscitaire qui se révélèrent très importants. En premier lieu, le président du Reich est élu au suffrage universel direct pour sept ans et dispose de compétences étendues : droit de dissolution du Reichstag (qui fut fréquemment exercé) et surtout pleins pouvoirs en cas de crise, soit dans un Land, soit au niveau du Reich (ce qui permit la formation de gouvernements minoritaires et, à la fin, l'établissement d'une véritable dictature présidentielle). En second lieu, le peuple se voyait reconnaître le droit d'initiative législative à la demande d'un dixième des électeurs (il y eut quelques tentatives qui, si elles échouèrent, n'en furent pas moins un facteur d'agitation), le droit de se prononcer sur un référendum proposé par le président du Reich ou un tiers des députés du Reichstag et même le droit de révoquer le président à la demande du tiers des députés du Reichstag (prérogatives qui ne furent pas utilisées).

La plupart des Allemands sont unanimes pour reconnaître le caractère pleinement démocratique de la République de Weimar, mais sont obligés de constater que ces institutions se révélèrent incapables de diriger le pays parce qu'elles reposaient sur une dualité de légitimité ; de fait, à partir de 1925, l'Allemagne eut un président quasi monarchiste et un Reichstag qui, malgré ses divisions, essayait de mener une politique qui ne soit ni communiste, ni d'extrême droite. Mais, bien évidemment, c'est la division insurmontable du pays en trois camps presque égaux, les communistes, les démocrates (eux-mêmes divisés en une gauche et une droite) et l'extrême droite qui fut la cause de l'instabilité politique alors que les problèmes posés par la défaite étaient presque insolubles. Cet échec explique toutefois que la démocratie de Bonn fut pratiquement conçue en réaction contre une constitution qui avait conduit le pays à l'aventure et à la ruine.

3 / *La démocratie parlementaire et partisane de Bonn*

Les membres du Conseil parlementaire qui rédigèrent la Loi fondamentale du 23 juin 1949 eurent pour objectif principal d'établir une démocratie qui soit efficace et qui, par conséquent, permette une direction ferme et stable du pays. Dans ce but, ils éliminèrent tous les éléments de démocratie plébiscitaire, rationalisèrent le régime parlementaire et légitimèrent le rôle des partis politiques dans le fonctionnement de la démocratie.

L'élimination des éléments plébiscitaires consista, en particulier, dans la suppression de l'élection du Président au suffrage universel direct, ce qui entraîna la réduction des pouvoirs de celui-ci : il perdit ses pouvoirs de crise et son droit de dissolution fut réduit à peu de choses. Il était ainsi mis fin au dualisme de l'exécutif qui avait caractérisé le régime précédent. Cette élimination des éléments plébiscitaires fut toutefois moins radicale dans les constitutions des Länder : certes il n'y a pas non plus de président élu au suffrage universel pour la simple raison qu'il n'y a pas de chef de l'Etat distinct du chef du Gouvernement, mais il y a souvent des possibilités d'initiative populaire (ayant pour objet des lois ou la dissolution du Landtag) et de référendum législatif ou constitutionnel[1].

Le régime parlementaire fut rationalisé de différentes manières. En premier lieu, il fut décidé qu'un chancelier ne serait renversé que par l'élection de son successeur (motion de censure constructive, art. 67) ; à vrai dire, ce système n'a fonctionné qu'une fois (1982), les autres gouvernements étant purement et simplement tombés à la suite de la rupture de la coalition gouvernementale. En second lieu, il fut décidé que le droit de dissolution ne pourrait être exercé qu'en cas de rejet d'une question de confiance (art. 68) ; mais jusqu'à présent la dissolution n'a été décidée, à deux reprises (1972 et 1982), qu'à la suite d'une question de confiance rejetée artificiellement par le Bundestag. En revanche, la Loi fondamentale ne condamna nullement la représentation proportionnelle qui avait parfois été dénoncée comme une des causes de l'échec de la République de Weimar ; ses effets furent toutefois atténués par la règle interdisant aux partis ayant obtenu moins de 5 % des voix d'être représentés au Bundestag. Des règles assez voisines sont posées par les constitutions des

1. Pour plus de détails, voir Fromont, La démocratie semi-directe en République fédérale d'Allemagne, *in* Conac et Maus, *Le référendum, quel avenir ?*, Paris, 1990, p. 53.

Länder. La stabilité gouvernementale allemande ne résulte donc pas des efforts de rationalisation du régime parlementaire, mais de la troisième innovation, le régime des partis.

Sous la République de Weimar, les partis politiques furent systématiquement dénoncés par les conservateurs comme illégitimes, l'Etat devant être au service de tous. C'est pour lutter contre cette idée pernicieuse que les constituants ont inscrit à l'article 21 la célèbre phrase : « Les partis concourent à la formation de la volonté politique du peuple. » De ce principe découlent diverses obligations (être organisés démocratiquement, ne pas poursuivre des objectifs incompatibles avec la constitution, avoir des finances transparentes) et surtout divers droits (quasi-monopole de la présentation des candidats individuels, élection de la moitié des députés sur des listes établies par les partis dans le cadre du Land, prérogatives des groupes parlementaires au sein du Bundestag, financement des partis politiques par l'Etat).

Outre ce statut juridique enviable, les partis politiques ont su conquérir une position dominante dans la vie politique. Ainsi, avant la constitution d'un nouveau gouvernement, les partis qui ont la majorité au Bundestag entreprennent de longues négociations en vue de conclure un contrat de coalition en bonne et due forme qui définit de façon détaillée le programme gouvernemental et qui répartit les fonctions ministérielles entre eux, les partis politiques se réservant le droit de désigner ensuite leurs titulaires. Bien plus, tous les partis politiques dits « porteurs de l'Etat », c'est-à-dire tous les partis ayant déjà exercé des responsabilités gouvernementales, soit la SPD, la FDP et la CDU/CSU, se partagent le pouvoir de choisir juges fédéraux et fédérés et responsables des établissements publics de radio et de télévision. Enfin, les partis politiques qui sont au pouvoir dans la Fédération, un Land, un arrondissement ou une commune mènent, en général, une politique favorisant systématiquement le recrutement et l'avancement de leurs adhérents dans la fonction publique, spécialement dans le domaine de l'admimistration, de la police et de l'enseignement. Bref, la démocratie allemande est devenue une démocratie partisane. La diminution du nombre de voix et même d'adhérents (la SPD et la CDU/CSU n'ont plus respectivement que 900 000 et 700 000 membres), observée depuis quelques années, traduit certes un certain rejet du système des partis de la part de la population ; néanmoins, il semble que le mouvement des Verts lui-même semble progressivement adopter le comportement d'un parti politique ordinaire et que le système actuel des partis semble devoir se maintenir encore assez longtemps, du moins dans ses traits essentiels.

CONCLUSION

Le constitutionnalisme allemand tel qu'il se présente dans cette synthèse est-il appelé à évoluer à la faveur de la réunification ? Il est encore trop tôt pour le dire.

Certes, la Loi fondamentale qui régit la Fédération doit faire l'objet d'une révision selon les termes mêmes du traité d'Union du 31 août 1990 dont l'article 5 dispose : « Les gouvernements des deux parties contractantes recommandent aux assemblées législatives de l'Allemagne unie de se saisir des questions relatives aux modifications ou compléments à apporter à la Loi fondamentale du fait de l'union de l'Allemagne, notamment des questions :

« — portant sur les rapports entre la Fédération et les Länder, conformément à la résolution adoptée par les ministres-présidents le 5 juillet 1990 ;
« — portant sur la possibilité d'une restructuration de l'espace Berlin-Brandebourg par un accord entre les Länder concernés, par dérogation aux dispositions de l'article 29 de la Loi fondamentale ;
« — liées aux réflexions sur l'introduction dans la Loi fondamentale de dispositions sur les objectifs de l'action de l'Etat ; ainsi
« — qu'aux questions portant sur l'application de l'article 146 de la Loi fondamentale et l'organisation d'un référendum dans ce cadre. »

Mais, jusqu'à présent, la coalition qui est au pouvoir à Bonn montre peu d'enthousiasme pour apporter des retouches importantes à la Loi fondamentale et la commission parlementaire chargée d'y réfléchir n'a pas encore remis son rapport. Très probablement, les retouches proposées consisteront seulement à assigner à l'Etat quelques objectifs dans le domaine de la politique sociale et de l'environnement, à essayer de rétablir un certain équilibre entre la Fédération et les Länder (alors que celui-ci a été mis à mal par la réunification, la Fédération y ayant joué le rôle majeur) et à prévoir de façon très restrictive des possibilités de référendum.

Quant aux constitutions des nouveaux Länder, elles ne diffèrent pas sensiblement de celles des anciens Länder, même si elles accordent une place plus importante aux objectifs de valeur constitutionnelle et aux éléments de démocratie semi-directe.

Ainsi l'union de l'Allemagne n'a pas, du moins pour l'instant, apporté de modifications sensibles au constitutionnalisme allemand tel qu'il s'est stabilisé il y a une quarantaine d'années. Prééminence du droit et des juges, répartition des pouvoirs entre une Fédération législatrice et des Länder administrateurs, parlementarisme fondé sur des partis puissants demeurent les éléments caractéristiques du constitutionnalisme allemand.

RÉSUMÉ. — *Le constitutionnalisme allemand est constitué de trois éléments : l'Etat de droit, le fédéralisme et la démocratie. L'Etat de droit est le plus ancien et le plus fort ; établi dans toute l'Allemagne dès 1850, il signifie depuis 1949 à la fois séparation des pouvoirs et protection des droits fondamentaux. Le fédéralisme a peu évolué : apparu en 1871, il a cessé d'être monarchique en 1919, mais reste caractérisé par l'étendue des compétences exécutives attribuées aux Länder. Enfin la démocratie est restée limitée jusqu'en 1919 et n'a pris la forme d'un parlementarisme fondé sur les partis qu'en 1949.*