

TRANSPARENCE ET JUSTICE CONSTITUTIONNELLE : LA COUR CONSTITUTIONNELLE FEDERALE ALLEMANDE•

Thomas Hochmann

« Et pourquoi pas des crocodiles » ? L'idée de protéger la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne en l'encerclant d'un bassin paraissait tellement inimaginable que le juge Heussner ne put s'empêcher de la ridiculiser (Kranenpohl, 2010 : 255). Sa réponse indique à quel point le libre accès à la Cour, la transparence de l'institution sont fermement établis en Allemagne. Dès l'origine, une grande importance fut accordée à cette question. Ce souci se traduit déjà dans un choix architectural, lequel est toujours chargé de symbole. Si, en général, les bâtiments de justice représentent l'autorité de l'État, la Cour constitutionnelle allemande se caractérise avant tout par sa transparence (Papier, 2004 : 7). Peu importe d'où l'on se place, l'intérieur du bâtiment est toujours visible (*ibid.*). Aux alentours, peu de policiers sont présents et, affirme un auteur, les rares agents que l'on croise sont souriants (Kranenpohl, 2010 : 254 s). Bref, l'architecture de la Cour constitutionnelle est « démonstrativement transparente » (Vorländer, 2005 : 124). Évidemment, le symbole, pour important qu'il soit, n'est qu'une faible indication du degré de transparence de la procédure au sein de la Cour. Il est assez aisé de confronter la promesse architecturale à la réalité du fonctionnement, de dénoncer la « boîte noire » qui se cache dans ce bâtiment de verre (Wefing, 2009), les « rideaux tirés » derrière lesquels sont prises les décisions (Vorländer, 2005 : 124).

La critique, cependant, ne peut être que partiellement fondée. Une transparence complète, donnant une visibilité totale sur les prises de décisions de la juridiction constitutionnelle est impossible. Rien ne permet de prendre connaissance des réflexions intérieures qui ont conduit chaque juge à retenir une certaine solution. Les mystères de la décision demeurent peut-être même impénétrables pour le juge lui-même, dès lors qu'elle est pour partie guidée par des facteurs inconscients¹. Seul un roman permet d'entrer dans les pensées des personnages, de révéler la vie intérieure des êtres créés par l'auteur². La réflexion d'un juge constitutionnel fictionnel est la seule qui pourrait être suivie pas à pas, en pleine transparence³. Mais dans le monde réel, une connaissance si parfaite de la prise de décision judiciaire demeure hors d'atteinte.

• Ce texte a bénéficié des conseils experts de Nikolaus Marsch. L'auteur lui en est très reconnaissant, et demeure bien sûr seul responsable des éventuelles erreurs, inexactitudes et exagérations.

¹ Le « petit Hans », s'il était devenu juge plutôt que metteur en scène d'opéra, n'aurait-il pas été influencé par sa phobie infantile des chevaux s'il avait eu à se prononcer, comme la Cour constitutionnelle allemande, sur la réglementation qui encadre l'équitation en forêt ? Cf. BVerfGE 80, 137 *Reiten im Walde* ; Sigmund Freud, « Le Petit Hans, Analyse de la phobie d'un garçon de cinq ans » (1909), in S. Freud, *Cinq psychanalyses*, Paris, PUF, 2010, pp. 143 ss. Faut-il également rappeler que le « malade le plus cité de l'histoire de la psychiatrie » présidait la cour d'appel de Dresde ? Cf. S. Freud, « Le Président Schreber, Remarques psychanalytiques sur un cas de paranoïa (Dementia paranoides) décrit sous forme autobiographique » (1911), in S. Freud, *op. cit.*, pp. 379 ss. La citation est issue de la préface de Jacques André, in *ibid.*, p. 389.

² Cf. Dorrit Cohn, *La transparence intérieure, Modes de représentation de la vie psychique dans le roman*, trad. fr. A. Bony, Paris, Seuil, 1981 (1978), p. 16. Cf. aussi *ibid.*, p. 20 : « le récit de fiction est le seul genre littéraire et le seul type de récit dans lequel il est possible de décrire le secret des pensées, des sentiments, des perceptions d'une personne autre que le locuteur ».

³ Et encore, tous les procédés narratifs à l'œuvre dans un roman n'autorisent pas une telle vision d'ensemble. La transparence absolue nécessite un narrateur véritablement omniscient, qui ne se cantonne pas à l'extérieur des personnages, et est également distinct d'eux, afin de pouvoir percer la barrière de leur inconscient. Dans son célèbre ouvrage, Dorrit Cohn nomme « psycho-récit » ce mode de narration qui permet un éclairage entier de la vie psychique des personnages : « l'un des principaux avantages du psycho-récit sur les autres techniques propres à

Une situation impossible peut cependant être souhaitable, auquel cas elle dessine un horizon qui doit orienter les acteurs juridiques, même s'il demeure inaccessible. La transparence forme-t-elle, comme, par exemple, la prévisibilité de la loi pénale, un idéal inatteignable vers lequel il faudrait tendre ? (Tulkens, 1990 : 37) Dans un monde parfait, la procédure de prise de décision des juges constitutionnels serait-elle absolument transparente, de la même manière que la loi serait absolument prévisible ? Il semble bien que non : la transparence absolue n'est ni possible, ni souhaitable. En effet, elle « se révèle inapte à produire la moindre décision ou n'en produit[t] que de médiocres » (Carcassonne, 2001 : 18). La pression qui s'exercerait sur les juges constitutionnels s'ils devaient délibérer en direct à la télévision ne favoriserait guère la qualité de leurs décisions. La transparence n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen destiné à permettre le contrôle démocratique des décisions (*ibid.* : 19). Dès lors, la transparence ne peut intervenir au moment précis de la prise de décision, mais uniquement avant et après celle-ci, et seulement jusqu'à un certain point, faute de quoi elle nuira à la justice constitutionnelle plutôt que de l'améliorer.

En République fédérale d'Allemagne comme ailleurs, la transparence caractérise donc seulement partiellement la justice constitutionnelle. Elle porte, en amont, sur les auteurs de la décision (I) et, en aval, sur la manière dont elle a été prise (II).

I – La transparence des juges

À proprement parler, ce n'est pas la transparence des juges eux-mêmes qui peut être souhaitée, mais celle des conditions de leur désignation (A) et de leur récusation (B). Un problème majeur en Allemagne s'attache en outre à l'identité des véritables auteurs de l'immense majorité des décisions de la Cour (C).

A – Le casse-tête de la désignation des juges constitutionnels

Le mode de désignation des juges constitutionnels est un problème auquel « nulle institution humaine n'est en mesure de donner satisfaction d'une façon absolument certaine » (Eisenmann, 1928 : 293). Introduire un degré suffisant de transparence dans ce processus permet de réduire les suspicions qui accompagnent forcément le recrutement des membres d'un organe doté de pouvoirs si importants. Le degré de transparence de la procédure de désignation des juges constitutionnels allemands est fortement débattu en doctrine : un lieu commun consiste à affirmer que l'élection du pape est moins opaque (Wefing, 2009 ; Prantl, 2011 : 170).

En vertu de l'article 94 de la Loi Fondamentale, les juges de la Cour constitutionnelle fédérale « sont élus pour moitié par le Bundestag et pour moitié par le Bundesrat ». La loi sur la Cour constitutionnelle (BVerfGG) exige une majorité des deux tiers et organise le vote de manière différente selon les deux assemblées. Le Bundesrat désigne directement les juges, tandis que le Bundestag élit en son sein une commission de douze membres, qui procède au choix des juges⁴. Ce système entraîne plusieurs obstacles à la transparence.

En effet, l'exigence de majorité qualifiée a conduit à la mise en place d'un accord entre les deux grands partis politiques allemands. Plutôt que de rechercher pour chaque nomination un accord suffisant, les partis se sont répartis préalablement les désignations : depuis 1976, la moitié des juges sont choisis par la CDU/CSU, et l'autre moitié par le SPD (Kischel, 2005 : par. 21)⁵. Ce système pose bien sûr certains problèmes relatifs à la neutralité, à l'indépendance et au rôle politique des juges constitutionnels (Schlaich et Koriath, 2010 : 28 ; Kichel, 2005 : par. 32 ss.).

rendre la vie intérieure est qu'il ne dépend pas, pour sa formulation discursive, de la capacité de verbalisation du personnage ». D. Cohn, *op. cit.*, p. 63.

⁴ Articles 6 et 7 BVerfGG. En pratique, le Bundesrat a également mis en place une commission pour désigner le juge. Néanmoins, ce choix est confirmé par l'assemblée plénière, ce qui n'est pas le cas au Bundestat, qui a complètement délégué son pouvoir de nomination (Kischel, 2005 : par. 10 et 12).

⁵ Chaque parti a également pris pour habitude de concéder une nomination à son partenaire de coalition (le FPD pour la CDU, Die Grünen pour le SPD).

Mais surtout, cette procédure ne favorise guère la transparence du choix des juges. Les décisions sont prises lors de réunions informelles entre les partis, et nul ne sait pourquoi un juge a été retenu, ou à quelles autres personnes il a été préféré (Kischel, 2005 : par. 26). Le choix du parti auquel revient la désignation est entériné sans discussion publique par le Parlement. Au Bundestag, il est explicitement interdit aux membres de la commission de révéler les dessous de la nomination (article 6 alinéa 4 BVerfGG). Au Bundesrat, une discussion publique serait possible en théorie, mais elle n'a jamais lieu en pratique (Kischel, 2005 : par. 26). La procédure se caractérise donc par une absence totale de transparence.

Les critiques doctrinales et politiques sont multiples et nombreux sont ceux qui appellent, en invoquant le modèle américain, à la mise en place d'auditions publiques des juges pressentis. Seul un tel système, expliquaient par exemple les Verts à la fin des années 80 à l'appui de leur proposition de réforme, permettrait la transparence nécessaire à une démocratie (Stern, 1989 : 888). Ce gain de transparence conférerait davantage de légitimité au juge, ajoute un auteur (Landfried, 2006 : 230 ss.). Cela dit, des auteurs importants semblent plutôt craindre l'imitation de la procédure américaine. Uwe Kischel émet l'hypothèse que de nombreux candidats à la Cour constitutionnelle renonceraient, par peur de se soumettre aux mêmes types d'épreuves qu'ont dû traverser Robert Bork ou Clarence Thomas aux États-Unis (Kischel, 2005 : par. 46). La discussion fermée lui semble plus apte à garantir le choix dépassionné d'un juge, tandis que le débat public transforme la procédure en combat politique (*ibid.*, par. 49). Klaus Stern redoute que de vifs débats sur la personne des nominés ne confèrent l'impression accrue d'une politisation des juges, et ne gênent ceux-ci dans le futur exercice de leur fonction (Stern, 1989 : 893)⁶. « Justice must not only be done, it must be seen to be done », mais il ne faut pas non plus trop en montrer, pour ne pas gêner son exercice. Si un juge est nommé au terme d'une bataille politique, ajoute Klaus Stern, les doutes sur son indépendance vont se répandre, et les requêtes en récusation se multiplier.

B – Le correctif de la récusation

Si le doute quant à l'impartialité des juges nommés par des organes politiques ne peut complètement être levé, il est important qu'une procédure de récusation contribue à maintenir la confiance en la Cour constitutionnelle. Récusation et transparence sont doublement liées. D'une part, la récusation nécessite un certain degré de transparence, puisque l'impartialité d'un juge ne peut être mise en cause que si le requérant a connaissance de son identité. D'autre part, la procédure de récusation ne peut jouer son rôle de correctif que si elle est traitée de manière suffisamment transparente.

Sous le thème de la « récusation » au sens large doivent être distingués trois éléments distincts. D'abord, en vertu de l'article 18 de la loi sur la Cour constitutionnelle, un juge est « exclu » lorsqu'il a pris part à l'affaire litigieuse, ou est familialement lié à l'une des parties (Article 18 alinéa 1 BVerfGG). Cependant, la loi précise que la participation à la procédure d'adoption de la loi ou l'expression d'une opinion scientifique sur une question juridique ne suffisent pas à entraîner l'exclusion (Article 18 alinéa 3 BVerfGG). Celle-ci s'attache donc à des faits objectifs. La doctrine allemande considère que leur réalisation entraîne automatiquement l'exclusion du juge. En cas de conflit, la décision qui confirme cette exclusion aurait une nature simplement déclarative (Kischel, 2005 : par. 63 ; Lechner et Zuck, 2011, § 18 par. 2).

Au contraire, la récusation au sens strict nécessite une analyse subjective. L'article 20 de la loi sur la Cour constitutionnelle la permet en effet en cas de crainte de partialité (*Besorgnis der Befangenheit*). La Cour se prononce sur la requête dans un arrêt motivé et publié (par exemple BVerfGE 89, 359). La discussion doctrinale allemande se concentre essentiellement sur les critères de récusation, qui sont appréciés plus strictement au sein de la Cour constitutionnelle qu'à l'égard des autres tribunaux (Schlaich et Koriath, 2010 : 44), ainsi que sur le refus de la Cour

⁶ Klaus Stern appelle de ses vœux une réforme de moindre ampleur : rendre publiques les diverses propositions, et contraindre le parlement à motiver son choix (Stern, 1989 : 895).

d'envisager la récusation d'un juge lorsqu'elle procède par voie d'exception à un contrôle objectif de la conformité d'une norme à la Constitution, procédure à laquelle les acteurs de l'instance d'origine ne sont pas parties (Wassermann, 1981 : 470 ss.).

Eu égard à la transparence, le problème principal était posé par les cas de déport d'un juge s'estimant lui-même partial (*Selbstablehnung*) (Article 19 alinéa 3 BVerfGG). À une époque, en effet, la Cour réglait ce type de question de manière purement interne (Wassermann, 1981 : 477). Tel n'est plus désormais le cas, à la faveur d'une pratique qui ne correspond pas tout à fait aux termes de la loi. Plutôt que de se déclarer partiaux, les juges tendent à indiquer à leurs confrères l'existence d'éléments qui pourraient permettre de douter de leur impartialité. La Cour procède alors comme si une requête en récusation avait été déposée, et rend donc publiquement une décision (par exemple BVerfGE 95, 189). Cette pratique évite au juge de se déclarer partial, et permet un traitement transparent des doutes éventuels.

De l'avis de plusieurs critiques de la Cour, ces nombreux efforts en faveur de la transparence ne pèsent cependant pas très lourd face à la principale zone d'ombre de Karlsruhe.

C – Le côté obscur de la Cour : les collaborateurs scientifiques

La Loi Fondamentale assure que « [q]uiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel » (article 19 alinéa 4). Parmi ces recours, l'un des plus importants est le recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) qui permet à « toute personne » de saisir la Cour constitutionnelle fédérale en invoquant une atteinte à ses droits fondamentaux (article 90 alinéa 1 BVerfGG). Environ 6 000 recours parviennent ainsi à la Cour chaque année. Pour une juridiction composée de deux chambres de huit juges, cette masse représente une charge énorme (Lechner et Zuck, 2011 : § 90, par. 21). Ces requêtes sont traitées par les sections (*Kammer*), formation de trois juges, qui doivent chacune en gérer un millier par an. Certes, l'immense majorité de ces recours sont irrecevables ou manifestement non fondés (Zuck, 2006 : 288)⁷. Mais encore faut-il pouvoir s'en rendre compte et donc examiner chaque requête, ce qui semble matériellement impossible. Pour tenir la promesse du *Verfassungsbeschwerde*, qui permet à toute personne de saisir la Cour, l'examen de ces recours est en pratique essentiellement confié aux collaborateurs scientifiques des juges (Zuck, 2006 : 285 ; Lamprecht, 2001 : 419).

Ces *wissenschaftlichen Mitarbeiter* ne sont prévus ni par la Constitution, ni par la loi sur la Cour constitutionnelle. Leur nombre s'est néanmoins étoffé à mesure que s'aggravait la surcharge de la Cour (Zuck, 2006 : 285). Seul le règlement intérieur de la Cour mentionne dans son article 13 l'existence de ces collaborateurs attachés à un juge particulier, lequel les choisit librement. La plupart des juges disposent de quatre collaborateurs, qui sont donc une soixantaine à la Cour. Leur identité n'est pas à proprement parler « secrète », mais elle ne fait l'objet d'aucune publicité.

Il paraît donc que l'immense majorité des décisions de la Cour constitutionnelle sont préparées par des « anonymes » (Lamprecht, 2001 : 419), et sont simplement signées par le juge, sans qu'il ait eu le temps d'examiner le dossier avec attention (Zuck, 2006 : 288). Certes, la décision est bien prise, formellement, par le juge, d'autant plus que les collaborateurs scientifiques sont exclus des délibérations (article 25 du règlement intérieur de la Cour). Mais il n'en demeure pas moins que c'est au sein de cette « troisième chambre » (Kischel, 2005 : par. 86) que sont étudiés l'immense majorité des recours qui parviennent à la Cour. Le requérant ne sait pas quel collaborateur s'est occupé de son dossier, ni même quel juge de la Cour a été nommé rapporteur et a donc pris la responsabilité du rejet.

Dans la population générale, le problème des collaborateurs scientifiques ne semble guère connu, et la Cour jouit d'une large confiance (Kranenpohl, 2010 : 19 ; Landfried, 2006 : 232 s.). La doctrine, pour partie, est beaucoup plus inquiète. D'autres auteurs se gardent de surestimer l'influence exercée par les collaborateurs scientifiques. Un juge assure que leur importance décroît

⁷ En 2012, 96,52% des décisions rendues par la Cour portaient sur un recours constitutionnel. Parmi ceux-ci, 2,4% furent couronnés de succès. Cf. le site de la Cour :

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2012/A-I-1.html>.

à mesure que l'importance de l'affaire augmente : ils s'occupent seuls où presque des recours manifestement irrecevables, mais ne jouent qu'un faible rôle pour les affaires jugées par la formation de chambre. Un autre membre de la Cour assure cependant que certains de ses confrères signent tout ce que leur soumettent leurs collaborateurs, sans la moindre vérification (Kranenpohl, 2010 : 89 s.).

L'apparition de ces thèses contradictoires, les théories excessives en vertu desquelles la justice constitutionnelle serait en réalité aux mains de ces collaborateurs, sont les symptômes d'un manque de transparence. La Cour n'est pour l'instant parvenue à faire face à son engorgement qu'en sacrifiant la transparence. La place des collaborateurs scientifiques n'est pas la seule manifestation de cette nécessaire atténuation de la transparence face à la masse des recours.

II – La transparence des décisions juridictionnelles

Si la prise de décision, dans le for intérieur des juges, n'est pas accessible à la connaissance, divers éléments peuvent permettre aux observateurs de se forger une opinion sur le raisonnement suivi par les juges. Ces fenêtres peuvent être plus ou moins éloignées de la prise de décision proprement dite. Au sein de la Cour constitutionnelle allemande, peu de choses filtrent avant que l'arrêt soit communiqué aux parties (A). Une certaine transparence peut cependant caractériser l'arrêt, du point de vue de ses auteurs (B) et de son contenu (C).

A – Un principe d'opacité avant la publication de l'arrêt

Comme dans toutes les juridictions, les délibérations de la Cour constitutionnelle sont secrètes (article 30 BVerfGG). Seuls les membres de la formation de jugement ont le droit d'y assister (article 25 du règlement intérieur de la Cour). Devant d'autres juridictions constitutionnelles ou suprêmes, cependant, l'audience publique qui a précédé la délibération permet aux observateurs d'émettre des suppositions sur le contenu des délibérations et les prédispositions de la Cour. À Karlsruhe, en revanche, les audiences publiques sont peu fréquentes. Si elles apparaissent dans la loi comme la procédure de principe (article 25 alinéa 1 BVerfGG), elles forment en réalité une très rare exception (Schlaich et Koriath, 2010 : 41 ; Lechner et Zuck, 2011 : § 25, par. 1). De nombreuses dispositions législatives dispensent la Cour d'audience publique (Lechner et Zuck, 2011 : § 25, par. 2), et les juges peuvent notamment y renoncer, contre l'avis du requérant, dans le cadre d'une procédure de recours constitutionnel (article 94 alinéa 5 BVerfGG).

Deux palliatifs ont été introduits à cette renonciation majeure à des débats constitutionnels oraux, publics et transparents. D'abord, de manière assez anecdotique, la Cour organise une fois par an une « journée portes ouvertes » lors de laquelle se tient une audience publique menée avec un effort de pédagogie (Kranenpohl, 2010 : 264 ; Zuck, 2002 : 326 s.). L'intitulé de l'événement dévoile cependant que si les cloisons de la Cour constitutionnelle sont transparentes, elles demeurent l'essentiel du temps fermées. Ensuite, la Cour peut depuis 1998 autoriser les caméras de télévision à l'intérieur de la salle d'audience (article 17a BVerfGG ; cf. Brodocz et Schäller, 2006 : 243 ss.). Cette règle, qui tranche avec le régime applicable aux autres tribunaux allemands (cf. BVerfGE 103, 44), est cependant limitée. Il n'est permis aux journalistes de procéder à des enregistrements que lors de la lecture d'un jugement, ainsi que lors d'une audience publique, mais uniquement avant le début des débats proprement dits⁸. Le caractère exceptionnel des audiences et des jugements publics, combiné à cette facilitation du traitement journalistique, donnent néanmoins lieu à de véritables événements médiatiques, souvent retransmis en direct à la télévision. Comme le souligne un auteur, ce système permet aux juges constitutionnels « d'entrer dans le salon des gens » (Kranenpohl, 2010 : 500).

⁸ Les débats à l'audience font bien l'objet d'un enregistrement, mais par les soins de la Cour et au seul usage des juges concernés. Cf. les articles 25a BVerfGG et 24 alinéa 3 du règlement intérieur de la Cour.

Néanmoins, le prononcé public du jugement n'est exigé que si une audience publique a eu lieu (article 30 BVerfGG), et seule une infime partie des jugements de la Cour sont publiés (Vorländer, 2005 : 123, cf. l'article 31 du règlement intérieur de la Cour). Ici encore, le double visage de la Cour constitutionnelle apparaît : d'un côté, une poignée de jugements précédés d'une audience publique et annoncés en direct à la télévision ; de l'autre, l'immense masse des décisions quotidiennes, rendues à l'issue d'une procédure uniquement écrite, et communiquées uniquement aux parties concernées. Transparence et contentieux de masse ne font décidément pas bon ménage. Il n'en demeure pas moins que les quelques jugements médiatisés donnent un visage aux membres de la Cour.

B – La personnalisation des auteurs de l'arrêt

La délibération à huis clos est nécessaire à l'échange désinhibé des points de vue entre les juges (Geiger, 1981 : 462). Elle leur permet de débattre sans entrave, « libérés de toute pression autre que celle de leurs convictions » (Carcassonne, 2001 : 20). Mais pour assurer un contrôle « démocratique » de l'action des juges, pour permettre au public de prendre connaissance du travail des membres de la haute juridiction, il est nécessaire que l'apport personnel de chacun d'entre eux soit visible dans l'arrêt. La transparence passe par une « personnalisation des décisions de justice »⁹, à la place de l'illusion de décisions automatiquement rendues par une machine juridictionnelle.

La première étape pour la Cour constitutionnelle allemande a consisté à indiquer quels juges avaient pris part à la décision. Cette pratique débuta en 1967, avec la publication du 21^{ème} tome du recueil des arrêts de la Cour (Geiger, 1981 : 455 s.). Elle est aujourd'hui explicitement prévue à l'article 28 du règlement intérieur de la Cour. À la même époque, la seconde chambre de la Cour commença à indiquer la répartition des voix au sein de ses arrêts (*ibid.* : 456). Cette possibilité, désormais mentionnée dans la loi (article 30 alinéa 2 BVerfGG), fut surtout utilisée pour signaler un partage égal des voix. Comme aux États-Unis, une telle situation empêche tout jugement d'inconstitutionnalité (article 15 alinéa 4 BVerfGG). Mais contrairement à la pratique américaine, où de telles décisions sont rendues sans motivation, la Cour tint à faire figurer dans ses arrêts les arguments des deux camps (Starck, 1989 : 789 ss.). Il s'agissait aussi pour les juges d'anticiper une réforme qu'ils appelaient de leurs vœux : la possibilité de joindre à l'arrêt une opinion séparée (*Sondervotum*).

Ce souhait fut exaucé par la loi du 12 décembre 1970 (article 30 alinéa 2 BVerfGG ; article 56 du règlement intérieur de la Cour ; cf. Mastor, 2005 : 121 ss.). La publication des opinions séparées, même si elle est assez peu utilisée en pratique¹⁰, œuvre évidemment à la transparence de la justice constitutionnelle. Elle indique au public que la décision aurait pu être différente, qu'elle a fait l'objet d'un débat et de désaccords (cf. par exemple Geiger, 1981 : 461 ; Lietzman, 2006 : 270). Elle permet aux observateurs intéressés de distinguer les différents membres de la juridiction, de suivre leur « parcours jurisprudentiel », voire d'examiner si le sens de leur vote est favorable au parti politique qui les a nommés (cf. Schlaich et Koriath, 2010 : 28). Même si la presse ne semble pas prêter une attention suffisante à ces opinions séparées (Kranenpohl, 2010 : 321), elles contribuent à forger, au moins dans le public des juristes, l'image de certains juges. On sait que le juge X défend telle conception de la liberté d'expression ou du droit à l'épanouissement personnel. La puissance de l'opinion séparée est renforcée par la possibilité d'un *dissent from the bench* : le juge peut indiquer le contenu essentiel de son opinion lors de l'annonce publique de l'arrêt (article 56 alinéa 3 du règlement intérieur de la Cour). Enfin, il est souvent soutenu que l'opinion séparée améliore la motivation de la décision de justice.

⁹ Cf. la lettre de Pierre Truche « contre la personnalisation des décisions de justice », adressée au journal *Le Monde* en 1998 (citée dans Mastor, 2005 : 174). L'auteur s'y opposait à la mention par son nom du magistrat rapporteur ou du président d'une juridiction. Cf. aussi plus récemment, craignant pour l'indépendance du juge unique, Gonod, 2002 : 773.

¹⁰ En 2010, deux auteurs indiquaient qu'une opinion séparée était jointe à 8% des arrêts de la Cour depuis 1971 (Schlaich et Koriath, 2010 : 33, note 103).

C – La motivation entre transparence et opacité

Si la décision était le vecteur d'une transparence parfaite, elle révélerait chacun des états d'âme des juges, de leurs hésitations et de leurs désaccords. Cependant, de la même manière que trop de lumière éblouit, l'abus de transparence conduirait à l'opacité de la décision. Les décisions rendues à égalité de voix en forment un parfait exemple. Même après l'introduction du système des opinions séparées, la Cour a conservé la pratique d'indiquer dans le corps même de la décision les arguments des deux camps. Cette technique très transparente, puisqu'elle rend compte des désaccords entre les juges, produit des décisions d'une lecture difficile, avec un va-et-vient entre des argumentations contradictoires (Starck, 1989 : 795).

Les opinions séparées permettent de gagner en clarté, sans sacrifier à la transparence (*ibid.* : 797 s.). Qui plus est, leur publication astreint les juges majoritaires à un effort de clarté et de persuasion. L'arrêt se doit d'être plus convaincant, afin d'emporter la conviction du lecteur auquel est également proposée une argumentation concurrente (Mastor, 2012 : 88). Loin d'affaiblir l'autorité du jugement¹¹, l'opinion séparée contribue à la renforcer.

Le caractère détaillé de la motivation s'inscrit-il dans un effort de transparence ? Il semble à première vue que « les raisons pour lesquelles une décision de justice a été prise relèvent d'un certain nombre de facteurs non observables qui tiennent notamment à la psychologie du juge. La motivation ne peut en rendre compte puisqu'il s'agit d'une justification *ex post facto* » (Ponthoreau, 2012 : 6). Néanmoins, il est également indéniable que la pensée juridique, tout particulièrement dans la tradition germanique, s'inscrit dans une systématisation, fait appel à des outils conceptuels établis (la « dogmatique ») qui encadrent le libre arbitre du juge. On ne saurait exclure que les juges constitutionnels réfléchissent bien dans les termes qui apparaissent au sein de la motivation.

Le caractère très systématique et différencié de la science juridique allemande conduit donc les juges constitutionnels, qui sont pour nombre d'entre eux des professeurs de droit, à rendre des arrêts à la motivation fort complexe, parfois agrémentés d'une opinion séparée de la même richesse. La jurisprudence perd ici en clarté ce qu'elle gagne en précision et en transparence. Les arrêts de la Cour constitutionnelle demeurent en grande partie inaccessibles au public non spécialiste, et la publication de communiqués de presse ne vient guère résoudre ce problème : de manière générale, un communiqué de la Cour allemande présente une argumentation plus riche et plus complexe qu'une décision du Conseil constitutionnel français. Il est en outre arrivé que des membres de la Cour s'expriment directement dans les journaux pour expliquer la teneur d'un arrêt (Vorländer, 2005 : 113ss).

Encore une fois, il convient de souligner que cette description du travail de la Cour ne concerne qu'un faible nombre d'arrêt. L'immense majorité de ses décisions consiste à rejeter les recours constitutionnels. Or, le refus d'examiner en détail un tel recours n'a pas besoin d'être motivé (article 93 d alinéa 1 BVerfGG). Il faut donc être conscient que l'essentiel des décisions de la Cour interviennent sans motivation.

Analysée du point de vue de la transparence, c'est donc une juridiction à deux faces qui siège à Karlsruhe. La Cour constitutionnelle est d'un côté un organe qui joue un rôle social très important, qui tranche des conflits politiques majeurs au moyen d'arrêts très attendus, longuement commentés dans les journaux. La Cour a toute l'attention du public et de la presse, et ses membres sont clairement identifiés¹². Mais, d'un autre côté, il s'agit d'une juridiction

¹¹ Selon un juge (cité par Kranenpohl, 2010 : 318), les jugements obtenus à de larges majorités revêtent un surcroît d'autorité. Les décisions obtenues à 8-0 ou 7-1 sont ainsi préférables. Ces scores sont apparemment fréquents en hockey sur glace, raison pour laquelle les juges allemands parlent à cet égard de « décisions-hockey sur glace » (*Eishockey-Entscheidungen*). Cf. aussi Roman Herzog, *Jahre der Politik, Die Erinnerungen*, Siedler, 2007.

¹² Une anecdote a récemment illustré l'intérêt médiatique pour les membres de la Cour. Heribert Prantl, le chef du service politique de la *Süddeutsche Zeitung* a publié un portrait du président de la Cour, Andreas Voßkuhle, dans lequel il décrivait ses habitudes culinaires, en relatant la scène comme s'il y avait assisté. Le porte-parole de la Cour déclara que jamais le journaliste n'avait dîné chez le juge, et le journal dut présenter ses excuses. Cf. par exemple Harald Staun, « Eine Einladung beginnt in der Küche », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 juillet 2012, www.faz.net

confrontée à un contentieux de masse, qui rend chaque année des milliers de décisions lapidaires. Les deux faces, l'une transparente et l'autre opaque, ne sont cependant pas sans lien : c'est parce qu'elle est théoriquement accessible à tout individu, parce qu'elle veille sur les droits fondamentaux de chacun, que la Cour jouit d'une telle popularité. Se retournant vers son propre système juridique, le citoyen français ne peut observer qu'avec une certaine tristesse la composition, le fonctionnement et l'œuvre de son propre « juge » constitutionnel¹³. Et les larmes qu'il verse ne sont pas des larmes de crocodile...

BIBLIOGRAPHIE :

Brodocz (A.) et – Schäller (S.), « Fernsehen, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit », in Robert Chr. Van Ooyen et Martin H. W. Möllers (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, pp. 243-252.

Carcassonne (G.), « Le trouble de la transparence, *Pouvoirs*, n° 97, 2001.

Eisenmann (Ch.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928.

Geiger (W.), « Die Abweichende Meinung beim Bundesverfassungsgericht und ihre Bedeutung für die Rechtsprechung », in Hans Jochen Vogel, Helmut Simon et Adalbert Podlech (dir.), *Die Freiheit des Anderen, Festschrift für Martin Hirsch*, Baden-Baden, Nomos, 1981, pp. 455-463.

Gonod (P.), « Contre la personnalisation des décisions juridictionnelles », *AJDA* 2002, p. 773.

Kischel (U.), « Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter », in Josef Isensee et Paul Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band III, 3^{ème} éd., Heidelberg, Müller Verlag, 2005, pp. 1233-1283.

Kranenpohl (U.), *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010.

Lamprecht (R.), « Ist das BVerfG noch gesetzlicher Richter? », *NJW* 2001, p. 419.

Landfried (Chr.), « Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit », in Robert Chr. Van Ooyen et Martin H. W. Möllers (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, pp. 229-241.

Lechner (H.) et Zuck (R.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, 6^{ème} édition, München, C.H. Beck, 2011.

Lietzman (H.), « Kontingenz und Geheimnis, Die Veröffentlichung der Sondervoten beim Bundesverfassungsgericht », in Robert Chr. Van Ooyen et Martin H. W. Möllers (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, pp. 269-282.

Marsch (N.), « Verfassungsgerichtsbarkeit », in Nikolaus Marsch, Yoan Vilain et Mattias Wendel (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, Ein Rechtsvergleich*, Springer, 2014 (à paraître).

Mastor (W.), *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica/PUAM, 2005.

¹³ Pour une comparaison de la Cour constitutionnelle allemande et du Conseil constitutionnel français, cf. Olivier Jouanjan, « Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht: zwei verschiedene Modelle der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit », in M. Stolleis (dir.), *op. cit.*, pp. 137-147 ; Nikolaus Marsch, « Verfassungsgerichtsbarkeit », in Nikolaus Marsch, Yoan Vilain et Mattias Wendel (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, Ein Rechtsvergleich*, Springer, 2014 (à paraître).

Mastor (W.), « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », in Fabrice Hourquebie et Marie-Claire Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 87-115.

Papier (H.-J.), « Vorwort », in Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe, Architektur und Rechtsprechung*, Basel, 2004, pp. 7-10.

Ponthoreau (M.-C.), « L'énigme de la motivation, Encore et toujours l'éclairage comparatif », in Fabrice Hourquebie et Marie-Claire Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-24.

Prantl (H.), « Politik? Natürlich ist das Politik! Ohne Pomp und Pathos: Wie das Bundesverfassungsgericht Macht gewonnen und aus den Grundrechten eine Lebensordnung gemacht hat », in Michael Stolleis (dir.), *Herzkammern der Republik, Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2011.

Schlaich (K.) et Koriath (S.), *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Munich, Beck, 2010.

Starck (Chr.), « Die Begründung mit Stimmengleichheit erlassener Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », in Wilfried Fiedler et Georg Ress (dir.), *Verfassungsrecht und Völkerrecht, Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1989, pp. 789-802.

Stern (K.), « Gedanken zum Wahlverfahren für Bundesverfassungsrichter », in Wilfried Fiedler et Georg Ress (dir.), *Verfassungsrecht und Völkerrecht, Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1989, pp. 885-895.

Tulkens (F.), « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 24, 1990.

Van Ooyen (R.) et Möllers (M.) (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

Vorländer (H.), « Hinter dem Schleier des Nichtpolitischen. Das unsichtbare Verfassungsgericht », in Gert Melville (dir.), *Das Sichtbare und das Unsichtbare der Macht*, Cologne, Böhlau, 2005, pp. 113-127.

Wassermann (R.), « Zur Richterablehnung in verfassungsgerichtlichen Verfahren », in Hans Jochen Vogel, Helmut Simon et Adalbert Podlech (dir.), *Die Freiheit des Anderen, Festschrift für Martin Hirsch*, Baden-Baden, Nomos, 1981, pp. 465-489.

Wefing (H.), « Ein deutsches Geheimnis », *Die Zeit*, 30 juin 2009, www.zeit.de.

Zuck (R.), « Wie bürgernah ist das Bundesverfassungsgericht? », *DÖV* 2002, p. 326.

Zuck (R.), « Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts », in Robert Chr. Van Ooyen et Martin H. W. Möllers (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, pp. 282-292.