

## **Créer le juge suprême avant d'y accéder ? Les cours suprêmes allemandes à la croisée des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles**

Aurore Gaillet, *Professeur de droit public*  
*Université Toulouse 1 Capitole*  
*Centre de droit comparé*

*Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC),*

Pour pouvoir accéder à une Cour Suprême, encore faut-il que celle-ci existe. Or, dans l'histoire allemande, la question revêt une dimension particulière en raison de l'unification tardive de l'État – né en 1871 à l'issue de trois guerres et notamment de la guerre franco-prussienne<sup>1</sup>. La structure fédérative, tradition territoriale ancrée dans la culture juridique et politique allemande, est également à prendre en compte pour apprécier la diversité et le caractère progressif de la création des cours suprêmes allemandes, ici entendues dans un sens large englobant les premiers pas de l'unification de la justice civile, administrative et constitutionnelle.

Ce bref exposé se propose de revenir sur deux étapes majeures pour la création des cours suprêmes en Allemagne, deux étapes ancrées dans deux contextes et régimes politiques différents, fondamentales pour la construction de l'organisation judiciaire allemande avant sa consolidation ultérieure dans le cadre de la Loi fondamentale du 23 mai 1949. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la création de nouvelles juridictions reflète en premier lieu la stabilisation et l'unification progressive de l'Allemagne wilhelminienne (I). Suit la période plus troublée de la République de Weimar, qui se traduit à plusieurs égards par un « entre-deux », dont l'évolution de l'organisation judiciaire se fait l'écho (II).

### **I. L'Allemagne wilhelminienne – le reflet d'une structure fédérale en voie d'unification nationale**

L'Empire allemand est proclamé le 18 janvier 1871 à Versailles, à la suite de la défaite de Napoléon III à Sedan le 2 septembre 1870. Le nouvel État est composé de vingt-deux États monarchiques<sup>2</sup>, des trois villes-libres de Hambourg, Lübeck et Brême, et de la Terre d'Empire d'Alsace-Lorraine (*Reichsland Elsass-Lothringen*), annexée à l'issue du conflit avec la France. L'unification emporte la stabilisation de la forme politique spécifique que constitue la monarchie constitutionnelle<sup>3</sup> – même si le modèle adopté par la Constitution du nouveau Reich associe les traditionnels éléments monarchiques, militaires et bureaucratiques au principe démocratique désormais incarné par le *Reichstag*<sup>4</sup>. Quant à la structure administrative, elle demeure marquée par la domination prussienne et par le principe traditionnel selon lequel, en Allemagne, l'administration est l'affaire des États.

---

<sup>1</sup> Voir par exemple R. POIDEVIN, S. SCHIRMANN, *Histoire de l'Allemagne*, Paris, Hatier, 1992, p. 108 sq.

<sup>2</sup> Plus exactement quatre Royaumes (Prusse, Bavière, Saxe, Wurtemberg), qui regroupent les cinquante-sixième de la population, six Grands-Duchés, cinq Duchés et sept Principautés, ce qui représente quelque 540 000 km<sup>2</sup>. Le Luxembourg, le Liechtenstein et les États autrichiens n'en font plus partie.

<sup>3</sup> J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, Léviathan, 2002.

<sup>4</sup> Constitution adoptée le 16 avril 1871. Pour l'analyse du système constitutionnel, voir par exemple E. R. HUBER, « Die Bismarcksche Reichsverfassung im Zusammenhang der deutschen Verfassungsgeschichte », in T. SCHIEDER, E. DEUERLEIN, *Reichsgründung 1870/71*, Stuttgart, Seewald Verlag, 1970, p. 164-196.

Dans ce cadre, si la création d'un nouveau tribunal fédéral compétent pour les affaires civiles et pénales va de pair avec l'unification politique allemande (1), l'accès à la justice administrative demeure principalement organisé au niveau des États particuliers, excluant donc tout accès à une cour suprême fédérale (2).

### 1. La création du *Reichsgericht*, voie d'accès vers une nouvelle cour suprême en matière civile et pénale

L'absence d'unité politique a longtemps été un frein à l'unité du droit allemand – le particularisme juridique restant le principe jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. À l'inverse, l'unification politique ouvre la voie à une progressive unification juridique. Celle-ci est par ailleurs portée par des arguments économiques, déjà défendus au début du siècle<sup>5</sup> et dotés d'une nouvelle force à la faveur de la réorientation de l'État de droit, un *Rechtsstaat* désormais essentiellement identifié à la sanction du principe de légalité et à la garantie de la sphère individuelle<sup>6</sup>. Les réformes économiques et la garantie des libertés individuelles réclamées lors du Congrès des économistes de Francfort en 1859 trouvent ainsi un écho dans la politique législative adoptée par le nouveau *Reich* allemand. Sont ainsi progressivement garanties la liberté de circulation, la liberté professionnelle, la liberté syndicale, le secret postal et la liberté de la presse<sup>7</sup>. La promulgation des grandes lois sur la justice (*Reichsjustizgesetze*) – lois processuelles (codes de procédure pénale – StPO – et civile – ZPO) et loi relative à l'organisation de la justice du 27 janvier 1877 (GVG)<sup>8</sup> – est également essentielle. Ces lois fédérales consacrent en effet l'indépendance des tribunaux (§ 1 GVG), la garantie d'une voie de droit pour toutes les affaires de droit civil (§ 13 GVG), le droit au juge légal (§ 16 al. 2 GVG), l'inviolabilité de la propriété et du domicile (§ 98-107 StPO) ou encore l'*habeas corpus* (§114 StPO). Sur le fond, ces lois contribuent au perfectionnement du droit constitutionnel matériel allemand. Portant la création d'un Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*)<sup>9</sup>, elles sont en outre essentielles pour l'organisation judiciaire. Composée de juges professionnels et indépendants, âgés de plus de trente-cinq et nommés par l'Empereur sur proposition du *Bundesrat*, cette nouvelle cour suprême siégera à Leipzig de 1879 à 1945 – date à laquelle elle sera dissoute par les Alliés, avant la création à Karlsruhe d'une nouvelle cour fédérale (*Bundesgerichtshof*). Sa mission de garantie de l'unité de la jurisprudence en matière civile et pénale<sup>10</sup> est d'autant plus déterminante qu'elle embrasse de vastes questions, tant du droit

---

<sup>5</sup> Voir par exemple les arguments de A. J. F. THIBAUT en 1814 (*Sur la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne*, *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 1814, p. 1-32) dans la querelle qui l'oppose à F. C. v. SAVIGNY à l'occasion de la « querelle de la codification ». Voir par exemple sur cette question : O. JOUANJAN, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX<sup>e</sup> siècle), in : D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 571-578.

<sup>6</sup> O. JOUANJAN, *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, PUS, 2001 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2012, en part. p. 331 sq.

<sup>7</sup> Respectivement : Loi sur la liberté de circulation (*Freizügigkeitsgesetz*) du 1 novembre 1867 (*BGBL.* 55) ; Code de l'industrie, du commerce et de l'artisanat (*Gewerbeordnung*) du 21 juin 1869 (*BGBL.* 245) ; liberté syndicale (*Koalitionsfreiheit*, § 152 et 153 de la *Gewerbeordnung*) ; § 5 de la loi sur la poste (*Gesetz über das Postwesen*) du 28 octobre 1871, (*RGBl.* 347) ; loi fédérale sur la presse (*Reichsgesetz über die Presse*) du 7 mai 1874 (*RGBl.* 1874, p. 65).

<sup>8</sup> L'expression « lois sur la justice de l'Empire » (*Reichsjustizgesetze*) renvoie aux lois promulguées en 1877 et entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1879, dont font notamment partie le Code de procédure pénale (*Strafprozeßordnung*, StPO) du 1<sup>er</sup> février 1877, le Code de procédure civile (*Zivilprozeßordnung*, ZPO) du 30 janvier 1877 et la loi sur l'organisation de la justice (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) du 27 janvier 1877.

<sup>9</sup> Le *Reichsgericht* n'est pas à confondre avec la juridiction *constitutionnelle* du même nom, prévue par la Constitution de Francfort du 28 mars 1849 – cf. *infra* pour celle-ci.

<sup>10</sup> T. HENNE, *Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ in den 1870er Jahren. Startbedingungen, Methoden und Erfolge*. Habilitationsschrift, Frankfurt a. M., 2001.

fédéral ordinaire (incluant les règles de procédure civile et pénale, les affaires concernant l'État en sa qualité de *Fiskus*<sup>11</sup> ou encore le droit du travail avant la création d'une juridiction plus spécialisée en 1926) que, dans certaines conditions, du droit des États. Nonobstant certaines critiques adressées à un tribunal présenté comme le continuateur des positions conservatrices du tribunal supérieur prussien, le *Reichsgericht* sera aussi l'auteur de décisions fondamentales pour l'évolution du droit allemand<sup>12</sup>.

Si la justice administrative est également renouvelée au cours de la seconde partie du XIX<sup>e</sup> siècle, ce n'est toutefois pas pour ouvrir l'accès à une cour suprême fédérale. Les nouvelles juridictions sont en effet d'abord créées au niveau des États particuliers.

## 2. L'accès à la justice administrative, principalement organisé au niveau des États particuliers

Aux côtés du rôle toujours essentiel conféré au juge judiciaire, la garantie des droits individuels s'inscrit également dans le cadre de l'État de droit administratif. Celui-ci est notamment renouvelé par la création des juridictions administratives, lesquelles s'imposent comme le fruit d'un compromis, au terme de controverses relatives à la nature de l'organe en charge du contentieux de l'administration qui auront duré plus d'un demi-siècle<sup>13</sup>. Ce renouvellement n'emporte toutefois pas la création d'une nouvelle cour suprême administrative, qui aurait pu être le pendant du *Reichsgericht*. Répondant pleinement à la territorialisation de la puissance publique, entreprise dès le Moyen-Âge<sup>14</sup>, le contrôle de cette dernière reste en effet envisagé à l'échelle des États particuliers. Partant, ceux-ci se dotent progressivement de juridictions spécifiques, à la suite du Grand-Duché de Bade (loi du 5 octobre 1863) et surtout de la Prusse (loi du 3 juillet 1875)<sup>15</sup>.

À l'inverse, le caractère limité de l'administration fédérale, même après 1871, ne justifie pas l'établissement d'une nouvelle cour suprême à compétence générale. Seuls peuvent être mentionnés quelques organes fédéraux à compétence spécialisée, manifestations de la création de nouveaux services fédéraux. Parmi ces nouveaux organes, certains sont composés de juges et de membres de l'administration active, et cumulent des attributions contentieuses et d'administration active. C'est le cas par exemple de l'Office des assurances nationales (*Reichsversicherungsamt*) créé par une loi du 6 juillet 1884 et chargé de l'examen des recours dirigés contre les décisions des commissions arbitrales en matière d'assurances sociales<sup>16</sup>. Peuvent également être citées dans ce sens la Cour supérieure de navigation (*Oberseeamt*) ou la Commission des brevets (*Patentamt*), créées en 1877. Dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, ces organes se conforment généralement à une procédure spécifique – même

---

<sup>11</sup> Selon une ancienne théorie traditionnelle en Allemagne qui considérait le patrimoine public comme appartenant à une personne morale autonome de *droit privé*, placée à côté du prince, titulaire de la puissance *publique* et jouissant de droits régaliens. Voir par exemple M. FROMONT, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 69.

<sup>12</sup> Notamment sous Weimar, *cf. infra*.

<sup>13</sup> A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 344 sq.

<sup>14</sup> Voir par exemple M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, t. 2, München, Beck, 1992, p. 243.

<sup>15</sup> Telle est notamment la voie choisie par les États de Hesse (1875), Wurtemberg (1876), Bavière (1878), Anhalt (1888), Brunswick (1895), Saxe-Meiningen (1897), Lippe (1898), Saxe-Cobourg-Gotha (1899), Saxe (1900), Oldenburg (1911), Thuringe (1912), puis finalement Lübeck (1916) – et sous Weimar, Hambourg (1921) et Brême (1924). Pour les lois correspondantes : F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8<sup>e</sup> éd., Tübingen, Mohr, 1928, p. 242-244.

<sup>16</sup> Loi du 6 juillet 1884 (*RGBl.* p. 69, § 87s.). On peut y voir le début d'une juridiction sociale spécialisée en Allemagne : au départ uniquement compétente dans le domaine de la protection contre les accidents, ses compétences sont progressivement élargies. Le règlement du 19 juillet 1911 (*RGBl.* p. 501, § 13s.) étend notamment ses compétences aux trois branches de l'assurance sociale (*Sozialversicherung*).

si d'autres organes se distinguent déjà par un fonctionnement plus strictement juridictionnel<sup>17</sup>. En toute hypothèse, il s'agit principalement d'instances aux attributions limitées, compétentes pour trancher en dernière instance les litiges portant sur l'exécution des nouvelles lois fédérales. L'on ne saurait dès lors y voir des « maillons homogènes s'intégrant à la construction d'une juridiction administrative fédérale. »<sup>18</sup> L'idée même d'une justice administrative se structurant autour d'un organe central sur le modèle français du Conseil d'État est et demeure très éloignée des conceptions allemandes.

Tel sera également le cas sous la République de Weimar, même si d'autres évolutions permettent de poursuivre les réflexions sur la construction des juridictions suprêmes en Allemagne.

## II. Weimar : un entre-deux pour l'accès aux cours suprêmes

À l'issue de la Première Guerre mondiale, le cadre politique est fondamentalement modifié par la nouvelle Constitution du 11 août 1919. Le passage de la monarchie à la République démocratique et parlementaire de Weimar emporte une nécessaire redéfinition des rapports entre l'État et la société. Suivent également de nouvelles interrogations sur le système judiciaire allemand. Pour autant, le cadre juridique demeure à la croisée des systèmes du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècles, ainsi qu'en témoignent l'organisation de la justice ordinaire (1), administrative (2), comme les questionnements sur la justice constitutionnelle allemande (3).

### 1. Un profond renouvellement des méthodes du droit privé par une Cour suprême inchangée

Au niveau du droit civil et du droit pénal, la cour suprême créée sous l'Empire poursuit son activité. L'article 103 de la Constitution de Weimar, relevant d'un chapitre consacré à « la justice » (*Die Rechtspflege* – titre I, chapitre VII) lui fournit une nouvelle assise constitutionnelle, disposant que « la juridiction ordinaire est exercée par le *Reichsgericht* et par les tribunaux des *Länder* ». Il n'y a donc ni création ni nouvel accès à la cour suprême ordinaire allemande. Cette période troublée issue de la Première Guerre mondiale est néanmoins marquée par un profond renouvellement du droit privé. Au niveau de ses *concepts*, la guerre avait commandé l'adaptation d'un droit construit autour de l'autonomie de la volonté et de la liberté formelle au cadre d'une économie administrée. Le renouvellement du droit des contrats est significatif à cet égard<sup>19</sup>. S'agissant des *méthodes* du droit privé<sup>20</sup>, la situation « extra » ordinaire rend nécessaire une plus grande souplesse dans l'interprétation du Code Civil allemand (*BGB*), pourtant entré en vigueur moins de vingt années auparavant<sup>21</sup>. Marquées par le positivisme triomphant de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et pensées pour un temps de paix et libéral, ses dispositions seront rapidement mises à l'épreuve de leur application pratique. La guerre n'est évidemment pas la seule raison de la remise en cause de l'ancienne conception formaliste du droit face à sa confrontation à la « réalité » du contexte économique et social. Le rôle du

---

<sup>17</sup> Voir en particulier le *Bundesamt für Heimatwesen* créée dès 1870 pour statuer en dernier ressort sur les litiges entre les autorités d'assistance publique ; et la Cour fédérale des finances (*Reichsfinanzhof*), créée plus tardivement, par la loi du 26 juillet 1918, amendée lors de la promulgation du Code national des impôts (*Reichsabgabenordnung*) du 13 décembre 1919.

<sup>18</sup> Voir par exemple : W. RÜFNER, « Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit », in K. G. A. JESERICH, H. POHL, G.-Chr. v. UNRUH (dir.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, t. 3, *Das deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1984, p. 909-930.

<sup>19</sup> S.-R. EIFFLER, « Die "Feuertaufe" des BGB : Das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Kriegswirtschaftsrecht des 1. Weltkriegs », *ZNR*, 1998, p. 238-255, en part. p. 244 sq.

<sup>20</sup> H. Dörner, « Erster Weltkrieg und Privatrecht », *Rechtstheorie* 17 (1986), p. 385-401.

<sup>21</sup> Sur le *Bürgerliches Gesetzbuch*, adopté par le Reichstag en 1896 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900 : F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2<sup>e</sup> éd., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967 p. 468 sq.

*Reichsgericht* dans l'interprétation et l'application concrète du droit aux situations engendrées par les bouleversements du début du siècle contribuera toutefois à la réorientation des méthodes du droit privé<sup>22</sup>, spécialement en ce qui concerne les rapports entre la loi et le juge<sup>23</sup>.

Si le droit administratif est à son tour contraint d'évoluer pour faire face aux circonstances exceptionnelles de la guerre comme au nouvel environnement économique et social, cela n'emporte pas la création d'une cour suprême administrative, en dépit de la lettre de la Constitution de Weimar.

## 2. L'ambition avortée de la création d'une cour suprême administrative

Contrairement à la situation de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'administration fédérale allemande n'a désormais plus rien d'embryonnaire. L'idée d'une cour suprême en matière administrative est débattue dès 1910 et prend tout son sens à mesure du développement de l'administration impériale et de la croissance de l'activité législative du *Reich*. C'est ainsi que le trentième « Congrès des juristes », qui se tient en 1910, s'achève sur la revendication de la création d'une juridiction unique, relançant ce faisant les débats parlementaires<sup>24</sup>.

Interrompue par la Première Guerre mondiale, la discussion sera ensuite stimulée par les nombreuses ingérences dans les libertés individuelles occasionnées par l'administration fédérale dans le cadre de l'économie de guerre. Face aux circonstances exceptionnelles, l'interventionnisme étatique a en effet pris une toute autre ampleur, inaugurant une nouvelle ère des rapports entre l'État et la société en Allemagne. La loi du 4 août 1914 autorisant le *Bundesrat* à prendre toutes les mesures « nécessaires pour remédier aux difficultés économiques » constitue le fondement juridique de nombreuses ingérences dans les domaines les plus vastes. Sur le plan économique, il s'agit de mutualiser les forces étatiques et privées au service d'objectifs partagés<sup>25</sup>. Si les forces privées demeurent des instruments essentiels de l'effort de guerre, l'intervention directe de l'État n'en est pas moins massive et dirigiste, lois et ordonnances établissant une administration hiérarchisée, militaire et centralisée<sup>26</sup>. L'interventionnisme étatique est en conséquence à l'origine d'un véritable « droit administratif de guerre » (*Kriegsverwaltungsrecht*), notamment économique. Outre le renouvellement disciplinaire qui marquera le droit administratif allemand aux lendemains de la Première Guerre mondiale<sup>27</sup>, ces bouleversements sont accompagnés d'une importante jurisprudence de la Cour administrative supérieure de Berlin (*Oberverwaltungsgericht* – OVG).

---

<sup>22</sup> K. W. NÖRR, *Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit – Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses*, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 1996.

<sup>23</sup> De manière générale sur le rôle du juge : R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986. Sur les acteurs de la « querelle des méthodes » accompagnant la réorientation du rôle du juge (jurisprudence des intérêts et école du droit libre) : A. GAILLET, « Contre le formalisme de la “jurisprudence des concepts” : Philipp Heck et la “jurisprudence des intérêts” en Allemagne », in O. JOUANJAN, E. ZOLLER, *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis. Le “moment 1900”*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2015.

<sup>24</sup> Voir notamment les rapports de R. THOMA et G. ANSCHÜTZ sur la question « Existe-t-il un besoin de créer une juridiction administrative impériale allemande ? » (« Liegt ein Bedürfnis eines deutschen Reichs-Verwaltungsgerichts vor ? »), *Verhandlungen des 30. Deutschen Juristentages*, t. 1, Berlin, Guttentag, 1910, p. 51s. et 489s.

<sup>25</sup> Le modèle « d'économie sociale allemande », initié par Walter Rathenau et Wichard von Möllendorff propose de mettre en œuvre une solution médiane, entre l'économie de marché – dépassée, dès lors que l'intérêt privé devient second – et l'économie planifiée. W. RATHENAU, *Probleme der Friedenswirtschaft. Vortrag vom 18. Dezember 1916*, *GesSchr* 1918, t. 5, 59 sq. ; W. v. MÖLLENDORFF, *Deutsche Gemeinwirtschaft*, Berlin, Siegismund, 1916.

<sup>26</sup> S.-R. EIFFLER, « Die “Feuertaufe” des BGB : Das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Kriegswirtschaftsrecht des 1. Weltkriegs », *op. cit.*, p. 240

<sup>27</sup> A. GAILLET, « Le droit public allemand et la Première Guerre mondiale », *Jus Politicum* n° 15, 2016, <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-public-allemand-et-la-Premiere-Guerre-mondiale-1067.html>.

Plus encore qu'avant la guerre, le contexte s'avère dès lors propice à la création d'une juridiction administrative fédérale, composée de juges indépendants et assurant l'unité de l'interprétation du droit administratif. Partant, reprenant à son compte maintes discussions et revendications, la Constitution de Weimar de 1919 prévoit expressément que « des tribunaux administratifs doivent exister au niveau du *Reich* et dans les États [...] » (art. 107). Cette disposition programmatique n'emporte néanmoins pas la réorganisation de la justice administrative attendue. Les projets en ce sens<sup>28</sup> se heurtent à de nombreuses objections, à l'absence d'unité quant au modèle à élaborer, ainsi qu'à une succession de crises politiques<sup>29</sup>. En dépit de la multiplication des appels à mettre en œuvre cette disposition constitutionnelle, celle-ci reste lettre morte. La justice administrative demeure en conséquence marquée par la diversité des règles, issues de diverses législations étatiques.

Tout comme à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'accès à la justice administrative s'effectue ainsi au niveau des États particuliers. Un tel « entre-deux », oscillant entre les évolutions engagées par le renouvellement du contexte politique, économique, social et juridique d'une part, le maintien de solutions anciennes d'autre part, se retrouve en matière de justice constitutionnelle.

### 3. L'accès à une cour suprême constitutionnelle : une discussion embryonnaire face à la fragmentation des organes

Les questions posées par l'établissement du nouveau *Staatsgerichtshof*, embryon de juridiction constitutionnelle fédérale, prévu par l'article 108 de la Constitution de Weimar<sup>30</sup>, témoignent du caractère toujours inachevé de la protection juridique dans l'Allemagne de Weimar. Sans doute cette « Cour de justice d'État » (ou Haute Cour constitutionnelle) est-elle instituée par la loi du 9 juillet 1921, laquelle fixe son siège à Leipzig<sup>31</sup>. Sans doute aussi, l'institution même d'une telle cour rompt-elle avec la tradition de l'Empire de 1871, lequel réservait un traitement politique aux litiges de nature constitutionnelle tels les litiges fédératifs. La limitation des compétences dévolues au *Staatsgerichtshof* weimarien se situe toutefois bien dans la continuité d'une conception limitée de la justice constitutionnelle développée. Ses attributions ne s'étendent en effet pas au-delà de la connaissance de certains litiges de nature fédérative et de la décision sur les plaintes formées par le « *Reichstag* contre le président, le chancelier ou les ministres du *Reich* », en raison de la « violation fautive » de la Constitution ou d'une loi fédérale<sup>32</sup>. Il ne lui appartient donc ni de se prononcer sur les litiges

---

<sup>28</sup> Voir par exemple la proposition de loi déposée en 1930 : Löwenthal, *JR* 1930, p. 241-248.

<sup>29</sup> O. KIMMICH, « Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik », *VBIBW.*, 1998, p. 371-378. Voir aussi G. Lassar, « Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte. (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution) », *VStaatsRL. (Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer)*, *op. cit.*, p. 81-103, p. 96 sq.

<sup>30</sup> « Une Haute Cour de justice est instituée, conformément à une loi du *Reich* ».

<sup>31</sup> Voir par exemple E. FRIESENHAHN, « Die Staatsgerichtsbarkeit », in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, *op. cit.*, p. 523 sq. ; W. KOHL, « Staatsgerichtshof », in A. ERLER, E. KAUFMANN, (dir.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, t. 4, p. 1814-1818. Ce dernier terme désignant anciennement la juridiction constitutionnelle est encore utilisé dans les constitutions actuellement en vigueur de certains *Länder*.

<sup>32</sup> Art. 19 : « 'Le contentieux constitutionnel interne à un *Land* pour lequel aucune juridiction n'est compétente, ainsi que les différends qui ne relèvent pas du droit privé entre différents *Länder* ou entre le *Reich* et un *Land*, relèvent de la compétence de la Haute Cour de justice, saisie par l'une des parties en litige, à moins qu'une autre juridiction du *Reich* ne soit compétente. ' Le président du *Reich* exécute l'arrêt de la Haute Cour de justice. » ; Art. 59 : « Le *Reichstag* peut mettre en accusation le président du *Reich*, le chancelier du *Reich* et les ministres devant la Haute Cour de justice du *Reich* pour violation coupable de la Constitution ou d'une loi du *Reich*. La proposition de mise en accusation doit être signée de cent membres du *Reichstag* au moins et doit être votée à la majorité nécessaire pour réviser la Constitution ».



entre les organes fédéraux, ni de sanctionner le respect du droit au titre d'un contrôle des normes abstrait ou concret, ni *a fortiori* de garantir les droits fondamentaux à l'initiative d'un recours individuel<sup>33</sup>. Les hésitations relatives à la valeur juridique des droits fondamentaux proclamés par la Constitution du 11 août 1919 n'y contribuent au reste pas davantage<sup>34</sup>. L'époque weimarienne n'est alors pas encore prête à renouer avec cette autre tradition allemande, fondée sur la confiance dans le juge et le droit, et qui avait trouvé à une première concrétisation à l'échelle fédérale dans la Constitution mort-née de Francfort du 28 mars 1849, laquelle prévoyait la création d'un véritable tribunal constitutionnel moderne aux compétences très étendues<sup>35</sup>.

Ces limites n'empêchent cependant pas le développement d'importantes discussions relatives à la signification et à la fonction de la justice constitutionnelle en Allemagne<sup>36</sup>. Celles-ci sont notamment alimentées par une importante décision du *Reichsgericht*. Nonobstant l'existence d'une Haute Cour constitutionnelle, c'est bien le Tribunal fédéral qui se reconnaît compétent pour effectuer un contrôle incident des lois ordinaires. Tel est le sens historique de l'une de ses décisions du 4 novembre 1925<sup>37</sup> – année même où, à partir de l'affaire Ratier, la controverse relative à l'exception d'inconstitutionnalité s'épanouit en France<sup>38</sup>.

Peut-être la solution du *Reichsgericht* de 1925, si elle avait été développée, aurait-elle pu conduire à un contrôle de constitutionnalité incident sur le modèle américain, le Tribunal fédéral compétent pour les affaires civiles et pénales s'élevant au rang de Cour suprême allemande ? Cette conception sera toutefois balayée par le renouvellement profond de l'organisation juridique et judiciaire imposé aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale. Les choix politiques essentiels opérés par la Loi fondamentale du 23 mai 1949 permettent en

---

Voir aussi les articles 18, 90 et 171 pour d'autres applications de la compétence de la Cour pour des litiges d'ordre fédératif.

<sup>33</sup> Sur les projets de réforme des compétences du *Staatsgerichtshof*, voir par exemple J. POETZSCH, « Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs auf andere als die in Art. 19 Abs. 1 RV bezeichneten Verfassungsstreitigkeiten auszudehnen? », *DJZ*, 31, 1926, p. 1265s.

<sup>34</sup> Sur cette question : Chr. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 280 sq.

<sup>35</sup> A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 206 sq. (« Le Tribunal d'Empire et la plainte individuelle en garantie des droits fondamentaux »).

<sup>36</sup> Voir par exemple : A. LE DIVELLEC, « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Éd. Panthéon Assas, L.G.D.J., 2003, p. 104-140. On se reportera également à son analyse à l'appui de la présentation de « deux textes de Heinrich Triepel » : A. LE DIVELLEC, « Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes de Heinrich Triepel », in « Droit, politique et justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2, 2009 (<http://www.juspoliticum.com/Droit-politique-et-justice.html>). Sur les importants débats relatifs à l'opportunité d'introduire un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, notamment à titre incident, voir également : R. BAUMERT, « Une "vision morale" de la justice constitutionnelle sous la République de Weimar », *Jus Politicum*, 4, 2010, (<http://www.juspoliticum.com/Une-vision-morale-de-la-justice.html>).

Sur la controverse entre Hans Kelsen et Carl Schmitt (C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931 ; H. KELSEN, « Wer soll Hüter der Verfassung sein ? », *Die Justiz*, 6, 1931, p. 576-628) : O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur "Le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt, Actes du colloque à Berlin, Centre Marc Bloch, 21 juin 2006*, Paris, Panthéon-Assas, 2007.

<sup>37</sup> Sur cette question, et notamment sur la célèbre décision du *Reichsgericht* du 4 novembre 1925 : O. JOUANJAN, « Contribution à l'histoire du contrôle judiciaire des normes en Allemagne (1815-1933) », in E. ZOLLER, *Marbury v. Madison, 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 117-134.

<sup>38</sup> M. MILET, « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *Revue française de sciences politiques*, 1999, n° 6, p. 783-802.

effet de dépasser les compromis d'une « Constitution sans décision »<sup>39</sup> et de placer la protection de l'individu au cœur du système juridique. La création d'une véritable Cour constitutionnelle fédérale ouvre en particulier un nouveau champ très vaste pour l'étude de « l'accès à la cour suprême » en Allemagne.

---

<sup>39</sup> O. KIRCHHEIMER, « Weimar und was dann? Analyse einer Verfassung » (1930), rééd. *in* du même, *Politik und Verfassung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1964, p. 52 *sq.*