

LES ARTICLES LIBRES DU PÔLE REVUE

Dimanche 7 décembre 2025

« *Les modalités de désignation des juges constitutionnels allemands : un modèle solide d'antan confronté à l'instabilité politique du présent* »

par Yanis KHELLAFI



Les modalités de désignation des juges constitutionnels allemands : un modèle solide d'antan confronté à l'instabilité politique du présent

Yanis KHELLAFI

Vendredi 11 juillet 2025. L'hémicycle du *Bundestag* est plein. C'est le dernier jour de session ordinaire avant la pause estivale, mais pas des moindres : l'élection de trois nouveaux juges constitutionnels est inscrite à l'ordre du jour. À 10h17, la session est interrompue à la demande des groupes parlementaires social-démocrate (SPD) et chrétien-démocrate (CDU/CSU) qui souhaitent discuter d'urgence. À 11h44, la session reprend et la présidente du *Bundestag* annonce : les points dix, onze et douze de l'ordre du jour (relatifs à l'élection des trois juges constitutionnels) sont annulés. Ce qu'elle ne dit pas : ce retournement de situation est dû au fait que des députés chrétiens-démocrates ne soutiennent plus une des candidatures proposées par les sociaux-démocrates, leurs partenaires de coalition. Anatomie d'une élection échouée, symptomatique d'un mode de désignation des juges constitutionnels à bout de souffle.

Des modalités d'élection structurellement et historiquement politisées

Pour comprendre comment les juges constitutionnels allemands arrivent à Cour constitutionnelle fédérale, située à Karlsruhe, il ne suffit pas de lire la Constitution allemande¹ du 23 mai 1949 (Loi fondamentale, *Grundgesetz* – ci-après LF). Des dispositions plus précises sur ces modalités de désignation se trouvent en effet dans la Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale² (ci-après *BVerfGG*). Mais en réalité, des éléments essentiels de ces désignations ne sont pas consacrés textuellement et résultent de compromis politiques, saisissables uniquement en étudiant la pratique de cette procédure de désignation au sein du Parlement.

La Loi fondamentale énonce quelques principes généraux à propos des modalités de désignation en son article 93 relatif à la composition de la Cour constitutionnelle fédérale. En vertu de celui-ci, les seize juges composant la Cour constitutionnelle - qui sont répartis en deux chambres de huit juges chacune - sont désignés pour moitié par le *Bundestag* et pour moitié par le *Bundesrat*.

La Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (Loi *BVerfGG*), quant à elle, explicite premièrement les critères que les candidats potentiels doivent remplir. Trois juges parmi les

¹ Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) du 23 mai 1949, modifiée pour la dernière fois le 22 mars 2025 : <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80202000.pdf>

² Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) du 12 mars 1951, modifiée pour la dernière fois par l'article 1 de la loi du 20 décembre : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/FR/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=6

huit composant chaque chambre (donc six au total) doivent être choisis parmi les juges des plus hautes juridictions de chaque ordre³ (§ 2 al. 3 *BVerfGG*). Pour le reste, le paragraphe 3 de cette loi indique que ceux-ci doivent avoir atteint l'âge de quarante ans révolus et doivent satisfaire aux conditions d'accès à la magistrature selon la loi allemande relative aux magistrats⁴. Ce deuxième critère a pour intérêt de garantir que tous les juges constitutionnels disposent de capacités juridiques solides, puisque l'une des conditions d'accès à la magistrature allemande est d'avoir obtenu le deuxième examen d'État (*Staatsexamen*)⁵. Au demeurant, et en vertu des alinéas suivants du même paragraphe 3 de la loi susmentionnée, la nomination d'un juge à la Cour constitutionnelle fédérale implique que celui-ci doit quitter toute fonction politique (aux échelles fédérales et régionales) ainsi que toute profession quelconque, hormis celle de professeur de droit à une université allemande.

Les paragraphes suivants de la Loi *BVerfGG* apportent davantage de précisions quant aux modalités de désignation en tant que telles, notamment en ce qui concerne la moitié de la Cour désignée par les députés du *Bundestag*. En vertu de son paragraphe 6, le *Bundestag* désigne parmi ses membres une commission électorale spéciale chargée de proposer des juges pour la Cour constitutionnelle fédérale (*Wahlausschuss*). Elle est composée de douze députés élus au scrutin proportionnel, ce qui correspond, pour l'actuelle 21^{ème} législature, à cinq députés issus du groupe parlementaire chrétien-démocrate (CDU-CSU), trois issus du groupe d'extrême-droite *Alternative für Deutschland* (AfD), deux sociaux-démocrates (SPD), une écologiste (Bündnis 90/Die Grünen) et une députée de la gauche (Die Linke). Ensemble, ces douze députés doivent s'accorder pour proposer autant de candidats que de mandats de juge constitutionnel à pourvoir, le tout sans audition préalable et au scrutin secret. (§ 6 al. 1 *BVerfGG*). Une proposition de candidature est considérée valide lorsque deux tiers des membres de la commission électorale spéciale y sont favorables, soit huit membres. Dès lors, la candidature peut être soumise à l'ensemble des députés du *Bundestag*, qui doivent à leur tour élire le candidat à la majorité des deux tiers.

Du fait de ces modalités d'élection, éminemment liées à la répartition des sièges au sein de l'assemblée entre les différents groupes parlementaires, et en l'absence de dispositions légales ou constitutionnelles supplémentaires, une pratique s'est inévitablement développée : la politisation de l'élection *via* des compromis entre les différents groupes parlementaires.

³ Le système juridique allemand est divisé en cinq ordres : judiciaire, administratif, financier, social et du travail. Le tout est chapeauté par la Cour constitutionnelle fédérale, à l'instar d'une cour suprême.

⁴ Étant donné que la loi sur la magistrature (*Richtergesetz*) date de 1972, et dans le but de permettre aux juristes formés dans l'ancienne Allemagne de l'Est de devenir juge constitutionnel, la Loi *BVerfGG* prévoit que sont également éligibles les personnes qui ont obtenu un diplôme de juriste avant le 3 octobre 1990 et ont été habilités à exercer une profession juridique, conformément aux modalités du traité d'unification (paragraphe 3 alinéa 2 *BVerfGG*).

⁵ L'âge moyen d'obtention du deuxième examen d'État est vingt-huit ans.

Dans les premières années de la Cour constitutionnelle fédérale⁶, les juges qui la constituaient étaient intégralement élus grâce aux voix des chrétiens-démocrates et des sociaux-démocrates, puisque ces deux groupes parlementaires sont historiquement les premiers grands partis de masse (*Volksparteien*). En effet, mis à part quelques très rares exceptions, ces partis politiques ont systématiquement récolté ensemble plus de 60 % des suffrages lors des élections législatives⁷, de la première législature en 1949 jusqu'à la 18^{ème} en 2013, avoisinant même les 90% à plusieurs reprises.

La composition de la Cour face à l'évolution du paysage politique allemand

L'hégémonie des deux partis de masse n'a pas toujours été absolue. À quelques reprises, de « petits partis » politiques (*Kleinparteien*) ont pu à leur tour voir des juges issus de leurs rangs être élus pour rejoindre la Cour constitutionnelle fédérale, notamment quand l'un de ces partis hégémoniques formaient une coalition avec des partis minoritaires. Ainsi, quelques juges issus de la liste proposée par les libéraux du FDP ont effectivement pu rejoindre la Cour de Karlsruhe lorsque l'Allemagne était gouvernée par une coalition SPD/FDP⁸ dans les années 1970. Deux juges libéraux supplémentaires ont ensuite été élus lorsque le FDP formait une coalition avec le parti de masse chrétien démocrate, en 1984 et 1996. En somme, parmi les soixante-dix-huit juges constitutionnels étant passés par Karlsruhe entre 1951 et 1996, soit une période de quarante-cinq ans, trente-huit avaient été élus grâce au vote des conservateurs, trente-cinq par les socialistes et cinq par les libéraux.

À partir des années 1980, le parti écologiste (Bündnis 90/Die Grünen) fait à son tour son entrée au *Bundestag*. À ce jour, les Verts ont participé à trois gouvernements de coalition : en 1998, en 2002 et en 2021, ce qui leur a permis d'envoyer plusieurs juges à Karlsruhe⁹.

En raison du développement de ces autres partis politiques, qui gagnent progressivement du terrain dans l'opinion publique et électorale, ces petits partis ont désormais une place acquise dans la démocratie parlementaire allemande qui entraîne nécessairement l'éparpillement des sièges au sein du Parlement. La présence des partis libéraux et écologistes dans des gouvernements de coalition, aux côtés de l'un des traditionnels partis de masse, s'est généralisée de sorte que le monopole d'autan de la CDU/CSU et du SPD n'est plus et qu'ils ont été contraints de reconnaître un réel « droit de proposition » (*Vorschlagsrecht*) à leurs partenaires réguliers de coalition, que sont le FDP et le Bündnis 90/Die Grünen. Aussi, s'est développée et imposée la pratique informelle selon laquelle les deux partis traditionnels nomment chacun trois juges et les deux petits partis en nomment chacun un. En Allemagne,

⁶ La Cour a pris ses fonctions en 1951, soit deux ans après la création de la République fédérale d'Allemagne formalisée par la promulgation de sa Loi fondamentale à Bonn.

⁷ Le site institutionnel du *Bundestag* tient une liste compilant les résultats de chaque élection législative par parti depuis les premières élections de 1949 : https://www.bundestag.de/parlament/wahlen/ergebnisse_seit1949-244692

⁸ Les juges Joachim Rottmann et Konrad Hesse ont ainsi pu rejoindre la Cour, respectivement en 1972 et 1976.

⁹ Notamment en 2001 pour la première fois.

cette sorte de “règle non-textuelle” est connue comme la « formule 3-3-1-1 », correspondant aux huit juges composant chacune des deux chambres de la Cour.

Les modalités classiques de désignation des juges constitutionnels bloquées par la multipolarité de la nouvelle législature

L’évolution de la répartition des forces politiques au sein de l’hémicycle a franchi un nouveau cap lors des dernières élections législatives du *Bundestag* en février 2025, qui étaient d’ailleurs – hasard malicieux du calendrier – concomitantes du renouvellement de plusieurs mandats de juge à la Cour constitutionnelle fédérale. Deux des trois mandats de juges constitutionnels à renouveler relevaient, en vertu de la formule 3-3-1-1, du droit de proposition du SPD. Or, justement, ces dernières élections législatives ont marqué un point de pivot dans l’histoire politique contemporaine allemande puisque, pour la première fois depuis la naissance de la République fédérale, le SPD est arrivé troisième aux élections, derrière le jeune parti d’extrême droite AfD. C’est dans ce contexte que les députés sociaux-démocrates de la commission électorale spéciale ont tenté de faire valoir leurs deux droits de proposition.

Lors des dernières semaines précédant la pause estivale de la session parlementaire, la commission électorale spéciale avait proposé deux candidatures de professeures de droit pour Karlsruhe. Si la première a fait consensus, la seconde – Frauke Brosius-Gersdorf, professeure de droit public à l’université de Potsdam – a fait l’objet d’une campagne de diffamation, relative notamment à des accusations de plagiat dans le cadre de sa thèse de doctorat et à des propos présumés favorables au droit d’avortement. Le tout lui a valu d’être caractérisée, entre autres, de « militante d’extrême gauche » par des membres de l’AfD. L’ampleur de la campagne de diffamation a fini par atteindre les rangs de la CDU/CSU, dont une cinquantaine de députés ont annoncé qu’ils voterait contre la proposition de candidature de la professeure de Potsdam – malgré la validation préalable de celle-ci par la commission électorale spéciale dont cinq députés conservateurs font partie.

Si l’AfD ne dispose pas d’une minorité de blocage, c’est-à-dire d’un tiers des sièges, il n’en reste pas moins que cette campagne de diffamation, dont les députés de l’AfD sont majoritairement responsables, a entraîné le blocage de la candidature de Frauke Brosius-Gersdorf qui, sans les voix des députés chrétiens-démocrates réfractaires, n’aurait pas atteint la majorité des deux-tiers nécessaire (§ 7 al. 5 *BVerfGG*). La commission électorale a donc dû se réunir à nouveau, dès la reprise de la session ordinaire suivante, afin de proposer une nouvelle candidature consensuelle fondée sur une majorité solide, qui intègre les Verts et Die Linke dans un processus compromissoire. Le cas Brosius-Gersdorf illustre parfaitement le fait que les modalités classiques de désignation des juges constitutionnels allemands sont révolues : la formule 3-3-1-1 est à bout de souffle.

Si le SPD a finalement tout de même pu faire valoir son droit de proposition en présentant une autre candidature, qu’en sera-t-il lors de la prochaine législature, dans l’hypothèse – vers laquelle tend la conjoncture actuelle – où l’AfD obtiendrait plus d’un tiers

des sièges au *Bundestag* ? La question se pose également concernant Die Linke, sans qui la coalition gouvernementale actuelle ne peut pas obtenir de majorité des deux tiers, mais qui demeure malgré tout exclue des groupes parlementaires bénéficiant de droits de proposition. La croissance rapide des intentions de vote et des personnes qui s'encartent chez Die Linke présage en effet d'un prochain *Bundestag* encore davantage multipolaire.

La situation allemande n'est pas sans rappeler celle du Tribunal constitutionnel polonais, où l'ensemble des juges ont été nommés par le groupe parlementaire national-conservateur Droit et Justice (PiS), lorsque celui-ci avait encore une majorité absolue au sein de la chambre basse du Parlement (la Diète). Ce Tribunal constitutionnel, déconsidéré par les autres organes constitutionnels de l'État polonais qui le qualifient d'illégitime, est le dernier bastion des nationaux-conservateurs qui l'ont plongé dans une crise sans précédent.

Il semble dès lors nécessaire, pour la survie de la confiance démocratique en la Cour constitutionnelle fédérale allemande, et afin d'éviter une « Cour Suprêmisation¹⁰ » de celle-ci, d'anticiper les prochains renouvellements de juges en réformant les modalités de désignation des juges constitutionnels allemands.

Des pistes de réformes pour une justice constitutionnelle indépendante et efficace

La Loi fondamentale allemande, dès son entrée en vigueur en 1949 et jusqu'à récemment, était relativement silencieuse quant à la Cour constitutionnelle fédérale puisque seuls deux articles lui étaient consacrés, au sein du titre IX relatif au pouvoir judiciaire : l'article 93 et l'article 94. Ils se bornaient à créer un cadre juridique très abstrait de la Cour, notamment en ce qui concerne sa composition et ses compétences, renvoyant pour le reste vers le législateur ordinaire. Cette légèreté textuelle de la Loi fondamentale était alors considérée comme l'expression d'un État constitutionnel sûr de lui¹¹. La justice constitutionnelle était en effet au cœur de la démocratie allemande et bénéficiait de toute la confiance institutionnelle et civile qu'il lui fallait pour être respectée et travailler avec efficacité, de sorte que la question de savoir s'il fallait renforcer son cadre constitutionnel ne s'est posée qu'à partir des années 2010, avec l'avènement de mouvements illibéraux en Europe et en Allemagne.

Ainsi, et pour éviter que Karlsruhe se retrouve face aux mêmes impasses que les cours constitutionnelles hongroises et polonaises, une majorité parlementaire s'est vite dessinée, qui entendait renforcer les garanties d'indépendance et d'efficacité de la Cour constitutionnelle fédérale. C'est tout l'esprit de la proposition de loi de réforme constitutionnelle du 24 septembre 2024, qui est résumé dans les motifs de la loi : « *Avec un recul de désormais 75 ans, il convient de consacrer dans la Loi fondamentale elle-même les éléments qui caractérisent le statut de la Cour constitutionnelle fédérale en tant qu'organe constitutionnel, comme c'est déjà*

¹⁰ À propos de la politisation de la Cour Suprême américaine : AMOS Maximilian, « Richterwahl abgesagt: Droht eine „Supreme-Court-isierung“ des BVerfG? », dans beck-aktuell-Redaktion, C.H.BECK, 11 juillet 2025.

¹¹ BRITZ Gabriele, « Die Grundgesetzänderung zur Sicherung des BVerfG (Art. 93 und 94 GG) - Potenziell wirkungsvoller als es scheint? », dans Neue Juristische Wochenschrift, n°2025-609, C.H.BECK.

le cas pour le Bundestag, le Bundesrat, le président fédéral et le gouvernement fédéral. » La révision constitutionnelle a été adoptée par le Parlement le 20 décembre 2024 et modifie les articles 93 et 94 de la Loi fondamentale.

La première évolution notable opérée par cette révision constitutionnelle est la constitutionnalisation de règles relatives aux conditions de candidature, qui étaient jusque-là contenues dans la Loi *BVerfGG*. Le nouvel article 93 de la Loi fondamentale réhausse ainsi au rang de normes constitutionnelles plusieurs règles, notamment :

- La durée du mandat de douze ans et l'âge maximal fixé à soixante-huit ans révolus : la constitutionnalisation de ces règles garantit leur pérennité, là où on pourrait imaginer qu'un législateur à majorité illibérale, critique de l'État de droit, viendrait modifier et instrumentaliser ces mesures pour raccourcir la durée des mandats, et ainsi remplacer plus rapidement les juges afin d'aligner la composition de la Cour constitutionnelle fédérale sur la ligne du gouvernement fédéral ;
- L'interdiction de la réélection, qui constitue un moyen largement accepté comme permettant de garantir l'indépendance du juge, vis-à-vis d'un groupe politique, d'une autorité de nomination ou de l'influence de tout groupe représentant des intérêts particuliers ;
- La fixation du nombre total de juges (seize) et de chambres (deux) qui composent la Cour, afin d'appréhender une technique malicieuse observée dans des pays voisins : le *court-packing* (« le remplissage massif de juges à la Cour »), qui consiste à nommer de nombreux juges supplémentaires, voire d'agrandir ou de créer de nouvelles chambres, afin de rendre le travail de la Cour confus, diffus, incapable de trouver des compromis et, partant, illégitime et dysfonctionnel.

Les travaux préparatoires de la loi de révision constitutionnelle ont été notamment marqués par la question de savoir s'il fallait constitutionnaliser la règle de l'élection des juges à la majorité des deux-tiers, qui était jusqu'alors de seule valeur législative. Cette mesure n'a finalement pas fait l'objet d'une consécration constitutionnelle et demeure dans la seule Loi *BVerfGG*. Ce choix du législateur se justifie par la volonté de garder une marge de flexibilité face à un avenir démocratique et parlementaire incertain. La réforme de 2024 a toutefois trouvé un compromis. Le nouvel alinéa 2 de l'article 93 dispose que le législateur peut, afin de prévenir tout risque de blocage, prévoir un mécanisme de remplacement de l'organe d'élection des juges en modifiant la Loi *BVerfGG* : ainsi, en cas d'impossibilité pour le *Bundestag* d'atteindre la majorité des deux tiers pour élire un juge constitutionnel – ce qui a failli arriver en juillet 2025 avec la professeure Frauke Brosius-Gersdorf –, c'est le *Bundesrat* qui serait chargé du vote, mais le nouveau juge serait tout de même considéré comme avoir été élu par le *Bundestag*. L'inverse vaut également. Une proposition de loi en ce sens a directement été adoptée par le *Bundestag* après le vote sur la loi constitutionnelle. Le nouveau dispositif est consacré à l'article 7a alinéa 5 de la Loi *BVerfGG*.

D'aucuns considèrent que cette réforme du cadre constitutionnel de la Cour de Karlsruhe n'est pas suffisante. La preuve en est que le gouvernement du PiS en Pologne est parvenu, en partant d'un cadre juridique non moins contraignant, à mettre hors d'état de nuire le Tribunal constitutionnel de Varsovie très rapidement afin qu'il ne puisse pas s'opposer au démantèlement de l'État de droit dans ce pays. Dès lors, il semble nécessaire que les pouvoirs publics allemands envisagent d'ores et déjà de nouvelles pistes de réformes permettant de garantir l'indépendance et la résilience de la justice constitutionnelle avant qu'il ne soit trop tard, conformément à ce que le Gouvernement fédéral a annoncé dans son contrat de coalition en 2025¹². À cet égard, plusieurs mesures concrètes seraient possibles, à l'instar de :

- La rupture avec la tradition opaque du processus de désignation des candidats au sein de la commission électorale spéciale, qui effectue ses travaux à huis clos, en instaurant un mécanisme d'auditions publiques avant de valider des listes de candidats, tel que c'est le cas en France. Cette mesure, si elle est bien encadrée, aurait l'avantage de désamorcer tout scandale lié à des présumées prises de positions politiques sorties de leur contexte, comme ça a été le cas à l'été 2025 ;
- La soumission des modifications de la Loi *BVerfGG* à l'examen du *Bundesrat*, et non du seul *Bundestag*¹³, afin de d'assurer une double lecture qui rendrait davantage complexe les réformes illibérales voulues par des groupes politiques critiques à l'égard de l'État de droit et soucieux d'affaiblir la Loi *BVerfGG* et, *in fine*, la Cour de Karlsruhe.

Les prochaines échéances du renouvellement de juges constitutionnels sont fixées à 2028 (deux postes) et 2030 (deux postes). Or, les prochaines élections du *Bundestag*, organe chargé d'élire la moitié de ces juges, auront lieu en 2029. Cette période constituera une expérience de taille dont le résultat sera d'importance existentielle pour les pouvoirs publics allemands, qui mesureront ainsi la résilience de la justice constitutionnelle, érigée comme le bastion démocratique de l'Allemagne contemporaine.

¹² Conclu le 5 mai par les deux partis composant la coalition gouvernementale, la CDU/CSU et le SPD, le contrat de coalition énonce les lignes directrices, point par point, qu'est censé suivre le Gouvernement fédéral dans l'élaboration de sa politique tout au long de la 21^{ème} législature. Aux lignes 1899 à 1902 relatives à l'État de droit, le contrat stipule : « *Nous voulons ancrer nos valeurs fondamentales démocratiques et libérales dans la société avec davantage de ferveur.* »

¹³ Bien que le parlementarisme allemand suive un modèle bicaméral, la procédure législative diffère du modèle français. Le déséquilibre entre les prérogatives des deux chambres est radical et dépend du type de loi : on distingue les « lois de confirmation » (*Zustimmungsgesetz*) des « lois d'opposition » (*Einspruchsgesetz*). Les premières sont les plus classiques et récurrentes : il n'y a aucune navette parlementaire lors de l'examen de la loi. Elle est votée par le *Bundestag*, puis approuvée (*zustimmen*) par le *Bundesrat*, mais toute proposition d'amendement formulée par celui-ci peut être écartée par un simple vote du *Bundestag*. Les lois d'opposition, quant à elles, associent réellement le *Bundesrat* à la procédure législative, proche de la procédure française. Le *Bundesrat* dispose de cette prérogative pour toute loi réglant les affaires des *Länder*. L'idée est donc de catégoriser toute loi modifiant la Loi *BVerfGG* comme une « loi d'opposition » afin d'offrir une garantie structurelle supplémentaire à la Cour constitutionnelle fédérale.