

L'AfD à Karlsruhe : beaucoup de bruit pour rien ?¹

Yacine SEJARI, doctorant à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Le 11 décembre 2018, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a déclaré irrecevable une plainte déposée par l'AfD dans le cadre d'un litige constitutionnel entre organes. Pour le requérant, la politique migratoire menée par le gouvernement Merkel fin 2015 a méconnu les droits de participation du Bundestag et plus particulièrement la réserve de la loi telle que concrétisée par la Cour. La Cour a estimé que le groupe parlementaire de l'AfD n'avait pas démontré l'existence d'une quelconque violation des droits du Bundestag. En réalité, la requête cherchait plutôt à préserver le « droit objectif » et à obliger le gouvernement fédéral à agir, ce qui n'est pas recevable dans le cadre d'un litige entre organes.

On the 11th of December 2018, the German Federal Constitutional Court dismissed a claim filed by the AfD, relating to Organstreit proceedings. For the plaintiff, the migration policy pursued by the Merkel government at the end of 2015 breached the Bundestag's rights of participation and, in particular, the requirement for specific enactment of a statute as defined by the Court. The Court found that the AfD parliamentary group had not provided evidence that the Bundestag's rights had been breached. In fact, in its request, the AfD sought mainly to preserve the "objective right" and to oblige the federal government to act, which is not admissible in Organstreit proceedings.

¹ Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Armel Le Divellec pour sa bienveillante relecture.

La formation politique nouvellement arrivée sur l'échiquier politique allemand, l'*Alternative für Deutschland* (AfD) a pu contester juridiquement la politique migratoire du gouvernement dans le cadre d'un litige constitutionnel entre organes (*Organstreit*) devant la Cour constitutionnelle fédérale. Son groupe parlementaire au Bundestag a déposé sa requête le 12 avril 2018. La Cour a rendu sa décision le 11 décembre 2018². Pour le député Stephan Brandner, le controversé président de la Commission des lois (*Rechtsausschuss*) du Bundestag et conseiller juridique de l'AfD, « *cette plainte peut changer le monde* » et « *va [le] changer si elle aboutit* »³... Voilà un ambitieux programme !

En obtenant 94 sièges lors des dernières élections législatives de septembre 2017, le jeune parti eurosceptique dispose pour la première fois d'un groupe parlementaire lui permettant de saisir aisément la Cour constitutionnelle fédérale (CCF) d'un litige constitutionnel entre organes (*Organstreit*). Par le biais de ce mécanisme dont les racines remontent au XIX^e siècle, la CCF statue sur l'interprétation de la Loi fondamentale, « à l'occasion de litiges [portant] sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres » (Article 93 I n°1 LF). Les rédacteurs de la Loi fondamentale entendaient ainsi « s'assurer que le jeu dynamique des institutions respecte de *façon effective* le cadre constitutionnel »⁴. Des organes constitutionnels fédéraux comme le Bundestag, le Bundesrat ou le gouvernement peuvent donc saisir la CCF dans le cadre de ce litige. La capacité à être partie a également été accordée aux « parties d'organes » (art. 93 I n°1 LF) et aux « démembrements d'un organe constitutionnel » (article 63 loi sur la CCF) dotés de droits propres par la Loi fondamentale ou par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême. La CCF a très tôt admis qu'un groupe parlementaire pouvait être une « partie d'organe »⁵. Le litige entre organes comporte une dimension subjective puisque le requérant doit établir la violation de l'un de ses droits statutaires (*Statusrechte*) pour déclencher la procédure⁶. La Cour a reconnu, sans base textuelle, que les groupes parlementaires pouvaient également se prévaloir des droits du Bundestag dans ce type de litiges⁷. C'est cet « artifice procédural » (*prozessuale Kunstbegriff*)⁸ qui permet à la minorité parlementaire et donc à l'AfD, de faire valoir des droits du Parlement dans son ensemble. L'homogénéité politique constante entre la majorité au Bundestag et le gouvernement, rend cette possibilité d'autant plus importante.

² BVerfG 11 décembre 2018, 2 BvE 1/18. Elle peut être consultée à l'adresse suivante : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/12/es20181211_2bve000118.html.

³ <https://youtu.be/J7hvBe9tz4>.

⁴ A. LE DIVELLEC, « Des conflits constitutionnels dans un "État constitutionnel" : le mécanisme des "litiges entre organes" devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », in J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels*, P.U. de Rennes, 2010, p. 100.

⁵ Pour la première fois BVerfGE 1, 351 (359), 29 juillet 1952, *Accord de Petersberg*.

⁶ Toutefois, cette exigence ne doit pas masquer le fait que le but procédural du litige entre organes est de garantir la répartition objective des compétences prévue par la LF et par la même occasion la constitutionnalité du processus politique. E. BENDA, E. KLEIN, O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3^e ed, Karlsruhe, C.F. Müller, 2013 p. 399.

⁷ BVerfGE 1, 351 (359), 29 juillet 1952, *Accord de Petersberg*.

⁸ W. HUFNER, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 152.

En 2015, l'Allemagne connaissait la plus grande vague d'entrée de réfugiés de son histoire, un nombre croissant de migrants rejoignant l'Allemagne par la route des Balkans. Le gouvernement fédéral, dépassé par l'afflux de réfugiés, annonça, le 13 décembre 2015, le rétablissement provisoire des contrôles à ses frontières, et plus particulièrement autour de la frontière germano-autrichienne⁹. Pourtant, le gouvernement fédéral a fait le choix de ne pas rejeter à la frontière les migrants souhaitant obtenir une protection en Allemagne. Un peu plus de deux ans plus tard, le 10 janvier 2018, le groupe parlementaire de l'AfD fraîchement entré au Bundestag posa une « petite question » (*Kleine Anfrage*)¹⁰ au gouvernement autour de ce choix de non rejet des migrants. L'AfD souhaitait alors savoir si le ministre de l'intérieur de l'époque, Thomas de Maizière, ou le gouvernement, avait adressé un ordre écrit ou oral à la police ou aux autorités frontalières, pour ne pas refouler les ressortissants de pays tiers demandant l'asile en vertu de l'article 18 al. 4 point 2 de la loi sur l'asile¹¹. Le gouvernement a alors répondu qu'il n'y avait pas eu d'ordre écrit et que la décision avait été prise dans le cadre des responsabilités existantes au sein du gouvernement fédéral. Il précisa que Thomas de Maizière avait informé verbalement le président de la Direction de la police fédérale de la décision du gouvernement fédéral.

Le groupe parlementaire de l'AfD contesta, devant la CCF, cette décision de non rejet des migrants à la frontière de la part du gouvernement. Dans sa requête, il affirme en premier lieu que le gouvernement méconnaît les droits de participation (*Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte*) du Bundestag et ce faisant, viole le principe de la division des pouvoirs (*Gewaltenteilungsgrundsatz*) ainsi que les principes de primauté et de réserve de la loi (*Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*). Plus particulièrement, le requérant s'appuie sur ces principes tels que concrétisés par la CCF dans sa jurisprudence relative à la « théorie de l'essentiel » (*Wesentlichkeitstheorie*). La requête a également pour but d'établir l'obligation pour le Bundestag d'adopter une « loi sur la responsabilité en matière de migration » (*Migrationsverantwortungsgesetz*) qui formerait la base de l'acceptation de l'entrée sur le territoire allemand de migrants en provenance de certains États. Autrement dit, le Bundestag aurait dû se prononcer par voie législative sur cette décision de non-refoulement qui constitue, selon les requérants, une violation de l'article 18 al. 4 de

⁹ Courrier international, « Réfugiés. Parvenue à un "point de rupture", l'Allemagne rétablit ses frontières », 14/09/2015 [en ligne], <https://www.courrierinternational.com/article/refugies-parvenue-un-point-de-rupture-lallemagne-retablit-ses-frontieres>. Voir également, *Die Welle* du 13.09.2015, « Germany imposes 'temporary' border checks », [en ligne] <https://p.dw.com/p/1GVv9>.

¹⁰ Il s'agit de questions collectives écrites. La réponse du gouvernement doit prendre la forme écrite et ne donne pas lieu à un débat en séance. Elles sont généralement très détaillées et techniques et servent l'information des parlementaires. A. LE DIVELLEC, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne - Contribution à une théorie générale*, L.G.D.J., 2004, p. 429 – 430.

¹¹ L'article 18 al. 4 dispose : « En cas d'entrée en provenance d'un Etat tiers sûr (article 26a), il est dérogé au refus d'entrée ou à la reconduite à la frontière, à condition que :

1. la République fédérale d'Allemagne soit compétente pour mener une procédure d'asile sur la base de la législation de la Communauté européenne ou d'un traité international avec le pays tiers sûr, ou
2. le ministère fédéral de l'intérieur l'a ordonné pour des raisons de droit international ou humanitaire ou pour sauvegarder les intérêts politiques de la République fédérale d'Allemagne. ».

la loi sur l'asile. Enfin, il est également demandé à la Cour d'établir le rejet (sous certaines conditions) des demandeurs d'asiles aux frontières.

I. LES CONTOURS INCERTAINS DE LA RESERVE DE LA LOI DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Par ce que l'on a appelé sa « théorie de l'essentiel » ou « théorie du caractère substantiel » (*Wesentlichkeitstheorie*) la Cour impose que « toutes les décisions fondamentales qui concernent directement le citoyen » soient prises par une loi formelle¹². Cette « théorie », née dans les années 1970 dans toute une série de litiges relatifs au droit scolaire (*Schulrecht*), a permis d'étendre le champ traditionnel de la réserve de la loi. La CCF s'est également servie de cette création jurisprudentielle afin de reconnaître une « réserve du Parlement » (*Parlamentsvorbehalt*) pour toutes les décisions fondamentales et essentielles à la communauté¹³.

Il ne faut pas confondre cette théorie avec la notion plus ancienne de réserve de la loi (*Vorbehalt des Gesetzes*) née au XIX^e siècle. Cette réserve législative « traditionnelle » constitue un trait caractéristique du constitutionnalisme allemand et trouve son fondement dans la doctrine libérale du *Rechtsstaat*. Le but du mouvement constitutionnel libéral du début du XIX^e siècle est de limiter la puissance de l'autorité gouvernementale et administrative sur les particuliers en faisant dépendre la réglementation du droit individuel de la volonté des assemblées législatives élues¹⁴. Cette réserve était initialement liée et limitée aux « atteintes à la liberté et à la propriété », elle était avant tout une « réserve contre les atteintes » (*Eingriffsvorbehalt*). L'évolution de la forme de gouvernement et des fonctions de l'Etat ont conduit le juge à chercher un nouveau critère plus adapté à la démocratie parlementaire contemporaine. La « théorie de l'essentiel » a permis au juge de fonder une réserve législative pour les décisions fondamentales autres que la liberté et la propriété. Sans abandonner la référence à l'Etat de droit, la Cour a surtout eu recours au principe démocratique afin de fonder sa nouvelle conception de la réserve. La fonction politique et constitutionnelle de la réserve de loi prend donc une nouvelle dimension : à côté (et non pas en opposition) de la réserve traditionnelle dirigée contre l'exécutif, la « théorie de l'essentiel » se conçoit avant tout comme

¹² BVerfGE 40, 237 (249), 28 octobre 1975, *Mesure d'administration judiciaire (Justizverwaltungsakt)*.

¹³ Le champ d'application de la réserve du parlement est plus étendu que celui de la réserve de la loi. La réserve du Parlement ne se limite pas à la prise de règles normatives générales mais concerne aussi la décision de cas concrets. Elle ne requiert pas obligatoirement une loi, l'approbation parlementaire pouvant se faire par une résolution simple. La réserve du parlement est une « réserve matérielle » (*Sachvorbehalt*) et non pas une « réserve formelle » (*Formvorbehalt*). F. OSSENBÜHL, « Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, tome 9, 2017, p. 189.

¹⁴ J. HUMMEL, « État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit - Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 144.

une incitation envers le parlement à ne pas négliger ou abandonner sa fonction législative¹⁵.

Malgré une jurisprudence conséquente (en volume) autour de cette « théorie », aucun critère généralisable n'est apparu puisque les juges de Karlsruhe se sont toujours refusés à toute tentative de définition claire et exhaustive de « l'essentiel ». Les critères dégagés par la Cour en matière de réserve de la loi – et plus généralement pour le droit relatif à l'organisation de l'Etat (*Staatsorganisationsrecht*) – sont souvent vagues et fluctuants du fait de la difficile séparation des intérêts politiques et juridiques de ces litiges¹⁶. Certains vont même jusqu'à affirmer que la « théorie de l'essentiel » n'est qu'une « dissimulation » (*Bemäntelung*) de la libre décision des juges car « est essentiel ce qui est considéré comme tel par la CCF »¹⁷. Ainsi, il faut, avant tout, voir dans la « théorie de l'essentiel » un topos dont se sert la Cour, un procédé heuristique dont la dogmatisation par la doctrine est presque impossible.

Il est tout de même possible de dégager quelques tendances jurisprudentielles. Sont « essentielles » les décisions et les règles affectant de manière tangible un droit fondamental ou délimitant les collisions potentielles entre les droits fondamentaux. Est également considéré comme « essentiel » ce qui est nécessaire à la réalisation de ces droits fondamentaux¹⁸. Ces indications restent peu précises et, finalement, la seule certitude réside dans le fait qu'une « atteinte » à un droit fondamental n'est pas nécessaire pour justifier l'obligation du parlement d'adopter une loi formelle.

A travers sa plainte, l'AfD invite la Cour à apprécier le caractère essentiel du choix gouvernemental contesté. Selon Ulrich Vosgerau¹⁹, rédacteur de la requête, il ne fait aucun doute que la politique migratoire entre dans le champ de la « théorie de l'essentiel ». La question de la protection des frontières serait « *per se* si importante que la décision doit être prise par le Parlement »²⁰ et la protection des frontières étatiques appartiendrait « *per definitionem* aux questions fondamentales et essentielles de l'Etat. »²¹. L'avocat du groupe parlementaire, plaçant le « droit à la sécurité » comme le premier des droits fondamentaux, cherche à démontrer que l'entrée de migrants a engendré une hausse de la criminalité et par conséquent, une

¹⁵ F. OSSENBÜHL, *op. cit.*, p. 206.

¹⁶ O. LEPSIUS, « Die Maßstabsetzende Gewalt », in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 159-279 (219 et suiv.).

¹⁷ M. KLOEPFER, « Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel », *JuristenZeitung* 1984, p. 692.

¹⁸ BVerfGE 47, 46 (79), 21 décembre 1977, *Cours d'éducation sexuelle*.

¹⁹ Après une thèse de doctorat soutenue en 2006 sur « La liberté de croyance et systématique de la Loi fondamentale » (*Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes*) il soutient en 2012 une thèse d'habilitation sur « La communauté étatique et la communauté internationale » (*Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft*). Il est aujourd'hui avocat et enseigne à l'Université de Cologne en tant que Privat-docent (*Privatdozent*).

²⁰ Requête du groupe parlementaire de l'AfD, p. 86 [en ligne] <https://www.afdbundestag.de/wp-content/uploads/sites/156/2018/05/organklage-afd-fraktion.pdf>.

²¹ *Ibid.*

atteinte aux droits fondamentaux des citoyens victimes. Or, à moins d'admettre qu'un migrant entré illégalement sur le territoire allemand est, par nature, un criminel en puissance, il semble assez difficile d'établir un lien entre la décision du gouvernement et une quelconque violation des droits fondamentaux des citoyens allemands.

II. UNE REQUETE IRRECEVABLE

Ce problème constitutionnel de fond n'a pas été tranché par la Cour, car pour le second Sénat, le requérant n'a pas démontré que la mesure contestée du gouvernement avait violé ses droits propres ou ceux du Bundestag. La requête de l'AfD est déclarée irrecevable au regard de son objet²². En l'espèce, la Cour estime que la requête n'a pas pour but « *de faire respecter ses droits propres ni les droits (de participation) du Bundestag, mais plutôt d'empêcher certaines actions gouvernementales déterminées* »²³. Le deuxième Sénat considère que l'objectif réel poursuivi²⁴ par l'AfD n'est pas la mise en place d'une hypothétique « loi sur la responsabilité en matière de migration » (*Migrationsverantwortungsgesetz*) – et donc la défense d'une réserve législative – mais plutôt d'empêcher la politique migratoire poursuivie par le gouvernement²⁵. D'ailleurs, de manière paradoxale, le requérant affirme qu'une telle loi est nécessaire pour faire respecter le principe de séparation des pouvoirs tout en déclarant dans le même temps que l'AfD ne souhaite pas participer au déclenchement d'une telle loi devant le Bundestag. Le groupe parlementaire de l'AfD était libre d'initier une telle loi, mais n'a pas voulu le faire car cela aurait conduit à légaliser l'accueil des réfugiés, objectif qui, on le sait, est aux antipodes de son programme politique. Plus de la moitié de la requête (une cinquantaine de pages) est consacrée aux faits qui globalement peuvent être résumés par le slogan « 50 ans d'immigration massive sans participation parlementaire » (*50 Jahre Masseneinwanderung ohne parlamentarische Mitsprache*).

En définitive, « le requérant ne cherche pas la participation (*Befassung*) du Bundestag allemand dans le but de la création (*Schaffung*) d'une base législative », mais plutôt à faire contrôler par la CCF un « comportement déterminé du défendeur »²⁶. Un tel comportement « *ne peut pas être contesté de manière isolée dans le cadre du litige entre organes, le respect du droit (constitutionnel) ne peut*

²² E. BENDA, E. KLEIN, O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3^e ed, Karlsruhe, C.F. Müller, 2013 p. 399.

²³ BVerfG 11 décembre 2018, 2 BvE 1/18, §24.

²⁴ La CCF ne se considère pas liée par le contenu de la requête. Pour la première fois, BVerfGE 1, 14 (39), 30 juin 1953, *Etat du sud-ouest (Südweststaat)*.

²⁵ La CCF ne se limite pas stricto sensu au texte de la requête pour apprécier la demande. BVerfG 11 décembre 2018, 2 BvE 1/18, §25 ; BVerfGE 68, 1 (68), 17 juillet 1984, *Stationnement des armes nucléaires*; BVerfGE 129, 356 (364), 7 septembre 2011, *EFSt*.

²⁶ BVerfGE 11 décembre 2018, 2 BvE 1/18, §24. Le requérant l'avoue lui-même dans la discrète note de bas de page n°188 (p. 85) de la requête : « de lege lata le Bundestag a réglé [par une loi] toutes ces questions », mais « le problème est que le gouvernement fédéral, en tant que législateur suprême [sic] et "législateur rectificatif conjoncturel" (*situativer Korrektur-Gesetzgeber*), a dans les faits abrogé ces lois fédérales. ».

*pas être imposé de cette manière (...) »²⁷. La Cour se place donc du point de vue des intentions réelles de l'AfD dont l'objectif premier était de faire constater une violation par le gouvernement de l'article 18 alinéa 4 point 2 de la loi sur l'asile. Autrement dit, la Cour présuppose que le but de la requête n'était pas de constater une violation des droits du Bundestag mais plutôt de faire reconnaître l'illégalité de la mesure prise par le gouvernement. L'AfD ne peut donc pas arguer une violation de la loi puisqu'il est ici question de « primauté de la loi » (*Vorrang des Gesetzes*)²⁸. Or, « les questions d'interprétation et d'application du droit ordinaire au-delà des situations juridiques constitutionnelles ne justifient pas la possibilité d'introduire un recours dans le cadre du litige entre organes »²⁹.*

Il est intéressant de comparer cette décision d'irrecevabilité avec un litige entre organes intenté en 1983 par le groupe parlementaire des Verts qui venait à l'époque tout juste d'entrer au Bundestag. En 1979, les ministres des Affaires étrangères et de la Défense de l'OTAN décident le déploiement de missiles américains à portée intermédiaire (missiles dit « *Pershing II* ») en Europe de l'Ouest à partir de 1983. Les Verts, pacifistes convaincus et farouches adversaires du nucléaire avaient saisi la CCF au motif que le gouvernement fédéral avait accepté le déploiement de missiles nucléaires sans base législative en se contentant simplement d'une résolution d'approbation votée par le Bundestag. La Cour avait alors jugé la requête recevable. Certains observateurs ont pu estimer que la Cour s'était écartée, en l'espèce, de la ligne de conduite dégagée en 1984 et qu'une application stricte des règles de la décision *Pershing* aurait du rendre recevable la requête³⁰. Une telle analyse semble erronée. Dans sa requête, le groupe parlementaire des Verts avait lui aussi mobilisé la « théorie de l'essentiel » pour justifier la nécessité d'une loi pour le stationnement de ces missiles. Comme pour la requête de l'AfD, la Cour estimait que les Verts n'avaient pas démontré « que le gouvernement fédéral avait mis en danger ou violé les droits du Bundestag au sens de l'article 64 alinéa 1 de la loi sur la CCF »³¹. Pourtant, la requête fut déclarée recevable, la Cour jugeant que le gouvernement avait potentiellement ignoré les articles 24 I et 59 II de la LF qui garantissent des droits du Bundestag. La requête de l'AfD, telle qu'interprétée par le second Sénat, a pour but de faire constater une violation par le gouvernement de l'article 18 de la loi sur l'asile qui ne comporte pas de dispositions destinées à garantir le droit du Bundestag à légiférer. L'AfD a beau tenter de justifier l'existence de tels droits à partir de l'article 20 alinéa 2 et 3, la Cour considère, comme dans sa décision de 1984, qu'il s'agit d'un tour de passe-passe.

Même dans l'hypothèse d'une violation de tels droits, la Cour aurait disposé d'un autre moyen pour déclarer la requête irrecevable. Une plainte dans le cadre du litige constitutionnel entre organes doit être déposée au plus tard dans les

²⁷ BVerfG 11 décembre 2018, 2 BvE 1/18, §24.

²⁸ M. STEINBEIS, « Die AfD und ihr Rechtsbruch-Mythos: im Felde unbesiegt », *VerfBlog*, 2018/12/18, [en ligne] <https://doi.org/10.17176/20181219-192601-0>.

²⁹ BVerfG 11 décembre 2018, 2 BvE 1/18, §25.

³⁰ C. RATH, « Unzulässigkeit der AfD-Flüchtlingsklage: Karlsruhe und die formalen Zwänge », *Legal Tribune Online*, 19.12.2018 [en ligne] https://www.lto.de/persistent/a_id/32849/.

³¹ BVerfGE 68, 1 (71), 17 juillet 1984, *Stationnement des armes nucléaires*.

six mois qui suivent la connaissance par le demandeur du comportement qu'il juge reprehensible (art. 64 al. 3 de la loi sur la CCF). Comme nous l'avons évoqué à titre liminaire, l'AfD est entrée au Bundestag à la suite des élections législatives de 2017 et a intenté son action en avril 2018, soit un peu moins de trois ans après la décision gouvernementale contestée³². Pour surmonter cet obstacle le requérant cherche à faire courir le déclenchement du délai de six mois à partir de la formation du groupe parlementaire, ce qui ne correspond pas vraiment à l'article 64 de la loi sur la CCF évoqué ci-dessus. En outre, l'objectif de cette prescription est de « rétablir la paix juridique dans les meilleurs délais »³³. Si la conception de ce délai devait être celle du requérant, cela voudrait dire que tout nouveau groupe parlementaire entrant au Bundestag pourrait faire valoir les droits du Bundestag sur une action ou une omission du gouvernement survenue des années plus tôt³⁴. La CCF n'a eu besoin de se prononcer sur ce point tout en prenant soin de laisser « la question ouverte »³⁵.

Le fait de déclarer une requête irrecevable n'a pas toujours empêché la Cour de se prononcer de manière sommaire sur le fond. Ainsi, alors que les Verts l'avaient saisie en raison du déploiement, sans autorisation législative, des forces armées lors du G8 de juin 2007 à Heiligendamm, la Cour avait reconnu à demi-mots que les recours étaient irrecevables³⁶. Elle avait alors décidé de se prononcer sur le fond pour rejeter la plainte comme étant « manifestement infondée »³⁷. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle fédérale avait été saisie en 2013 de plusieurs recours individuels (*Verfassungsbeschwerde*) contre la décision du Parti social-démocrate allemand (SPD) d'organiser une votation sur le contrat de coalition avec la CDU. Malgré l'irrecevabilité de ces recours, la Cour a tenu à rappeler certains principes de fond autour du libre mandat des députés³⁸. Plus récemment encore, dans un recours individuel initié par un citoyen et dirigé contre la présence du Premier ministre Turc Yildirim en février 2017 à Oberhausen, la Cour a déclaré la plainte irrecevable, le requérant n'ayant pas démontré qu'il avait été lésé dans un de ses droits fondamentaux. Pourtant, la Cour n'a pas hésité à rappeler que ni le droit constitutionnel, ni le droit international public au sens de l'article 25 LF, n'accordent aux chefs d'État et aux membres de gouvernements étrangers, un droit d'entrer

³² Le requérant admet lui-même à la page 60 de la requête que normalement « une plainte n'aurait pu être déposée que jusqu'en mars 2016 environ ». La vague de migrants et de demandeurs d'asile est d'ailleurs aujourd'hui en très forte baisse. Voir les derniers chiffres officiels publiés par le gouvernement fédéral : *Migrationsbericht 2016/2017*, 23 Janvier 2019 [en ligne] <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/migrationsbericht-2016-2017-1572990>.

³³ BVerfGE 109, 1 (11), 7 octobre 2003.

³⁴ Sur ce point, J. WIELAND, « Vom untauglichen Versuch der AfD die Bundeskanzlerin wegen ihrer Flüchtlingspolitik zu verklagen », *Zur Geschäftsordnung - Rechtsfragen fragmentierter Parlamente* - 28. Mai 2018 [en ligne] <http://zurgeschaeftsordnung.de/vom-untauglichen-versuch-der-afd-die-bundeskanzlerin-wegen-ihre-fluechtlingspolitik-zu-verklagen/>.

³⁵ BVerfG 11 décembre 2018, 2 BvE 1/18, §28.

³⁶ BVerfGE 126, 55 (72 et s), 7 octobre 2003, *Sommet du G8 à Heiligendamm*.

³⁷ BVerfGE 126, 55 (67), 7 octobre 2003, *Sommet du G8 à Heiligendamm*.

³⁸ BVerfGE 6 décembre 2013, 2 BvQ 55/13. Voir A. LE DIVELLEC, « Le processus de formation du gouvernement en Allemagne : la « constitution officieuse » et les limites de la rationalisation du parlementarisme », *JP Blog*, [En ligne] <http://blog.juspoliticum.com/2018/04/19/le-processus-de-formation-du-gouvernement-en-allemande-la-constitution-officieuse-et-les-limites-de-la-rationalisation-du-parlementarisme-par-armel-le-divellec/>.

(*Anspruch auf Einreise*) en Allemagne, et que ces derniers ne jouissent pas des droits fondamentaux dans l'exercice de leurs fonctions officielles³⁹.

III. PERSPECTIVES

La Cour, pour des raisons qui lui sont propres, n'a pas voulu donner le moindre élément sur le fond de l'affaire, la question reste donc ouverte. Il nous semble dangereux de vouloir, au nom du principe démocratique, étendre sans cesse la réserve à ce que chacun considère comme essentiel. En effet, ceci risquerait d'en faire une réserve générale de la loi. Une telle réserve générale est rejetée par la Cour qui y voit le danger d'un glissement vers un « monisme des pouvoirs »⁴⁰ (*Gewaltenmonismus*) et serait quoi qu'il en soit peu praticable. Bien sûr, le Bundestag est le seul à bénéficier d'une légitimité démocratique directe mais cela ne doit pas conduire à en faire un « organe constitutionnel supérieur » (*Über-Verfassungsorgan*)⁴¹ marginalisant les autres organes constitutionnels. Il est important que le gouvernement – qui lui aussi bénéficie d'une légitimité démocratique – puisse être en capacité de manier le « pouvoir immédiat » (J. S. Mill) dans des situations comme celle de 2015 sans avoir à solliciter le vote d'une loi. Cela n'empêche pas le Parlement d'avoir le dernier mot, en manifestant de manière formelle ou tacite sa position vis-à-vis de la politique gouvernementale.

Enfin, il est réducteur d'appréhender la participation démocratique sous le seul prisme de la réserve (ou de la loi ou bien du Parlement). Le parlement est le lieu où l'on délibère en public et où se confrontent les opinions. La fonction de représentation et de délibération du Bundestag ne nécessite pas obligatoirement la prise de décision, « la dialectique parlementaire au sein même du parlement » qui « mène à la formation d'une certaine attitude politique collective (*politische Gesamthaltung*) »⁴² important davantage. La Loi Fondamentale et le règlement intérieur du Bundestag offrent à l'opposition d'autres moyens que la réserve législative pour faire entendre sa position et discuter des questions qu'elle estime essentielles à la communauté. Tout d'abord, comme l'a rappelé à juste titre la Cour, le groupe parlementaire de l'AfD n'a pas été empêché d'exercer son droit d'initiative législative (art. 76 I LF). Il suffit également d'une demande d'un quart des membres du Bundestag pour mettre en place une commission d'enquête (art. 44 LF). L'opposition est libre de réclamer la présence de tout membre du gouvernement au Bundestag (article 43 I LF)⁴³. On peut également évoquer les

³⁹ BVerfG 10 mars 2017, 2 BvR 483/17, §3.

⁴⁰ BVerfGE 49, 89 (124), 8 août 1978, *Kalkar I*.

⁴¹ M. HONER, « Zurück zu den Wurzeln der Wesentlichkeitslehre! », *VerfBlog*, 2019/1/07, [en ligne] <https://doi.org/10.17176/20190211-223658-0>.

⁴² R. SMEND, « Verfassung und Verfassungsrecht (1928) », in *Staatrechtliche Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2^e ed, 1968, p. 154.

⁴³ En séance, d'après l'article 42 du règlement intérieur du Bundestag, la demande doit émaner de 5 % des députés, tandis qu'elle est individuelle dans le cadre des commissions (article 68 du règlement). Cependant, c'est la majorité qui décide *in fine* de faire citer le ministre ; il ne s'agit pas d'un droit de minorité. Voir, A. FOURMONT, *L'opposition parlementaire en droit constitutionnel allemand et français*, Thèse dactylographiée Paris II, 2016, p. 653 et s.

questions orales ou écrites que peut poser l'opposition au Gouvernement. Ces exemples – non exhaustifs – démontrent que l'absence de réserve législative n'empêche pas la délibération et la discussion des questions essentielles à la communauté dans l'enceinte parlementaire. Même dans l'hypothèse de l'existence de la réserve législative réclamée par l'AfD, il est peu probable que la configuration politique du Bundestag durant la crise migratoire de 2015 – 2016 ait donné lieu – du fait de l'absence de députés de l'AfD – à de très grandes controverses politiques. L'éventuelle loi n'aurait fait que confirmer la politique du gouvernement. Si la question devait se présenter aujourd'hui avec la même intensité qu'à l'époque, il est fort probable qu'un débat de fond aurait lieu au sein du Bundestag, même en l'absence de réserve législative⁴⁴.

* *
 *
 *

Cette décision nous rappelle que, même dans un pays comme l'Allemagne où l'emprise du juge constitutionnel sur le système démocratique est notoirement forte, toutes les questions constitutionnelles ne sont pas tranchées par le juge constitutionnel. La question de l'étendue de la réserve de la loi n'est pas et ne peut pas être clarifiée entièrement tant il est illusoire de déterminer son contenu de manière objective et rationnelle car, comme le rappelait en son temps Hermann Heller, « *ce qui appartient à la réserve de la loi (Vorbehalt des Gesetzes), les objets pris en charge par la législation, ne sont pas déterminés par la logique ou une formule théorique, mais par la tradition, le but recherché (Zweckmäßigkeit), le rapport de force politique (Machtlage) et la conscience juridique (Rechtsbewußtsein)* »⁴⁵. A n'en pas douter, le problème soulevé par l'AfD se posera à nouveau devant la Cour de Karlsruhe – Stefan Brandner ayant déclaré « vouloir continuer à tout mettre en œuvre pour rétablir complètement l'État de droit [sic !] »⁴⁶ – mais en attendant, le « changement de monde » annoncé en grande pompe n'a pas eu lieu.

⁴⁴ M. HONER, *loc. cit.*

⁴⁵ H. HELLER, «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung», *VDSiRL* 4 (1927) p. 121 : « Was zum Vorbehalt des Gesetzes gehört, welche Gegenstände die Gesetzgebung ergreift, das bestimmt nicht die Logik und nicht eine theoretische Formel, sondern Tradition, Zweckmäßigkeit, Machtlage und Rechtsbewußtsein. ».

⁴⁶ <https://www.afdbundestag.de/brandner-bundesverfassungsgericht-verweigert-inhaltliche-positionierung-und-entwertet-organklage/>.