



HAL
open science

Les limites de la démocratie défensive allemande face au populisme de l'AfD

Aurore Gaillet, Mattias Wendel, Aurélie Duffy-Meunier, Nicoletta Perlo

► **To cite this version:**

Aurore Gaillet, Mattias Wendel, Aurélie Duffy-Meunier, Nicoletta Perlo. Les limites de la démocratie défensive allemande face au populisme de l'AfD. Populisme et changements constitutionnels, DICE Éditions, pp.113-133, 2024, 9791097578213. hal-04548220

HAL Id: hal-04548220

<https://hal.science/hal-04548220>

Submitted on 17 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES LIMITES DE LA DÉMOCRATIE DÉFENSIVE ALLEMANDE FACE AU POPULISME DE L'AFD

Aurore GAILLET¹
Mattias WENDEL²

L'Allemagne n'a longtemps pas été au cœur des études consacrées au populisme : elle ne fait pas partie des premiers mouvements identifiés comme tels au XIX^e siècle³. Sont classiquement cités, à ce titre, des mouvements de gauche démocratique et égalitaire, reposant sur des bases paysannes, en Russie puis aux États-Unis, ainsi que le boulangisme français sous la III^e République. Elle n'est en outre évidemment pas concernée par les expériences d'Amérique latine qui s'épanouissent entre 1930 et 1960. Surtout, la République fédérale d'Allemagne, née sur les ruines du national-socialisme après 1945, a pu sembler un temps préservée de l'évolution observée dans de nombreuses démocraties européennes, marquées par l'audience croissante de personnalités politiques penchant vers l'extrême droite.

Programme politique essentiellement nationaliste, protectionniste, plébiscitaire, « illibéral »⁴ – et donc méfiant à l'égard de la représentation et des médiations –, voire autoritaire ; idéologie construite sur l'opposition entre le peuple et les élites, appuyée sur une pluralisation du discours de vérité : on ne cherchera pas ici à définir plus en avant la diversité des phénomènes associés au « populisme » dans son acception extensive contemporaine⁵. Notre propos tend davantage à nous interroger sur son importance en Allemagne, illustrant ce faisant les limites d'une démocratie qui s'est construite et affirmée, après-guerre, en associant différents attributs lui conférant une certaine spécificité : une démocratie combative/défensive, « par le droit » – notamment constitutionnel –, de consensus politique, confiant dans les mécanismes du parlementarisme – notamment des coalitions – et dans l'idéal habermassien de la démocratie délibérative. La République fédérale d'Allemagne n'est, en effet, nullement à l'abri des critiques pointant et exploitant les failles de la

1 Professeure, Université Toulouse Capitole, IRDEIC.

2 Professeur, Université de Leipzig.

3 O. DARD, C. BOUTIN, F. ROUVILLOIS, *Le dictionnaire des populismes*, Paris, Cerf, 2019.

4 F. ZACHARIA, « The rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs* 76, novembre-décembre 1997, p. 22-45 (et son ouvrage, trad. en fr. : *L'avenir de la liberté. La démocratie illibérale aux États-Unis et dans le monde*, Paris, Odile Jacob, 2003).

5 V. par ex. J.-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ? Définir enfin la menace*, Paris, Éd. Premier Parallèle, 2016 (trad. fr. de *Was ist Populismus. Ein Essay*, Berlin, Suhrkamp, 2016) ; P. ORY, *Peuple souverain. De la révolution populaire à la radicalité populiste*, Paris, Gallimard, 2017 ; P. ROSANVALLON, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Paris, Seuil, 2020.

démocratie libérale représentative⁶. Comment pourrait-il en aller autrement dès lors que l'idéal du pouvoir « du peuple, par le peuple et pour le peuple »⁷ s'éloigne d'autant plus que les difficultés de l'intégration sociale, accrues par l'hétérogénéité des sociétés, révèlent avec éclat « les promesses non tenues [de la démocratie], le fossé entre la participation promise de tous et sa pratique »⁸ ?

Dès la chute du mur de Berlin en 1989 (et la Réunification en 1990), certains mouvements et personnalités politiques prospèrent sur un discours structuré par l'opposition entre le peuple et les élites, alimentant spécialement un « populisme de l'Est »⁹. Le succès des partis proches de l'extrême-droite s'étend ensuite à l'ensemble du pays, qu'il s'agisse d'abord du parti néo-nazi national-démocrate d'Allemagne (NDP)¹⁰ ou, ensuite, du parti *Alternative für Deutschland* (AfD). Né en 2013 autour d'une orientation surtout nationaliste et eurosceptique¹¹, ce dernier s'est progressivement affirmé comme un parti anti-immigration, surtout à partir de ladite « crise migratoire » de 2015. Il est désormais régulièrement qualifié de parti raciste et d'extrême-droite¹². Depuis son entrée au Parlement allemand (*Bundestag*) en 2017, avec 12,64 % des voix et 94 sièges (sur 709 – 86 en fin de législature), c'est ce parti AfD qui concentre l'attention des études sur

6 F. DECKER (dir.), *Populismus – Gefahr für die Demokratie oder nützliches Korrektiv?* [*Le populisme: un danger pour la démocratie ou un correctif utile ?*], Berlin, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2004; F. DECKER, « Demokratischer Populismus und/oder populistische Demokratie? Bemerkungen zu einem schwierigen Verhältnis [Populisme démocratique et/ou démocratie populiste ? Remarques sur une relation difficile] », in F. WIELENGA, F. HARTLEB (dir.), *Populismus in der modernen Demokratie. Die Niederlande und Deutschland im Vergleich* [*Le populisme dans la démocratie moderne. Comparaison entre les Pays-Bas et l'Allemagne*], Münster, Waxmann, 2011, p. 39-54. H. VORLÄNDER, « Populismus und die repräsentative Demokratie [*Le populisme et la démocratie représentative*] », in A. CAVULDAK (dir.), *Die Grammatik der Demokratie. Das Staatsverständnis von Peter Graf Kielmansegg* [*La grammaire de la démocratie. La conception de l'État de Peter Graf Kielmansegg*], Baden-Baden, Nomos, 2019, p. 227-246. En Allemagne, le terme « Politikverdrossenheit » / « Politikmüdigkeit » qualifie bien l'idée de l'attitude négative que les citoyens peuvent nourrir à l'égard de l'État (K. ARZHEIMER, *Politikverdrossenheit: Bedeutung, Verwendung und empirische Relevanz eines politikwissenschaftlichen Begriffs* [*Désenchantement politique: signification, utilisation et pertinence empirique d'un concept de science politique*], Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2002). Pour une étude de la « crise de confiance » et du parlementarisme : F. MEINEL, *Vertrauensfrage. Zur Krise des heutigen Parlamentarismus* [*La question de confiance. La crise du parlementarisme contemporain*], Munich, Beck, 2019.

7 Y. MÉNY, Y. SUREL, « Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties », *Revue française de science politique*, 2001 (n° 1-2), p. 298-301.

8 U. VOLKMANN, « Die draußen bleiben. Elf Versuche über Demokratie und Populismus [*Ceux qui restent dehors. Onze essais sur la démocratie et le populisme*] », *FAZ*, 23 mars 2015, p. 8 (également in J. KLOSE, W. SCHMITZ (dir.), *Freiheit, Angst und Provokation* [*Liberté, peur et provocation*], Dresden, Thelem, 2016, p. 355 et s.).

9 Pour une étude récente : P. MANOW, « Populismus – in Ost und West [*Le populisme – à l'Est et à l'Ouest*] », *Deutschland Archiv*, 22 septembre 2021 (www.bpb.de/340579). Cette distinction est-ouest ne doit cependant pas être exagérée, ainsi que l'attestent, par exemple, les résultats obtenus par l'AfD lors des élections régionales de 2023 en Bavière (14,6 %) et Hesse (18,4 %).

10 En 2010, alors que ce parti est encore considéré comme le représentant le plus important de la droite extrême, un « important potentiel de positions d'extrême-droite » est déjà constaté. V. ici U. VOLKMANN, « Grundprobleme der staatlichen Bekämpfung des Rechtsextremismus [*Problèmes fondamentaux de la lutte étatique contre l'extrémisme de droite*] », *JZ*, 2010, p. 209 et s., not. n. 2 où est relevé que, dans différents sondages, quelque 10 % des citoyens considèrent régulièrement la dictature comme la meilleure forme d'État envisageable ; proportion qui atteint même les 25 % dans les *Länder* de l'Est.

11 Orientation qu'il a gardée : « Der Euro ist gescheitert [*L'euro a échoué*] » ; [https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2021/06/20210611_AfD_Programm_2021.pdf], p. 50 et s.

12 Classification du reste reprise à son compte par le Tribunal administratif de Cologne, dans un arrêt du 8 mars 2022, dans lequel le Tribunal a accepté la classification de l'AfD comme « cas suspect » (*Verdachtsfall*) d'extrême droite – autorisant ce faisant l'Office fédéral de protection de la Constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz* – service fédéral de renseignements) à surveiller le parti avec les moyens du renseignement intérieur. Pour cette question, cf. *infra* II.B. V. déjà : A. MICHEL, « AfD vs. Verfassungsschutz – la surveillance d'un parti par les services de renseignement », *JP Blog*, 1^{er} avril 2022.

le « populisme allemand »¹³ – tout en relevant l'instabilité de ses contours, parfois difficiles à identifier, en fonction des courants et querelles internes et des délimitations floues avec d'autres mouvances d'extrême droite¹⁴. Également représenté au Parlement européen, depuis 2014, et dans de nombreux parlements régionaux, le parti a préservé une représentation importante au *Bundestag* issu des élections législatives fédérales de 2021 (en dépit d'une légère régression : les 10,3 % exprimés en sa faveur se traduisent par 83 sièges [sur 736])¹⁵.

Pour étudier ce phénomène, notre étude s'articulera en deux temps. Il s'agira d'abord de resituer la question dans une perspective historique et théorique, afin de nous demander dans quelle mesure le système de représentation et de démocratie « défensive », construit en 1949, permet (encore ?) d'« armer » l'Allemagne contre un populisme prêt à s'attaquer à ses fondements (I). Il s'agira ensuite de s'interroger plus spécialement sur le jeu de l'AfD, en sa qualité de parti d'opposition, prompt à utiliser les ressorts du système constitutionnel en sa faveur (II). Au-delà de l'observation de certaines spécificités de l'ordre constitutionnel allemand, les analyses proposées tendront ce faisant à contribuer à une étude plus générale du populisme contemporain d'opposition, tel que visé par le présent colloque.

I. Le droit constitutionnel allemand et le populisme : mises en contexte

Si l'on s'en tient aux « fondements de l'ordre étatique » de la Constitution allemande (Loi fondamentale du 23 mai 1949 – ci-après LF), « La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social » (art. 20 al. 1 LF) et l'« ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social » (art. 28 al. 1 LF). S'ajoute la mention significative et itérative de « l'ordre fondamental libéral et démocratique » (*freiheitliche demokratische Grundordnung*), qu'il s'agit de « protéger » (art. 10 al. 2, art. 73 al. 10 LF), notamment contre les « danger[s] le menaçant » (art. 11 al. 2, art. 87a al. 4, art. 91 al. 1 LF), contre « quiconque » abuse de ses libertés pour le « combattre » (art. 18 LF), contre les associations « dont les buts ou les activités sont dirigés » contre lui (art. 9 al. 2 LF) ou encore contre les partis qui « tendent à [y] porter atteinte » ou « à le renverser » (art. 21 al. 2 et 3 LF).

13 Pour des exemples de références en français : T. HEESE (trad. I. TUCCI), « L'Allemagne entre *Willkommenskultur* et populisme de droite. Une société structurée par les migrations à la recherche d'un nouveau "savoir-faire" dans une période mouvementée », *Migrations Société*, 2016, vol. 166, n° 4, p. 77-93 ; M. WEINACHTER, « L'entrée de l'AfD au Bundestag, un choc et un défi », *Allemagne d'aujourd'hui*, 2017, vol. 222, n° 4, p. 167-176 ; G. HERMET, « Les tournants du populisme », in B. BADIE (dir.), *En quête d'alternatives. L'état du monde 2018*, Paris, La Découverte, 2017, p. 47-55. En allemand, v. par ex. les écrits de A. HÄUSLER (not. *Die Alternative für Deutschland. Programmatik, Entwicklung und politische Verortung [L'Alternative pour l'Allemagne. Programme, développement et positionnement politique]*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 2016 ; « Zerfall oder Etablierung? Die Alternative für Deutschland (AfD) als Partei des Rechtspopulismus [Désintégration ou installation? L'Alternative pour l'Allemagne (AfD) en tant que parti du populisme de droite] », *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft*, 2015, n° 63, p. 741-758). Pour une étude des raisons de la « montée de l'AfD » : P. MANOW, *Die politische Ökonomie des Populismus [L'économie politique du populisme]*, Berlin, Suhrkamp, 2018 (spéc. chap. 4).

14 V. à ce sujet : F. DECKER, « AfD, Pegida und die Verschiebung der parteipolitischen Mitte [AfD, Pegida et le déplacement du centre de la politique partisane] », *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2015, n° 65, p. 27-32.

15 Cette étude a été achevée en 2022. On notera simplement ici que, fin 2023, l'AfD était créditée de 21 à 23 % d'opinions favorables, dans les sondages menés en vue d'élections législatives de 2024.

Ce registre « combatif » ou « défensif » trouve une clé d'explication déterminante dans l'histoire allemande (A). Il reste à savoir, pour approcher les questions qui nous occupent ici, si ces décisions fondamentales de l'ordre constitutionnel allemand permettent, en pratique, de faire face à la montée du populisme, notamment lorsque celui-ci s'incarne dans un parti d'opposition, tel l'AfD, à l'audience non négligeable (B).

A. L'héritage historique : un ordre constitutionnel libéral et démocratique « armé »

La compréhension de l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de 1949 (2) prend tout son sens lorsque la Loi fondamentale est rapportée à l'histoire constitutionnelle et intellectuelle allemande (1).

1. Brefs rappels historiques

(a) **Du peuple au discours nazi.** Si l'on accepte, dans un premier temps, de ne pas s'arrêter au terme même de « populisme », qui n'est longtemps pas employé, il est possible d'identifier, dans l'histoire allemande, de nombreux éléments relevant d'une rhétorique proche de celle mobilisée par les discours populistes. Il est en effet fréquemment rappelé que les populismes ont en commun d'invoquer la substance du peuple, d'un peuple homogène, dont il serait possible d'incarner directement la volonté souveraine. Partant, le populisme est fondamentalement anti-pluraliste et hostile aux séparations et représentations libérales, lesquelles éloignent représentants et représentés. Et, précisément, la doctrine allemande ne manque pas de références aptes à être mobilisées à ce sujet. Tel est notamment le cas de la doctrine antipositiviste de Weimar (1919-1933)¹⁶, plus spécialement de la pensée décisionniste de Carl Schmitt. Sans qu'il soit nécessaire d'y insister ici, relevons simplement la place accordée, dans ses théories, à la démocratie dite identitaire, se prévalant de « l'identité de ceux qui dominent et de ceux qui sont dominés, de ceux qui gouvernent et de ceux qui sont gouvernés, de ceux qui commandent et de ceux qui obéissent »¹⁷. À l'opposé de l'approche positiviste, relativiste et formelle, défendue par Hans Kelsen¹⁸, cette pensée « concrète » et essentialiste s'épanouira dans l'idéologie de l'État total nazi. Le mot « *Volk* » (*peuple*), qui saturait déjà nombre discours de Weimar, spécialement

16 V. par ex. K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik – Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933* [La pensée antidémocratique dans la République de Weimar - Les idées politiques du nationalisme allemand entre 1918 et 1933], Munich, DTV, 3^e éd., 1992 [1^{re} éd., 1978]; C. GUSY (dir.) *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik* [La pensée démocratique dans la République de Weimar], Baden-Baden, Nomos, 2000.

17 C. SCHMITT, *Verfassungslehre* [Théorie de la Constitution], 1928 (ici 4^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1965, p. 234) (« Demokratie [...] ist Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden »). Ainsi que le relève O. JOUANJAN, « Justifier l'injustifiable », *Astéris* [En ligne], 4, 2006 : « L'identité démocratique découle d'un principe d'« égalité substantielle », qui suppose une « homogénéité » non moins « substantielle » ». Dans cette conception, « la représentation [est rejetée en ce qu'elle contient] la véritable antithèse du principe démocratique d'identité » (C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 366 et s. [préface : O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé »]), p. 356).

18 H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Économica, 1988; le même (M. JESTAEDT, O. LEPSIUS [dir.]), *Verteidigung der Demokratie* [Défense de la démocratie], Tübingen, Mohr Siebeck, 2006; O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010.

d'extrême-droite, est au cœur du « discours juridique nazi »¹⁹, et même de sa « novlangue », telle qu'analysée par le linguiste Victor Klemperer sous l'acronyme *LTI* (pour *Lingua Tertii Imperii* ou « langue du Troisième Reich »)²⁰.

(b) De Weimar à la théorisation de la « démocratie défensive ». Après l'effondrement de la terreur nazie, dans l'immédiat après-guerre, l'accent est largement mis sur les « erreurs de construction » de la Constitution de Weimar du 11 août 1919: le cours de l'histoire aurait-il pu être changé si celle-ci avait pu empêcher le glissement vers la dictature, qui s'annonçait dès 1930²¹? Répondre par l'affirmative conduirait sans doute à fonder trop d'espoir dans un seul texte. Les discussions à ce sujet n'en sont pas moins essentielles pour comprendre l'esprit qui orientera, en partie au moins, les constituants de 1948/1949. Dans leur volonté de trouver une forme de « légitimation du présent par rapport au passé »²², le recours à la notion de démocratie « militante » (*militant democracy*), élaborée en 1937 par le juriste et politologue émigré aux États-Unis²³ Karl Loewenstein (1891-1973)²⁴, présentera un intérêt évident. Les expressions « démocratie combative » (*streitbare Demokratie*) ou « démocratie défensive/apte à se défendre » (*wehrhafte Demokratie*) renvoient à la même problématique – la seconde traduisant peut-être mieux l'idée d'une démocratie munie de ressources à même de la protéger contre l'hostilité d'« ennemis » cherchant à lui nuire. Il y avait en tout cas matière à alimenter la doctrine qui préparait déjà l'après-Weimar et l'après-III^e Reich, quitte à se dissocier du libéralisme classique, fondé sur la distinction entre l'État et la société.

19 Pour l'étude des bouleversements des perspectives juridiques tendant à « rabattre la sémantique de la représentation dans celle de l'incarnation (*Verkörperung*) », de « l'opposition radicale et politique à toute pensée séparatrice » (not. entre représentants et représentés) ou encore de la « communauté fusionnelle [formée par] le chef et sa trustee (*Gefolgschaft*) », v. les écrits d'O. JOUANJAN, en part. *Justifier l'injustifiable, l'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF (Léviathan), 2017.

20 V. KLEMPERER, *Lingua Tertii Imperii (LTI)*, 12^e éd., Leipzig, Reclam, 1993 (1^{re} éd. parue en 1947).

21 F. K. FROMME, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz. Die verfassungspolitischen Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und nationalsozialistischer Diktatur [De la Constitution de Weimar à la Loi fondamentale de Bonn. Les conséquences constitutionnelles tirées du Conseil parlementaire de la République de Weimar et de la dictature nationale-socialiste]*, Berlin, Duncker & Humblot, 1960, 3^e éd., 1999; I. KERSHAW, *Weimar – Why did German Democracy Fail?*, Londres, S. MARTIN'S Press, 1990; G. ROELLECKE, « Konstruktionsfehler der Weimarer Verfassung [Erreurs de construction de la Constitution de Weimar] », *Der Staat*, 1996, n° 35, p. 599 et s.; S. ULRICH, *Der Weimar-Komplex. Das Scheitern der ersten deutschen Demokratie und die politische Kultur der frühen Bundesrepublik 1945-1959 [Le complexe Weimar. L'échec de la première démocratie allemande et la culture politique des débuts de la République fédérale d'Allemagne 1945-1959]*, Göttingen, Wallstein, 2009.

22 C. GUSY, « «Vergangenheitsrechtsprechung»: Die Weimarer Reichsverfassung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts [“Jurisprudence relative au passé”: la Constitution du Reich de Weimar dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande] », *ZNR*, 2004, p. 62-83, en part. p. 82-83.

23 A. SIMARD, « La raison d'État constitutionnelle: Weimar et la défense de la démocratie chez les juristes allemands émigrés », *Revue canadienne de science politique*, 2012, n° 45, p. 163-184.

24 K. LOEWENSTEIN, « Militant democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review*, 1937, n° 31, p. 417-433 et p. 638-650; le même, « Legislative Control of Political Extremism in European Democracies », *Columbia Law Review*, 1938, n° 38/4, p. 591 et s. (I), p. 725 et s. (II). Mises en perspective: E. JESSEN, *Streitbare Demokratie [Démocratie combative]*, Berlin, Colloquium, 1980; E. DENNINGER, « «Streitbare Demokratie» und Schutz der Verfassung [Démocratie combative et protection de la Constitution] » (§ 16), in E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.-J. VOGEL (dir.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland [Manuel de droit constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne]*, Berlin/New-York, De Gruyter, 2^e éd., 1995, p. 675-718; M. THIEL (dir.), *Wehrhafte Demokratie [Démocratie défensive]*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003; O. PFERSMANN, « Shaping Democracy », in A. SAJÓ (dir.), *Militant Democracy*, Utrecht, Eleven, 2004, p. 47-60; A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la « démocratie militante » en RFA », *JP*, 2008, n° 1.

2. La Loi fondamentale de 1949, un contre-projet

« Bonn » ne serait donc pas « Weimar »²⁵ : le titre de l'ouvrage de l'auteur suisse Fritz René Allemann (1910-1996) reste invariablement cité lorsqu'il s'agit de caractériser l'esprit du temps qui règne après-guerre. Cette idée forte trouve un écho dans les discussions constituintes²⁶ comme, quelques années plus tard, dans la première jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale²⁷.

Se tournant résolument vers un nouveau constitutionnalisme du xx^e siècle, la Loi fondamentale de 1949 adopte une conception plurielle de la société et des droits fondamentaux, et pose les bases d'un système de gouvernement représentatif²⁸ et parlementaire. À ce dernier titre, l'expression « État des partis » (*Parteienstaat*), souvent associée à Gerhard Leibholz, l'un des premiers juges constitutionnels de Karlsruhe (1951-1971)²⁹ concrétise le choix constituant d'associer les partis politiques « à la formation de la volonté politique du peuple » (art. 21 al. 1 LF)³⁰. Ce choix est important pour notre thématique : d'une part, les partis sont envisagés comme des partis potentiellement « de gouvernement » (*regierungsfähig*), aptes à former des coalitions et, le cas échéant, à s'organiser en opposition « constructive ». D'autre part, cela ne vaut que pour les partis dont l'« organisation interne [est] conforme aux principes démocratiques » (art. 21 al. 1 phrase 3 LF). À l'inverse, d'autre part, ceux « qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs sympathisants, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne sont inconstitutionnels » (art. 21 al. 2 et s. LF). On retrouve ici une disposition mentionnée plus haut et déjà identifiée comme étant au cœur de la démocratie « militante » allemande. Comme pour la possible déchéance des droits fondamentaux (art. 18 LF), la Cour constitutionnelle fédérale est conçue comme un acteur central de cette nouvelle démocratie « par le droit »³¹. Outre son rôle de gardienne du « noyau dur » de la constitution matérielle (« clause d'éternité » de l'art. 79 al. 3 LF)³², il lui revient en effet de se prononcer sur la constitutionnalité des partis comme sur la déchéance des droits fondamentaux.

25 F. R. ALLEMANN, *Bonn ist nicht Weimar*, Cologne, Kiepenheuer und Witsch, 1956 (rééd., Francfort/M., Fischer, 2000).

26 W. BENZ, « Die Rolle Weimars in der Verfassungsdiskussion und im Parlamentarischen Rat [*Le rôle de Weimar dans le débat sur la Constitution et au sein du Conseil parlementaire*] », in C. GUSY (dir.), *Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945 [Les longues traces de Weimar – “Weimar” comme argument après 1945]*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 199-214.

27 V. not. BVerfGE 5, 85 [138] – *KPD-Verbot* (arrêt du 17 août 1956).

28 E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation : pour une critique du débat contemporain » (1983), in le même, *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*, Textes réunis, traduits et présentés par O. JOUANJAN, Paris, LGDJ, 2000, p. 294-316 – texte également en ligne in *Trivium*, n° 16, 2014.

29 A.-B. KAISER (dir.), *Der Parteienstaat. Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz [L'État des partis politiques. La conception de l'État selon Gerhard Leibholz]*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

30 Dès son arrêt du 5 avril 1952, la Cour constitutionnelle fédérale identifie elle-même les partis comme « parties intégrantes de la structure constitutionnelle et de la vie politique organisée par le droit constitutionnel », BVerfGE 1, 208 [225] – *7,5% Sperrklausel*.

31 Pour ces différentes questions relatives au droit constitutionnel allemand de 1945 à 1961 : A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021.

32 Art. 79 al. 3 LF : « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». On peut du reste considérer qu'il y a là les fondements axiologiques de la démocratie militante allemande.

L'édifice est réussi et la durée sans précédent de la Constitution (elle a fêté ses 70 ans en 2019) atteste cette « réussite »³³. Pour autant, on sait que les barrières du texte constitutionnel ne peuvent pas réellement résister en cas de majorité suffisante pour le renverser, le modifier, voire seulement l'interpréter et l'instrumentaliser en sa faveur. La place acquise par le populisme dans l'Allemagne du XXI^e siècle engage à tout le moins à réinterroger la force de son édifice constitutionnel libéral et démocratique.

B. Les risques du présent : un ordre constitutionnel libéral et démocratique intrinsèquement fragile ?

Lorsque, dans son *dictum* le plus célèbre, Ernst-Wolfgang Böckenförde souligne le « dilemme » de « l'État libéral sécularisé », qui tient à ce qu'il « vit sur le fondement de présupposés qu'il ne peut lui-même garantir »³⁴, le grand juriste et juge constitutionnel (1930-2019) révèle le problème fondamental de tous les États modernes démocratiques et libéraux. Mais l'on peut en trouver un écho spécifique dans la difficulté à trouver un équilibre dans la lutte contre les partis et mouvements extrémistes, auxquels peuvent être rattachés ceux aujourd'hui identifiés comme « populistes ».

Appréhender les défis que le populisme d'extrême-droite pose au système constitutionnel allemand suppose de procéder à des analyses différenciées, en fonction des instruments juridiques disponibles, de leur pertinence comme de leurs limites, et de l'usage qui en est fait par les acteurs politiques. Deux types de limites ou de risques peuvent être esquissés : ceux qui concernent les armes classiquement associées à la démocratie défensive allemande (1) et ceux liés au choix libéral du pluralisme politique et des libertés y afférentes (2).

1. Les limites des armes de la démocratie défensive

Notons au préalable que la déchéance des droits fondamentaux (art. 18 LF précité) s'est révélée pleinement inefficace³⁵. Si la procédure d'interdiction des associations (art. 9 al. 2 LF) est, au contraire, souvent mise en œuvre, ses effets sur le long terme demeurent peu documentés³⁶. Quant à la procédure d'interdiction des partis, elle est désormais largement considérée comme dépassée.

33 V. le titre de l'ouvrage paru à l'occasion de ses soixante ans : C. HILLGRUBER, C. WALDHOFF (dir.), *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung ? [60 ans de la Loi fondamentale de Bonn – une constitution réussie ?]*, Bonn, V&R Unipress, 2010.

34 E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », in le même (dir.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, *op. cit.*, (n. 28), p. 101-118, en part. p. 117.

35 Seules trois procédures ont été initiées depuis 1949 (BVerfGE 11, 282 (1960) ; BVerfGE 38, 23 (1974), BVerfG 2 BvA 1/92 und 2/92 (1996)) ; toutes ont été rejetées, la dernière même sans motivation.

36 V. ici U. VOLKMANN, « Grundprobleme der staatlichen Bekämpfung des Rechtsextremismus [Problèmes fondamentaux de la lutte étatique contre l'extrémisme de droite] », *op. cit.* (n. 7) p. 210 et s.

Dès 1952 et 1956, les arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale interdisant le parti néo-nazi *SRP* et le parti communiste *KPD* « furent des premières de l'histoire du droit et de l'histoire constitutionnelle, tout en constituant d'emblée des cas limites pour la justice constitutionnelle »³⁷. Dans ces années 1950, la Cour peut cependant encore s'inscrire dans une présentation manichéenne de la démocratie défensive, articulée, d'un côté, autour de l'intégration des partis représentatifs, jouant le jeu de la démocratie représentative et de l'« État des partis » et, de l'autre côté, de l'interdiction des partis jugés dangereux pour l'ordre libéral et démocratique.

Les procédures récentes visant le parti d'extrême droite *NDP* ont, à l'inverse, marqué un tournant : la première étape a buté, en 2003, sur des impasses procédurales³⁸ ; la seconde s'est conclue, en 2017, sur un rejet de la demande d'interdiction³⁹. Dans son arrêt du 17 janvier 2017, si la Cour reconnaît que le parti aspire bien « d'après ses objectifs et le comportement de ses partisans, à l'élimination de l'ordre fondamental libéral et démocratique », elle relève toutefois qu'« il manque d'éléments concrets de poids rendant au moins possible l'aboutissement » de ces objectifs. Elle indique en outre que la procédure d'interdiction des partis de l'art. 21 al. 2 LF est « l'arme la plus redoutable de l'État de droit démocratique contre ses ennemis organisés, [mais qu'il s'agit aussi d'une arme] à double tranchant ». Partant, les juges de Karlsruhe, désormais également attentifs à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰, choisissent de ne plus s'arrêter à la dimension préventive retenue dans les années 1950⁴¹ : une interdiction supposerait donc des « éléments concrets de poids ».

Une nouvelle procédure d'interdiction des financements publics a depuis lors été inscrite dans la Loi fondamentale⁴² – présentée de longue date comme un complément plus efficace et répondant

37 R. WAHL, « Das Bundesverfassungsgericht der Gründungsphase. Entwicklungsgeschichte der Institution und der Rechtsprechung [La Cour constitutionnelle fédérale de la phase de fondation. L'histoire du développement de l'institution et de la jurisprudence] », in F. MEINEL (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 27-61, en part. p. 52. Sur l'analyse et le contexte de ces deux arrêts (BVerfGE 2, 1 – *SRP-Verbot* (arrêt du 23 octobre 1952) ; BVerfGE 5, 85 – *KPD-Verbot* (arrêt du 17 août 1956) : A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande, op. cit.* (n. 29), p. 374.

38 BVerfGE 107, 339 – *NPD-Verbotsverfahren* (arrêt du 18 mars 2003). L'une des clés de compréhension du rejet de la procédure en 2003 tient au rôle des « informateurs » (*V-Personen*, personnes de confiance ou intermédiaires) employés par l'Office de protection de la Constitution (service de renseignement chargé de surveiller les activités contraires à la Loi fondamentale [cf. *infra* II.B.]) et « infiltrés » jusque dans les instances de direction du parti. Se prévalant d'impératifs de sécurité et de la protection des sources, l'Office, en accord avec le ministère de l'Intérieur, avait refusé de citer les indicateurs concernés comme témoins de la procédure. Or, cela conduisait à rendre impossible la distinction entre les membres du parti et les agents de l'État. Pour trois juges de la deuxième chambre de la Cour (Senat de huit juges), en charge du recours, l'atteinte aux exigences d'une « procédure conforme à l'État de droit » ainsi constituée représentait un obstacle procédural insurmontable. Le NPD, qui avait demandé de mettre fin à la procédure, obtint ainsi gain de cause, dès lors que la majorité des deux tiers, requise pour les requêtes en interdiction des partis politiques (§ 15 al. 4 phrase 1 BVerfGG) n'avait, ce faisant, pas été atteinte.

39 BVerfGE 144, 20 – *NPD-Verbotsverfahren* (arrêt du 17 janvier 2017).

40 Notamment son arrêt du 13 février 2003, 41340/98 – *Refah Partisi*.

41 *Ibid.*, resp. consid. de principe 9 a), c) et consid. de principe 1.

42 Rédactions issues de la révision constitutionnelle du 13 juillet 2017 : art. 21 al. 3 LF : « Les partis qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs sympathisants, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont exclus de financements publics. Si l'exclusion est établie, l'avantage fiscal de ces partis et les dons dont ils bénéficient disparaissent » ; Art. 21 al. 4 LF : « La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'inconstitutionnalité d'après l'alinéa 2 ainsi que sur l'exclusion de financements étatiques ». V. à ce sujet : R. NIKKHO, *Der Ausschluss aus der staatlichen Parteienfinanzierung. Legalität, Legitimität und Folgen* [L'exclusion du financement public des partis politiques. Légalité, légitimité et conséquences], Baden-Baden, Nomos, 2021.

à l'invite de la Cour constitutionnelle en ce sens. Les limites de la procédure d'interdiction des partis ayant été ainsi mises au jour à l'occasion des procédures visant le NPD, bien rares sont désormais ceux qui songent à leur application à l'AfD⁴³.

2. Les limites du droit pour appréhender l'usage abusif des libertés politiques

Avant de prolonger notre réflexion par des exemples actuels et concrets (partie II), il convient d'insister sur la problématique qui guidera ceux-ci.

Relevons en premier lieu un paradoxe, peut-être seulement apparent, mais non moins révélateur des contradictions sur lesquelles bute fréquemment le droit face au populisme et, de manière générale, face aux positions extrémistes. D'un côté, la rhétorique populiste tend à alimenter une « guerre culturelle »⁴⁴, rejetant les conceptions ouvertes et universalistes⁴⁵. Les représentations du peuple et du fondement ethnique de la nation défendues par l'AfD allemande en sont des exemples caractéristiques⁴⁶. D'un autre côté, cela ne l'empêche nullement d'instrumentaliser les possibilités offertes par les démocraties ouvertes. Or, précisément, l'ordre libéral et démocratique de la Loi fondamentale de 1949 repose, on l'a dit, sur une conception plurielle de la société : s'il n'est pas « neutre » au vu de son choix fondamental en faveur d'une identité constitutionnelle, notamment associée à la garantie des droits et libertés, cet ordre ne tend pas moins à garantir les libertés politiques, y compris « aux ennemis de la liberté, en se fiant à la force du libre débat public »⁴⁷. Kelsen ne disait pas autre chose : si la démocratie veut « rester fidèle à elle-même, elle doit aussi tolérer un mouvement visant à [la] détruire, elle doit lui accorder la même possibilité de développement qu'à toute autre conviction politique »⁴⁸.

La place centrale de la question des limites de la liberté d'expression dans le débat public apparaît ici aisément. Sans la développer plus en avant, on insistera simplement sur le fait que, au vu des multiples dimensions du sujet, les solutions apportées sont nécessairement différenciées. Elles mobilisent différentes branches du droit, au-delà du seul droit constitutionnel. Le recours au droit pénal pour poser certaines limites à la liberté d'expression et de manifestation en est un bon exemple, ainsi que l'illustrent les révisions successives du § 130 du Code pénal allemand (*StGB*),

43 Une remarque s'impose cependant à la relecture de cet article fin 2023 : au vu de l'audience croissante de l'AfD, les articles de doctrine s'interrogeant à nouveaux frais sur cette possibilité se multiplient à nouveau. V. par ex. G. LÜBBE-Wolff, *Verfassungsblog*, 13.10.2023 : [<https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/>].

44 V. ici l'analyse de J. RUPNIK, « The Crisis of Liberalism », *Journal of Democracy*, juillet 2018, vol. 29, p. 24-38.

45 L. BURGORGUE-LARSEN, « Le basculement de l'Histoire ? Les attaques contre l'universalisme des droits de l'homme. », *RDLF*, 2021, chron. n° 06 – en ligne.

46 On se reportera notamment aux différents programmes et positions du parti sur le « peuple », l'identité et l'« unité culturelle ». V. par ex. les programmes de 2016 (https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2018/01/Programm_AfD_Online-PDF_150616.pdf, not. p. 47, pour la « culture, l'identité et la langue ») et de 2021 (https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2021/06/20210611_AfD_Programm_2021.pdf, p. 12 et s. pour le « peuple ») ou encore la *Déclaration sur le peuple national allemand et l'identité allemande* du 18 janvier 2021 (<https://www.afd.de/staatsvolk/>).

47 BverfGE 124, 300 [330], *Rudolf Heß Gedenkfeier* (décision du 4 novembre 2009), aussi connue sous le nom de *Wunsiedel*.

48 H. KELSEN, *Verteidigung der Demokratie [Défense de la démocratie]*, 1932, ici cité in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS (dir.), *op. cit.* (n. 17), p. 237.

relatif à « l'incitation à la haine » (*Volksverhetzung*)⁴⁹. Plus encore, « la lutte contre l'extrémisme » dépasse le champ juridique, et se situe « dans un difficile exercice d'équilibre » intégrant « des considérations d'opportunité », mais aussi des moyens informels, indirects et préventifs⁵⁰.

Ces considérations dépassent néanmoins la question du populisme. Si l'on recentre l'analyse sur l'AfD, une étude juridique plus fine invite à se concentrer sur le contentieux né de ses positions et actions : un contentieux dont l'abondance et les diverses dimensions confirment l'ambivalence du jeu institutionnel de l'AfD. D'une part, conformément aux tendances de fond des mouvements considérés comme populistes, le parti ne manque pas d'exprimer sa méfiance à l'égard des limites libérales de l'État de droit et du formalisme juridique. Il n'est pas anodin de relever à cet égard que, même la Cour constitutionnelle fédérale, « cour citoyenne » souvent considérée comme l'institution préférée des Allemands, fait l'objet d'une défiance, certes encore faible mais perceptible, notamment à l'est de l'Allemagne où l'AfD connaît, on l'a dit, l'audience la plus forte⁵¹. D'autre part, le parti a perçu l'intérêt de l'instrumentalisation du droit et des procédures contentieuses. Cette attitude peut sans doute être étudiée de concert avec les positions « normalisatrices » d'un parti⁵², revendiquant expressément son inscription dans le cadre de « l'ordre fondamental libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale »⁵³. Ce dernier offre, en toute hypothèse, une palette particulièrement fournie de procédures contentieuses, aptes à être mobilisées, tant par « quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux » ou assimilés (art. 93 al. 1 4a LF), que par toute « partie investie de droits propres », à l'occasion de litiges entre organes constitutionnels (art. 93 al. 1 1 LF). Le regard comparé franco-allemand est ici instructif : si certaines tendances relevées autour de l'AfD ne sont pas sans rappeler l'attitude des partis extrêmes français, notamment du Rassemblement national, le contentieux constitutionnel français ne leur fournit en revanche pas les

49 V. ainsi l'alinéa 3, ajouté en 1994 et interdisant la négation de l'Holocauste, puis l'alinéa 4, ajouté en 2005 afin de punir pénalement « celui qui, en public ou dans une assemblée, approuve, honore ou justifie le règne nazi de l'arbitraire et de la violence de manière à troubler la paix publique ou à porter atteinte à la dignité des victimes ». On notera que, dans sa décision *Wunsiedel* de 2009 (précitée, n. 45), la Cour constitutionnelle fédérale admet la constitutionnalité de cette disposition en y reconnaissant une « exception » (*Ausnahme*) à l'exigence de neutralité envers les opinions, exigence par ailleurs consacrée dans cette même décision comme étant « immanente » (*immanent*) à l'article 5 LF (liberté d'opinion). (BVerfGE 124, 300, consid. de principe 1 et pts. 327 et s.). V. à ce sujet : T. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », *Jus Politicum*, 2017, n° 17. On pourra également se reporter, de manière plus générale, à son important livre sur : *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Paris, Pedone, 2012. V. aussi U. KISCHEL, « La liberté d'opinion au défi du néonazisme. La culture juridique allemande évolue », *RFDC*, 2012, n° 89, p. 74 et s. ; U. VOLKMANN, « Grundprobleme der staatlichen Bekämpfung des Rechtsextremismus », *op. cit.* (n. 10), p. 213 et s.

50 U. VOLKMANN, *Ibid.*, resp. p. 210 et 215 et s.

51 V. l'étude publiée dès 1998 : U. R. HALTERN, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus* [Justice constitutionnelle, démocratie et méfiance : la Cour constitutionnelle fédérale – Théorie constitutionnelle entre populisme et progressisme], Berlin, Duncker & Humblot, 1998. Pour une étude particulièrement significative pour notre propos, on pourra se reporter à celle publiée en 2020 (données recueillies par l'institut de sondages Forsa à la demande du groupe de médias RTL), et selon laquelle (entre autres) la Cour constitutionnelle fédérale recueille 36 % d'opinions favorables auprès des sympathisants AfD) contre 85 % dans la population allemande en général, [<https://www.politik-kommunikation.de/politik/welchen-institutionen-die-deutschen-vertrauen/>], [<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/814334/umfrage/vertrauen-in-die-institutionen-in-deutschland/>].

52 V., dans ce sens, son slogan de 2021 : « Deutschland. Aber normal [Allemagne. Mais normal] ».

53 « Die AfD bejaht die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes », *Grundsatzbeschluss Bundesvorstand zur freiheitlichen-demokratischen Grundordnung* [Décision de principe du comité directeur fédéral concernant l'ordre fondamental libéral et démocratique], Kalkar, 27.11.2020.

mêmes potentialités. Étrangers au droit français, le recours individuel en protection des droits fondamentaux (*Verfassungsbeschwerde*) et le recours entre organes (*Organstreitigkeit*) précités (art. 93 al. 1 4a LF et 93 al. 1 1 LF) sont particulièrement intéressants pour les partis politiques allemands, y compris pour ceux qui défendent des positions extrêmes et populistes. Le premier, prévu par le droit constitutionnel fédéral comme par la plupart des ordres fédérés, permet notamment aux partis de se prévaloir de leurs droits à l'égalité des chances⁵⁴ – si elle est souvent invoquée, la liberté d'expression l'est en revanche avec moins de succès⁵⁵. Le second est en outre à la disposition de toute partie à un litige constitutionnel, opposant « requérant » (*Antragsteller*) et « partie adverse » (*Antragsgegner*) (§ 63 BVerfGG) et peut en conséquence être utilisé tant par les députés individuels, que par les groupes parlementaires et les partis politiques⁵⁶.

Reste donc à observer l'usage qui a pu et peut en être fait, afin de saisir au plus près le jeu du populisme et sa portée pour l'évolution de la démocratie allemande.

II. La mobilisation du droit constitutionnel allemand par le populisme d'opposition : mises en pratique

Dans quelle mesure l'AfD, en sa qualité de parti d'opposition, utilise-t-il les ressorts du système constitutionnel en sa faveur ? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner les conflits occasionnés par le populisme d'opposition de l'AfD, spécialement ceux qui ressortissent au contentieux constitutionnel. S'il n'est pas nouveau, le phénomène est croissant : la présence de l'AfD dans les parlements, au niveau fédéral comme régional, conduit à la fois à des conflits constitutionnels au sein des parlements (A) et à une multitude de litiges avec d'autres organes (constitutionnels), qui sont tranchés par les tribunaux (B).

A. Le populisme d'opposition de l'AfD dans le parlementarisme allemand

Lorsqu'un parti dit populiste accède à l'opposition parlementaire, se cantonne-t-il à une logique d'interpellation tribunitienne ou intègre-t-il une forme de logique de gouvernement ? La présence de l'AfD dans le paysage politique allemand a entraîné un changement manifeste du climat politique et de la pratique parlementaire. Pour le comprendre, on peut s'interroger sur l'image politique que l'AfD veut donner de lui-même au Parlement (1), avant de mettre en évidence les changements concrets et les conflits constitutionnels s'ensuivant dans la pratique parlementaire (2).

54 V. les arrêts fondateurs en ce sens, dès les années 1950 : BVerfGE 3, 838 – *Gesamtdeutscher Block* (arrêt du 3 juin 1954); BVerfGE 6, 273 – *Gesamtdeutsche Volkspartei* (décision du 21 février 1957); BVerfGE 7, 99 – *Sendezeit I* (décision du 3 septembre 1957).

55 Pour des exemples de jurisprudence constitutionnelle des *Länder*: VerfGHBW, 1 GR 1/19, 1 GR 2/19 (arrêt du 2 juillet 2019): la Cour a jugé qu'un député ne peut pas invoquer la liberté d'expression dans un contentieux dirigé contre une mesure de la présidente pour maintenir l'ordre; SächsVerfGH, Vf. 121-II-20 (décision du 24 mars 2021): le groupe parlementaire a invoqué la liberté d'expression pour critiquer le financement des fondations et groupes politiques de jeunesse par l'argent public. La requête contre la loi de finances a été déclarée irrecevable sans parler de la liberté d'expression.

56 V. la présentation historique et l'interprétation des « litiges constitutionnels » développée par la Cour dès son arrêt BVerfGE 2, 143 [151 et s.] – *EVG-Vertrag* (arrêt du 7 mars 1953). Le contexte général de l'arrêt est du reste particulièrement intéressant, illustrant l'intérêt de l'*Organstreit* dans un conflit politique, mais aussi ses limites face à de potentielles tentatives d'instrumentalisation de la Cour. V. à ce sujet, A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, op. cit. (n. 28, p. 313 et s.).

1. Deux orientations

L'AfD est composé de différents courants et groupes⁵⁷. Dans une perspective de science politique, l'antagonisme entre l'aile nationale-conservatrice (*nationalkonservativ*), d'un côté, et l'aile nationaliste populaire (*völkisch-nationalistisch*), de l'autre côté, est certainement une caractéristique significative⁵⁸. Cette « bipolarité »⁵⁹ a entraîné des conflits croissants au cours des dernières années. Ceux-ci ne concernent pas seulement les relations externes de l'AfD avec d'autres acteurs et partis : ils engagent également directement la lutte interne au sein du parti, dans la définition de sa propre identité⁶⁰. Cela contribue à compliquer l'identification de l'AfD en tant que force politique parlementaire.

Dans une perspective de science politique, on peut distinguer au moins deux approches à cet égard, que l'on peut respectivement qualifier de parlementaire et de « mouvement »⁶¹. Au sein du *Bundestag*, soit au niveau fédéral, on trouve des représentants des deux tendances, même si les démarcations ne sont pas tranchées⁶².

a. L'approche parlementaire

Certains membres de l'AfD suivent une approche parlementaire : ils considèrent principalement leur parti comme un parti parlementaire et aspirent dès lors à occuper durablement une place à droite du parti conservateur classique, la CDU/CSU⁶³. En termes de perspectives, il s'agit donc bien de développer un potentiel de coalition et d'ouvrir ce faisant une future option de gouvernement⁶⁴. Les partisans de cette approche plaident pour une participation au travail parlementaire, par exemple en déposant des motions, en posant des questions parlementaires (notamment lesdites *kleine Anfragen*) et en s'investissant dans les commissions⁶⁵. Une évaluation du comportement de vote pour la période entre mai 2018 et juin 2019 a même révélé que le groupe parlementaire de l'AfD au *Bundestag* était celui qui approuvait le plus souvent les propositions de tous les autres groupes représentés (et donc des « anciens partis »), revendiquant un « pragmatisme parlementaire »⁶⁶. Cette attitude,

57 V. déjà *supra* n. 12.

58 V. O. NIEDERMAYER, « Die AfD in den Parlamenten der Länder, des Bundes und der EU. Bipolarität im Selbstverständnis und im Verhalten [L'AfD dans les parlements des Länder, de l'État fédéral et de l'UE. Bipolarité dans la compréhension de soi et dans le comportement] », *ZParl*, 2019, vol. 49, p. 896 et s., 901, en ce qui concerne les notions, en partie en référence à R. STÖSS, *Gewerkschaften und Rechtsextremismus in Europa [Les syndicats et l'extrémisme de droite en Europe]*, 2017, p. 14 et s.

59 Pour la notion de bipolarité v. W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL, « Die AfD in den Landtagen: Bipolarität als Struktur und Strategie [L'AfD dans les parlements régionaux: la bipolarité comme structure et stratégie] », *ZParl*, 2018, vol. 49, p. 91 et s. et O. NIEDERMAYER (n. 54), p. 903.

60 O. NIEDERMAYER (n. 56), p. 901.

61 V. en détail W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL « Parlamentarische Praxis der AfD in deutschen Landesparlamenten [Pratique parlementaire de l'AfD dans les parlements régionaux allemands] », *WZB Discussion Paper*, SP V 2017-102, juin 2017, p. 43 et s., en part. p. 96 et s.

62 O. NIEDERMAYER (n. 56), p. 907 et s., 904.

63 W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL (n. 59), p. 96.

64 *Ibid.*

65 A.-S. HEINZE, « Zum schwierigen Umgang mit der AfD in den Parlamenten [À propos de la difficile gestion de l'AfD au Parlement] », *ZPol*, 2021, vol. 31, p. 133 et s., 138; O. NIEDERMAYER (n. 56), p. 896 et s., 904.

66 T. GIESBERS, U. PETERS, Abstimmungsverhalten der AfD im Bundestag [Comportement de vote de l'AfD au Bundestag], *étude commandée par la Fondation Rosa Luxemburg*, 2^e éd., 2020, p. 7.

qui n'est pas sans rappeler celle constatée par les observateurs français pour certaines positions du Rassemblement national, va sans doute à l'encontre de l'affirmation d'une identité propre, qui se démarquerait par une opposition fondamentale ou par la définition d'une « véritable alternative ». Mais elle peut être utile stratégiquement, surtout si elle est combinée à une rhétorique agressive dirigée contre le gouvernement fédéral et *l'establishment* politique⁶⁷.

b. *L'approche de « mouvement »*

Une autre aile principale de l'AfD cultive en revanche l'image d'un mouvement politique⁶⁸. Sans surprise, cette position s'avère particulièrement forte pour mobiliser un grand nombre d'adhérents et de militants du parti⁶⁹. Il s'agit en premier lieu d'influencer la compétition entre les partis, en jouant sur le registre du scandale, sur le potentiel de l'obstruction et du déplacement du spectre de l'opinion. Les partisans de cette approche adoptent ainsi délibérément un comportement grossier et agressif au *Bundestag* et se singularisent par des interjections et des rires moqueurs⁷⁰, ce qui conduit en retour à un nombre accru de rappels à l'ordre⁷¹. Les provocations délibérées sont fréquentes, comme ce fut le cas, par exemple, en novembre 2020, lorsque des invités de députés de l'AfD ont harcelé d'autres députés et tenté de s'introduire dans des bureaux parlementaires⁷². L'AfD utilise en outre ses propres canaux de communication (blogs, AfD-TV, Telegram etc.), afin de se mettre en scène et d'insister sur sa qualité revendiquée de « vrais » représentants du peuple, face aux prétendus « anciens » partis⁷³.

Dans le cadre de la pandémie de Covid-19, outre une attitude hostile à la vaccination – question qui n'a pas manqué de devenir un sujet politique intraparlamentaire pour une partie de l'AfD –, les membres du groupe parlementaire ont également enfreint, à plusieurs reprises, les règles de protection introduites par le *Bundestag*⁷⁴. S'en est suivie, pour ceux qui refusaient de respecter les règles internes, l'obligation de participer aux débats parlementaires depuis une partie séparée de la tribune des spectateurs au *Bundestag*. Sans surprise, l'AfD a dénoncé un « nouveau système à deux vitesses » dans le parlementarisme allemand. Le recours déposé, en réaction, contre le *Bundestag* et sa présidence, n'a cependant pas eu de succès devant la Cour constitutionnelle⁷⁵.

67 *Ibid.*, p. 16.

68 W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL (n. 59), p. 96. Pour les différences conceptionnelles entre « mouvements » et partis politiques v. D. RUCHT, « Zum Verhältnis von sozialen Bewegungen und politischen Parteien [Sur la relation entre les mouvements sociaux et les partis politiques] », *Journal für angewandte Sozialforschung*, 1987, vol. 27, p. 297 et s, auquel se réfèrent W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL.

69 W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL, *ibid.*, p. 96.

70 V. M. MAURER, P. JOST, « Das Ende der Debattenkultur? [La fin de la culture du débat ?] », *ZfP*, 2020, vol. 67, p. 474 et s., 479.

71 W. SCHROEDER, B. WESSELS, C. NAISSEZ, A. BERZEL (n. 59), p. 43 et s.

72 DEUTSCHER BUNDESTAG, *Fünf Fraktionen verurteilen Verhalten von AfD-Gästen im Bundestag [Cinq groupes politiques condamnent le comportement des invités de l'AfD au Bundestag]*, 20 novembre 2020, [<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw47-de-akt-std-bedraengung-mdb-807720>].

73 V. A.-S. HEINZE (n. 61), p. 140 et s. avec plus de références.

74 DEUTSCHER BUNDESTAG, décision générale [*Allgemeinverfügung*] de la présidente concernant les mesures de protection contre le coronavirus au *Bundestag* allemand, 9 février 2022, [<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw07-allgemeinverfuegung-880610>].

75 BVerfG, 2 BvE 1/22 (décision du 8 mars 2022), para. 22.

2. *Les conflits constitutionnels dans la pratique parlementaire*

Dans la pratique parlementaire, plusieurs conflits constitutionnels sont caractéristiques de l'attitude d'opposition de l'AfD. Le conflit avec les partis se déclarant « de gouvernement » se traduit notamment par des questions engageant la représentation du parti, lors des élections à la vice-présidence du Parlement ou des organes parlementaires⁷⁶, et sa participation au pouvoir.

a. *La (non-)élection aux postes de (vice-)président du Parlement et des commissions parlementaires*

i. *La vice-présidence du Parlement*

En principe, chaque groupe politique est représenté par au moins un vice-président au Parlement⁷⁷. Jusqu'à présent toutefois, aucun des candidats présentés par le groupe AfD n'a obtenu la majorité requise au *Bundestag*⁷⁸. Le dernier cas en date, d'une série désormais considérable de tentatives de l'AfD de faire élire l'un de ses députés à la vice-présidence est celui du candidat Malte Kaufmann : à l'instar de tous les candidats de l'AfD avant lui, il n'a pas obtenu de majorité en sa faveur⁷⁹. Les arguments avancés par la majorité parlementaire comptent à la fois des réserves à l'égard de certaines personnes et de leurs positions politiques (comme dans le cas d'Albrecht Glaser⁸⁰) et des griefs pointant l'appartenance générale à l'AfD (comme dans le cas de Mariana Harder-Kühnel)⁸¹.

Du point de vue du droit constitutionnel, les litiges suscités par cette question se traduisent par un conflit entre, d'une part, le droit des groupes parlementaires à participer de manière formellement égale à la formation de la volonté parlementaire (droit qui découle de l'article 38, al. 1, phrase 2 LF) et, d'autre part, la libre élection de la présidence (conformément à l'article 40, al. 1, phrase 1 LF) et le libre mandat des députés, élisant leurs présidents et vice-présidents (découlant également de l'article 38, al. 1, phrase 2 LF). Dans sa décision du 22 mars 2022, la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu que le droit à une participation parlementaire égalitaire s'étend également à l'occupation des organes et postes ayant une fonction organisationnelle, comme c'est le cas du président et des vice-présidents du *Bundestag*⁸². Dans le même temps cependant, la Cour a clairement considéré que le droit constitutionnel à une participation parlementaire égalitaire, et plus particulièrement le droit d'un groupe parlementaire d'être représenté à la présidence par au moins un vice-président (cf. § 2,

76 Sur cette question S. ROSSNER, « Setzt sich die AfD in Karlsruhe durch? [L'AfD s'impose-t-elle à Karlsruhe?] », *LTO*, 6 janvier 2022, [<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-ausschuss-vorsitz-afd-fraktion-organklage-bverfg-teilhaberecht-freie-abgeordnete/>].

77 § 2, al. 1, phrase 2 du règlement intérieur du *Bundestag* (*Geschäftsordnung des Bundestages – GOBT*).

78 Selon § 2, al. 2 *GOBT* les vice-présidents sont élus à la majorité des membres du *Bundestag*.

79 Le vote a eu lieu le 19 mai 2022, cf. [<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw20-de-wahl-vizepraesidentin-894680>].

80 La non-élection du député Glaser, qui avait notamment fait la une des journaux pour ses propos virulents sur l'islam, avait déjà eu lieu au début de la dernière législature, v. ZEIT ONLINE, *Der geplante Eklat [L'esclandre programmé]*, 24 oct. 2017, [<https://www.zeit.de/amp/politik/deutschland/2017-10/albrecht-glaser-afd-bundestag-vizepraesident>].

81 V. l'analyse journalistique de ZEIT ONLINE, *Bundestag lehnt AfD-Abgeordnete erneut als Vizepräsidentin ab*, 4 avril 2019, [<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2019-04/bundestag-lehnt-afd-abgeordnete-als-vizepraesidentin-erneut-ab>].

82 BVerfG, 2 BvE 9/20 (décision du 22 mars 2022), para. 28.

al. 1, phrase 2 du règlement intérieur du *Bundestag*), demeure soumis à la condition de l'élection par les députés : il ne peut donc être réalisé que si les candidats proposés par ce groupe obtiennent la majorité requise⁸³. Partant, la non-élection de candidats de l'AfD à la vice-présidence et la non-représentation de l'AfD au sein de la présidence du *Bundestag* qui en résulte sont conformes à la Constitution. Dans une autre décision rendue le même jour, la Cour constitutionnelle fédérale a par ailleurs accepté la constitutionnalité du règlement intérieur du *Bundestag* en ce qu'il n'accorde le droit de proposer des candidats au poste de vice-président qu'aux seuls groupes parlementaires, et non aux députés individuels⁸⁴.

ii. La présidence des commissions parlementaires

Au cours de la 20^e législature (en cours depuis 2021), l'AfD n'a, de surcroît, pas pu obtenir de présidence de commission parlementaire. Dans le cadre d'une représentation proportionnelle, et selon le § 12 du règlement intérieur du *Bundestag*, le groupe aurait actuellement droit, au vu de sa représentation au *Bundestag*⁸⁵, à trois présidences de commission. Cependant, dans les réunions constitutives respectives des trois commissions, aucun candidat de l'AfD n'a obtenu la majorité⁸⁶. On pourra noter que la situation est ce faisant différente de celle prévalant lors de la 19^e législature (2017-2021), lorsque l'AfD présidait trois commissions (affaires juridiques, tourisme et budget). Dès 2019 toutefois, le président de la commission des affaires juridiques, Stephan Brandner, avait été démis de ses fonctions, selon une séquence jusqu'alors inédite au *Bundestag* : les membres de cette commission appartenant à d'autres partis avaient en effet jugé inacceptables ses positions politiques et ses dérapages verbaux et l'avaient révoqué, dans le cadre d'une élection interne à la commission. La Cour constitutionnelle fédérale avait rejeté le recours en urgence introduit par le député Brandner, sur la base d'une évaluation des conséquences (*Folgenabwägung*)⁸⁷. Soulignons néanmoins à ce sujet que d'importantes questions juridiques, avaient été certes mises en évidence, mais expressément laissées ouvertes, au stade de cette décision en référé : dans quelle mesure l'art. 38, al. 1, phrase 2 LF confère-t-il aux groupes parlementaires un droit de participation à la formation de la volonté parlementaire, qui pourrait être affecté par la révocation du président originaire d'une commission ? La présidence de commission doit-elle être comprise comme un droit de contrôle, inclus dans le principe de l'opposition effective ? Une atteinte aux droits susmentionnés, pour autant qu'ils existent, peut-elle être justifiée en droit constitutionnel ?⁸⁸ – et si oui, à quelles conditions ?

83 BVerfG, 2 BvE 9/20 (décision du 22 mars 2022), para. 29 et s.

84 BVerfG, 2 BvE 2/20 (décision du 22 mars 2022), para. 78 et s.

85 V. *supra* partie I.

86 Lors des réunions constitutives du 15 décembre 2021, le groupe AfD a proposé le député Martin Hess pour la présidence de la commission des affaires intérieures et de la patrie, le député Jörg Schneider pour la commission de la santé et le député Dietmar Friedhoff pour la commission de la coopération économique et du développement. Aucun de ces candidats n'a obtenu la majorité au sein des commissions. Dans ce contexte, il est également intéressant de noter que les présidents des trois comités concernés ont été élus à bulletin secret, contrairement aux usages antérieurs.

87 BVerfG, 2 BvE 1/20 (décision du 4 mai 2020).

88 *Ibid.*, para. 28 et seq.

Une autre question tient à savoir si un groupe politique a effectivement un droit constitutionnel à occuper la présidence d'une ou de plusieurs commissions, et donc si la situation actuelle, dans laquelle l'AfD n'occupe aucune présidence de commission, est contraire à la Constitution. Cette question fait également l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale : celui-ci n'a pas encore été tranché définitivement, mais l'AfD n'a pas obtenu gain de cause dans la procédure en référé. La Cour constitutionnelle a en effet refusé de rendre une injonction provisoire sur la base d'une évaluation des conséquences⁸⁹. Elle a indiqué qu'il reviendrait à la décision principale de déterminer si l'art. 38, al. 1 phrase 2 LF confère aux groupes parlementaires un droit constitutionnel de participation parlementaire égalitaire, qui pourrait être affecté par la non-attribution des présidences de commission suite à l'organisation d'élections libres à la majorité au sein des commissions parlementaires. En d'autres termes, il s'agit de savoir si le droit constitutionnel permet effectivement une libre élection des présidences de commission⁹⁰, et plus spécifiquement si une telle élection peut constituer une atteinte inconstitutionnelle aux droits des groupes parlementaires non représentés⁹¹.

b. La participation au pouvoir

i. (In)Capacité de décision

Un autre potentiel important de conflit intéresse le pouvoir de décision parlementaire. Le groupe de l'AfD a en effet tenté, à plusieurs reprises, de bloquer les décisions du *Bundestag*, en revendiquant la mise en œuvre d'une procédure de vote particulière, appelée le « saut de mouton » (*Hammelsprung*). Cette procédure permet aux députés de voter, non pas à main levée, mais en entrant dans l'hémicycle par différentes portes⁹². Dès lors que cette procédure sert notamment à constater l'absence de quorum au *Bundestag*, elle peut aussi être utilisée pour bloquer des votes. Ainsi, lors d'une séance de nuit demandée par l'AfD en janvier 2018, le quorum requis (355 députés) n'avait pas été atteint : la séance a alors dû être interrompue et, par la suite, l'AfD n'a pas manqué de célébrer cet incident sur les réseaux sociaux, le présentant comme une action réussie⁹³. Cette manœuvre ne fonctionne évidemment pas toujours et il existe des contre-exemples ; elle n'en reste pas moins un moyen de blocage des décisions parlementaires potentiellement efficace.

89 BVerfG, 2 BvE 10/21 (décision du 25 mai 2022), para. 46 et s.

90 La Constitution n'impose pas une élection libre des présidents de commission, contrairement à la présidence du Parlement (art. 40 al. 1 LF), et le règlement intérieur ne prévoit pas non plus expressément une telle élection, puisque le § 58 du règlement prévoit que les commissions désignent leurs présidents et vice-présidents conformément aux accords conclus au sein du Conseil des anciens.

91 BVerfG, 2 BvE 10/21 (décision du 25 mai 2022), para. 45.

92 V. DEUTSCHER BUNDESTAG, *Parlamentsbegriffe A-Z* [Termes parlementaires de A à Z], [<https://www.bundestag.de/services/glossar/glossar/H/hammelsprung-444858>].

93 Pour les motifs potentiels v. M. FIEDLER, « Was die AfD mit ihrer „Revanche“ erreichen wollte [Ce que l'AfD voulait obtenir avec sa "revanche"] », *Der Tagesspiegel*, 19 janvier 2018, [<https://www.tagesspiegel.de/politik/hammelsprung-im-bundestag-was-die-afd-mit-ihrer-revanche-erreichen-wollte/20866358.html>].

ii. Coalition gouvernementale – affaire Kemmerich

Certaines décisions auxquelles a activement contribué l'AfD sont également intéressantes à étudier pour approcher de plus près son rôle. Le meilleur exemple est peut-être celui de l'élection du ministre-président de Thuringe (région à l'est de l'Allemagne), en 2020. Sans entrer dans une analyse politique détaillée, on se limitera à indiquer que, alors que les conditions de majorité étaient extrêmement étroites, l'AfD a usé d'une manœuvre tactique pour parvenir à être érigé en « faiseur de roi »⁹⁴. C'est ainsi que, avec les voix de la CDU et du FDP, un parfait *outsider* du groupe parlementaire FDP, Thomas Kemmerich, a pu être élu au poste de ministre-président. Cette collaboration indirecte avec la CDU et le FDP est entrée dans l'histoire de la Thuringe comme manifestant la rupture d'un tabou (alliance avec les populistes) ; plus encore, elle a déclenché une crise gouvernementale nationale, emportant la démission de la présidente fédérale de la CDU, Annegret Kramp-Karrenbauer, et du président de la CDU thuringienne, Mike Mohring, ainsi que le licenciement du chargé des relations avec l'est du gouvernement fédéral, Christian Hirte. Face à la retentissante pression politique s'ensuivant, Kemmerich lui-même a fini par démissionner de son poste de ministre-président, dès le lendemain de l'élection⁹⁵. Sur le plan du contentieux constitutionnel, la Cour constitutionnelle fédérale a par ailleurs décidé, le 15 juin 2022, que la chancelière allemande de l'époque, Angela Merkel, s'était exprimée de manière inconstitutionnelle sur les élections en Thuringe, en prenant position devant la presse, lors d'un voyage gouvernemental en Afrique du Sud⁹⁶.

Dans l'ensemble, il apparaît clairement que l'AfD se distingue par ses provocations et ses mises en scène, bien davantage que par le travail parlementaire de ses membres⁹⁷. Ce comportement a un impact inévitable sur la culture des débats au *Bundestag*, longtemps peu familier de moyens rhétoriques et procédés d'intervention brutale. En revanche, l'influence directe sur l'élaboration de la politique et de la législation demeure, jusqu'à présent, marginale – même si l'AfD a parfois réussi à bloquer des décisions⁹⁸. On peut en définitive considérer que le fonctionnement du *Bundestag*, en tant qu'organe central du pouvoir législatif fédéral, n'a pas été contraint de manière significative par l'arrivée de l'AfD. Restent cependant en suspens d'importantes questions relatives à l'étendue des droits du groupe à une participation parlementaire égale : alors que la Cour constitutionnelle fédérale a exclu un droit constitutionnel à un poste de vice-président, en se référant à la libre élection de la présidence par les députés, la question du droit de l'AfD de nommer certains (voire trois) présidents de commissions demeure ouverte.

94 Le terme de « faiseur de roi » a été utilisé par plusieurs journaux dans le cadre de cette affaire, notamment par le FINANCIAL TIMES, « Far-right party becomes German regional kingmaker », *FT*, 5 fév. 2020, [<https://www.ft.com/content/56f71710-4815-11ea-aeb3-955839e06441>].

95 A. GAILLET, C. D. CLASSEN, « Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2020 », *RFDC*, 2021/4, n° 128, p. 158.

96 BVerfG, 2 BvE 4/20 *et al.* – *Merkel* (arrêt du 15 juin 2022). Sur ce litige voir *infra*.

97 V. A.-S. HEINZE (n. 63), p. 146.

98 *Ibid.*, p. 144.

B. Conflits judiciaires avec des acteurs autres que les parlements

Au-delà de l'espace parlementaire, les conflits constitutionnels de l'AfD intéressent par ailleurs diverses problématiques du droit constitutionnel, de la question assez classique, mais non moins épineuse, de la neutralité étatique du pouvoir exécutif et de l'égalité des partis politiques (A) à celle, plus spécifique à l'Allemagne, de l'observation du parti par l'Office de protection de la Constitution (B)⁹⁹.

1. Neutralité de l'État et égalité des chances des partis politiques

a. Quelques litiges caractéristiques

Le cas litigieux récent le plus célèbre a déjà été brièvement mentionné plus haut : il concerne les déclarations prononcées le 6 février 2020 par Angela Merkel, alors chancelière fédérale et présidente de la CDU, lors d'une visite officielle en Afrique du Sud. Prenant position sur l'élection du ministre-président en Thuringe, elle avait tenu les propos suivants :

« L'élection de ce ministre-président a été un processus unique qui a rompu avec une conviction fondamentale, partagée par la CDU et par moi-même, à savoir [...] qu'aucune majorité ne doit être gagnée avec l'aide de l'AfD. Comme cela était prévisible dans la constellation du troisième tour, il faut dire que ce processus est inexcusable et [...] que le résultat doit être annulé en conséquence. À tout le moins, la CDU ne doit pas participer à un gouvernement dirigé par le Premier ministre élu. C'était un mauvais jour pour la démocratie »¹⁰⁰.

Un texte presque identique a par ailleurs été publié sur le site de la Chancellerie fédérale. Saisissant les possibilités contentieuses du droit constitutionnel allemand présentées plus haut (partie I), l'AfD a engagé un recours entre organes (*Organstreit*) devant la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci lui a donné raison, dans un arrêt du 15 juin 2022, constatant une violation du droit à l'égalité des chances des partis politiques prévu par l'art. 21, al. 1, première phrase LF¹⁰¹.

Elle confirme ce faisant une ligne jurisprudentielle déjà ancienne, articulée autour de « l'obligation de neutralité », corollaire de l'exigence de traitement égalitaire et incombant aux organes étatiques. On peut rappeler à ce titre la décision de 2018 relative à la déclaration de Johanna Wanka en 2015, alors ministre fédérale de l'Éducation et de la Recherche. Celle-ci avait publié un communiqué de presse sur le site internet du ministère, dans lequel elle s'opposait à une manifestation anti-migrants de l'AfD dans les termes suivants :

99 La question de du financement des fondations politiques, notamment de la *Desiderius Erasmus Stiftung*, proche de l'AfD, n'a pas pu être intégrée dans cette étude, achevée en 2022. Signalons simplement l'important arrêt rendu à ce sujet par la Cour constitutionnelle fédérale le 22 février 2023 (2 BvE 3/19), et ses suites législatives, encore en cours de discussion fin 2023.

100 « Die Wahl dieses Ministerpräsidenten war ein einzigartiger Vorgang, der mit einer Grundüberzeugung gebrochen hat, für die CDU und auch für mich, nämlich ... dass keine Mehrheiten mit Hilfe der AfD gewonnen werden sollen. Da dies absehbar war in der Konstellation, wie im dritten Wahlgang gewählt wurde, muss man sagen, dass dieser Vorgang unverzeihlich ist und ... deshalb auch das Ergebnis wieder rückgängig gemacht werden muss. Zumindest gilt für die CDU, dass die CDU sich nicht an einer Regierung unter dem gewählten Ministerpräsidenten beteiligen darf. Es war ein schlechter Tag für die Demokratie. »

101 BVerfG, 2 BvE 4/20 *et al.* – Merkel (arrêt du 15 juin 2022), para. 118 et s.

« Il faudrait donner un carton rouge à l'AfD [...qui] favorise la radicalisation de la société. Les extrémistes de droite qui incitent ouvertement à la haine [...] reçoivent ainsi un soutien insupportable »¹⁰².

Dans ce cas également, la Cour constitutionnelle fédérale avait donné raison à l'AfD¹⁰³.

De même encore, dans un arrêt du 9 juin 2020¹⁰⁴, la Cour a considéré que la publication, sur le site internet du ministre de l'Intérieur de l'époque, Horst Seehofer, d'une interview critiquant l'AfD¹⁰⁵ est inconstitutionnelle, dès lors que s'ensuit une atteinte aux droits à l'égalité des chances du parti.

b. Appréciation juridique

Les recours juridiques de l'AfD contre les déclarations précitées de la chancelière fédérale ou de deux ministres fédéraux sont peut-être l'exemple le plus clair des potentiels succès de l'AfD dans la mobilisation du droit constitutionnel contre la classe politique « de gouvernement » au niveau fédéral. Dans les trois cas, la Cour constitutionnelle fédérale a constaté une violation de l'égalité des chances des partis politiques et appelé à une plus grande neutralité des responsables dans l'exercice de leurs fonctions. Dans les trois cas également, la Cour constitutionnelle a considéré que la mobilisation des ressources de la chancellerie ou des ministères fédéraux pour critiquer l'AfD était de nature à perturber l'équilibre du combat d'opinion politique (*politischer Meinungskampf*)¹⁰⁶. Pareil raisonnement de la Cour constitutionnelle repose sur une distinction entre, d'une part, l'exercice des fonctions gouvernementales, tenu à un principe de neutralité, et, d'autre part, la participation à la compétition politique (partisane)¹⁰⁷. Or, si la jurisprudence peut être qualifiée de constante, force est de constater qu'elle n'en est pas moins critiquée. Les critiques émanant de la doctrine¹⁰⁸, comme l'opinion dissidente rédigée par Astrid Wallrabenstein sous l'arrêt Merkel précité de 2022¹⁰⁹, sont intéressantes à lire à ce titre. Elles soulignent en effet le caractère artificiel et difficile d'un idéal de neutralité politique, faisant fi des principes du système de gouvernement parlementaire, dans lequel l'action du gouvernement, qui dépend de la majorité parlementaire, est toujours marquée par

102 BVerfG, communiqué de presse n° 10/2018, 27 février 2018.

103 BVerfG, 2 BvE 1/16 – *Wanka* (arrêt du 27 février 2018), para. 67 et s. En français, v. par ex. nos commentaires : A. GAILLET « Chronique constitutionnelle étrangère – La jurisprudence constitutionnelle allemande en 2018 », *RDP*, 4-2021, p. 1111-1138 (chronique avec O. JOUANJAN) ; C. D. CLASSEN, A. GAILLET, « Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2018 », *RFDC*, 2020/1, n° 121, p. 251-262.

104 BVerfGE 154, 320 [2 BvE 1/19] – *Seehofer-Interview auf der Homepage des BMI*, para. 58 et s. En outre, l'AfD avait déposé une demande d'urgence concernant la déclaration de Horst Seehofer, qui visait en particulier la suppression de l'interview, mais qui a été rejetée par la Cour constitutionnelle fédérale, v. BVerfG, 2 BvQ 90/18 (décision du 30 octobre 2018).

105 BVerfG, communiqué de presse n° 45/2020 du 9 juin 2020. Texte de l'interview : « Ils s'opposent à cet État. Ils peuvent dire mille fois qu'ils sont démocrates. Ils en ont fait l'expérience mardi au *Bundestag* avec l'attaque frontale contre le président fédéral. C'est très dangereux pour notre État [...] ».

106 V. not. BVerfG, 2 BvE 4/20 *et al.* – *Merkel* (arrêt du 15 juin 2022), para. 76 et s., 118 et s.

107 *Ibid.*, para. 78, 119.

108 V. M. PAYANDEH, « Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf [Le devoir de neutralité des agents publics dans le combat d'opinion public] », *Der Staat*, 2016, vol. 55, p. 519 et s. ; F. MEINEL, « Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition [La Cour constitutionnelle fédérale à l'ère de la grande coalition] », *Der Staat*, 2021, vol. 60, p. 43 et s., 79 et s. ; Concernant l'arrêt *Merkel* : F. MEINEL, « Wer regiert soll alles sagen dürfen [Celui qui gouverne doit pouvoir tout dire] », *Die Zeit*, 16 juin 2022, [<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2022-06/florian-meinel-angela-merkel-afd-neutralitaet/komplettansicht>] et, avant l'arrêt *Merkel* M. PAYANDEH, « Maßstabssetzung durch Subsumtion [Établissement de critères par subsomption] », *Verfassungsblog*, 17 juin 2022, [<https://verfassungsblog.de/masstabssetzung-durch-subsumtion/>].

109 Opinion séparée de la juge Wallrabenstein à l'arrêt *Merkel* (n. 100), para. 14.

la politique de parti – et alors même que la fonction politique et la participation à la compétition politique se rejoignent en particulier au niveau politique le plus élevé.

2. Observation de l'AfD par l'Office de protection de la Constitution

Enfin, une question particulièrement actuelle concerne l'observation de l'AfD par l'Office fédéral de protection de la Constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz, BfV*). Ce service de renseignement intérieur, chargé de surveiller les activités contraires à la Loi fondamentale, a déjà été rencontré plus haut¹¹⁰. Seuls les éléments clés du litige le plus récent seront retracés ici. Celui-ci concerne la classification adoptée par l'Office pour qualifier l'AfD et le placer en conséquence sous surveillance renforcée. Ses fédérations régionales avaient déjà été qualifiées de « cas suspect » par les offices de protection de la Constitution des *Länder* du Brandebourg, de Saxe-Anhalt, de Saxe et de Thuringe. Au niveau fédéral, le parti avait d'abord été considéré, en 2018, comme un « cas de contrôle » (*Prüffall*). Dépassant ce premier stade de contrôle, l'Office fédéral l'a ensuite élevé au rang de « cas suspect » (*Verdachtsfall*) d'extrême droite, en janvier 2021. Pareille classification emporte d'importantes conséquences, permettant notamment une surveillance accrue du parti avec les moyens du renseignement, en scrutant les responsables du parti, en lisant les courriels ou encore en écoutant les conversations téléphoniques.

Ici encore, les moyens juridiques n'ont pas manqué d'être utilisés par l'AfD. En réponse à la procédure d'urgence engagée devant le tribunal administratif de Cologne, le parti a obtenu une décision provisoire, interdisant à l'Office de « classer, observer, traiter et/ou examiner l'AfD en tant que « cas suspect », ainsi que de rendre à nouveau public le classement [adopté] »¹¹¹. Le 8 mars 2022, la plainte de l'AfD a toutefois finalement été rejetée et le tribunal administratif de Cologne a considéré que l'Office fédéral pouvait classer l'ensemble du parti comme cas suspect (d'extrême droite) et l'observer en conséquence avec des moyens de renseignement¹¹². Dans son jugement, le tribunal a en effet relevé qu'il existait suffisamment « d'indices factuels d'une aspiration anticonstitutionnelle » (*tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Bestrebung*) au sein de l'AfD¹¹³. Il a souligné, à ce titre, que des parties influentes de l'AfD, notamment son organisation de jeunesse et son aile nationaliste populaire, défendent des opinions contraires à l'ordre fondamental libéral et démocratique, en opérant notamment une distinction ethnique entre les « Allemands du peuple » (*Volksdeutschen*) et les « Allemands de passeport » (*Passdeutschen*) – ce qui ne saurait être conforme au concept de peuple de la Loi fondamentale¹¹⁴. Le jugement n'est pas encore définitif, l'AfD ayant fait appel auprès de la Cour administrative d'appel de Münster¹¹⁵.

110 V. *supra* n. 13 et n. 38.

111 VG Köln, 13 L 105/21 (décision du 5 mars 2021).

112 VG Köln, 13 K 326/21 *et al.* (arrêt du 8 mars 2022).

113 *Ibid.*, para. 205 [juris].

114 *Ibid.*, para. 216 et s., 542 et s. [juris].

115 La procédure est toujours en cours devant la Cour d'appel de Münster (affaire 5 A 1218/22). Les audiences sont prévues en 2024.

Conclusion

Si le populisme a suscité de très nombreux travaux en science politique, les études en droit constitutionnel sont plus récentes, et le champ reste à investir, surtout s'il s'ouvre au droit comparé. Il appartient ainsi aux constitutionnalistes de préciser les enjeux de la confrontation entre, d'une part, le triptyque « Droits de l'homme – démocratie pluraliste – État de droit », triomphant à la fin du xx^e siècle, après la chute du mur de Berlin et, d'autre part, le triptyque « démocratie illibérale – tyrannie de la majorité – identité nationale »¹¹⁶, prompt à assiéger de toutes parts un xxi^e siècle doutant de lui-même.

Notre regard allemand a supposé de revenir à l'histoire, afin de constater combien, comme souvent, les questions actuelles s'ancrent dans un cadre issu des expériences passées; combien, plus précisément, la Loi fondamentale de 1949 et ses instruments de démocratie « combative » se comprennent aussi comme des réponses à la faillite nationale-socialiste, laquelle avait été soutenue par des discours fondés sur l'appel au « peuple » concret et le rejet de toute logique libérale. Il serait pourtant naïf de s'arrêter au constat du « succès » d'une Constitution qui approche soixante-quinze ans d'ancrage de son « ordre fondamental libéral et démocratique ». Ici aussi, « les démocraties sont perpétuellement menacées par la décadence qu'entraînent l'anonymat des pouvoirs, la médiocrité des dirigeants, la passivité des foules sans âme »¹¹⁷; ici non plus, l'État libéral sécularisé ne peut garantir ses propres présupposés¹¹⁸, tant il repose sur un équilibre instable, entre forces convergentes d'association et forces divergentes de scission.

En Allemagne, pour l'heure et espérons pour longtemps, ces mises en garde de Raymond Aron et de Ernst-Wolfgang Böckenförde ne se traduisent pas par l'avènement d'une « démocratie illibérale », dans laquelle les partis hostiles à la démocratie pluraliste et libérale auraient pris le pouvoir. Les succès électoraux du parti AfD, désormais expressément qualifié de « populiste » d'extrême-droite incitent toutefois à observer de plus près sa capacité à capter les mécanismes constitutionnels à son profit. Contrairement à ce que l'on observe dans les expériences illibérales/démocraties¹¹⁹, la justice constitutionnelle est pleinement accessible aux partis minoritaires. Cela vaut spécialement en Allemagne, au vu des importantes compétences de la Cour constitutionnelle fédérale. Si les politologues auront de toute évidence à affiner encore leurs travaux sur la portée de la montée des partis extrêmes et populistes sur la démocratie et le paysage politique allemands, nul doute que l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle occupera les constitutionnalistes. Autonomie d'organisation du *Bundestag*, liberté de mandat des députés, principe d'égalité démocratique, neutralité politique et compétition politique : l'équilibre entre les grands principes constitutionnels est lui-même perturbé par le jeu politique et contentieux de l'AfD. Aux constitutionnalistes aussi, plus largement, de penser, à la faveur d'une réflexion théorique exigeante, l'adaptation continue du concept de démocratie constitutionnelle, sans céder sur les conditions les plus essentielles de sa logique libérale et pluraliste.

116 V. ainsi la présentation de M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2^e éd., Economica, 2021, p. 363 et s.

117 R. ARON, Préface à M. WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, 10/18, Plon, 1963, p. 38.

118 E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, n. 33.

119 T. HOCHMANN, « Cinquante nuances de démocraties », *Pouvoirs*, 2019, n° 169, p. 19 et s.

