



La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et les « ennemis » de la démocratie ou l'interdiction des partis politiques dans le système constitutionnel allemand

Maria Kordeva

ABSTRACT

Political parties, as mediators between civil society and the State, play the main role in shaping the political will of the people. But they can also become the gravediggers of modern democratic and liberal systems. German militant “democracy” allows a political party to be banned for going on a crusade against the democratic and liberal order of the German Basic Law. Using the weapon of Article 21 of the Constitution is a delicate matter, and Germany's Federal Constitutional Court has set itself the difficult task of reconciling the freedom of action of the people's "spokesmen" with the protection of the constitutional order. In the few rulings that have been handed down in this area, the constitutional judges' analyses highlight their desire to maintain this fragile balance.

RÉSUMÉ

Les partis politiques, médiateurs entre la société civile et l'État, tiennent le premier rôle dans la formation de la volonté politique du peuple. Mais ils peuvent aussi devenir les fossoyeurs des systèmes démocratiques et libéraux modernes. La démocratie « militante » allemande permet d'interdire un parti politique parti en croisade contre l'ordre démocratique et libéral de Loi fondamentale allemande. L'utilisation de l'arme de l'article 21 de la Constitution est délicate, et la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne s'attèle à la tâche difficile qui consiste à concilier la liberté d'action des « porte-parole » du peuple et la protection de l'ordre constitutionnel. Dans les rares décisions en la matière, les analyses des juges constitutionnels mettent en exergue la volonté de maintenir cet équilibre fragile.

MOTS-CLÉS : partis politiques – volonté politique – loi fondamentale allemande – démocratie « militante » – Cour constitutionnelle allemande

Citer l'article :

Maria Kordeva, « La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et les « ennemis » de la démocratie ou l'interdiction des partis politiques dans le système constitutionnel allemand », *Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties*, 2023/2, n° 8, pp. 491-517.

La reproduction ou représentation de cet article n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site de l'*Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© 2023 *Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties*

La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et les « ennemis » de la démocratie ou l'interdiction des partis politiques dans le système constitutionnel allemand

Maria Kordeva*

L'interdiction d'un parti politique en vertu de l'article 21, alinéa 2 de la Loi fondamentale représente l'arme la plus sévère et également à double tranchant de l'État de droit démocratique contre ses ennemis organisés. Cette arme doit permettre d'éviter les risques, nés tant de l'existence d'un parti au fond anticonstitutionnel que des possibilités d'action typiques pour les associations et groupements.¹

En France, des voix de la sphère politique et de la société civile ont récemment appelé à la dissolution du parti *La France insoumise* (LFI), en raison des positions prises à la suite du massacre perpétré par le Hamas le 7 octobre 2023 en Israël².

Dans le système juridique français, les partis politiques ont la qualité d'association au sens de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association et sont nuls s'ils sont fondés « sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs », ou s'ils ont comme but de « porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement »³. La Constitution du 4 octobre 1958 énonce de manière laconique dans son article 4 « les partis et les groupements politiques concourent à l'expression du suffrage universel » et « se forment et exercent leur activité librement » en respectant « les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie »⁴. La littérature sur les partis politiques n'est pas vraiment abondante : on peut signaler l'opus de Maurice Duverger, qui présente un tableau général sans être focalisé sur la France, éloigné dans le temps, malgré ses rééditions successives⁵, les

* Docteur en Droit public, assistante à la Chaire de droit public français (Université de la Sarre). Toutes les traductions sont de l'auteur et du site Bijus. Pour la Loi fondamentale : Christian Autexier, Michel Fromont, Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Maria Kordeva (version synoptique disponible en ligne : <https://www.bijus.eu/?p=13218>).

¹ « Das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG stellt die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde dar. Es soll den Risiken begegnen, die von der Existenz einer Partei mit verfassungsfeindlicher Grundtendenz und ihren typischen vieldimensionalen Wirkungsmöglichkeiten ausgehen » (BVerfGE, « NPD-Verbotsverfahren » du 17 janvier 2017, 1^{er} phrase).

² Chez Pol, « Des élus LR et Renaissance souhaitent la dissolution de LFI après le communiqué sur l'attaque du Hamas », *Libération*, 11 octobre 2023, <https://www.liberation.fr/politique/des-elus-lr-et-renaissance-souhaitent-la-dissolution-de-lfi-apres-le-communiqué-sur-l'attaque-du-hamas-20231011_W2LJRAASJFFY3K22BORD2HMNR4/> (dernière consultation le 22 novembre 2023) ; Eloïse Cimbidihi, « Un sénateur LR demande la dissolution de La France insoumise », *Le Figaro*, 10 octobre 2023, <<https://www.lefigaro.fr/politique/un-senateur-lr-demande-la-dissolution-de-la-france-insoumise-20231010>> (dernière consultation le 22 novembre 2023).

³ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, Titre I, art. 3.

⁴ Constitution du 4 octobre 1958, art. 4.

⁵ Maurice Duverger, *Les partis politiques*, 1^{er} éd., Armand Colin, 1951 ; v. également le compte-rendu de Georges Vedel : « Les partis politiques ou l'école de la démocratie », *Revue française de science politique*, 1951, p. 558-567.

Essais sur les partis politiques de Pierre Avril⁶, l'opus de Marcel Waline *Les Partis contre la République*⁷, ou encore la publication des communications et discussions d'une journée d'études consacrée aux rapports entre le Conseil constitutionnel et les partis politiques⁸. En langue française, il ne faut pas oublier les grands oubliés, les « pessimistes publics », qui mettent « en évidence l'écart qui sépare les discours sur la démocratie des pratiques de la démocratie » : Moisei Ostrogorski et *La Démocratie et les Partis politiques*, qui a été « le premier à procéder à une analyse systématique du fonctionnement des partis politiques et de leur rôle dans l'organisation de la démocratie », et Robert Michels et *Les Partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*⁹. Bien que ne portant pas sur le système politique français, ces ouvrages sont des lectures incontournables sur le chemin de la compréhension de la « difficulté démocratique »¹⁰.

Contrairement au cas allemand, il n'est guère possible de parler d'une théorie générale des partis politiques en France¹¹. Malgré l'entrée de la notion dans l'article 4 de la Constitution du 4 octobre 1958¹², il n'existe pas de définition ou de systématisation du champ d'action des partis politiques, ni de réflexions approfondies sur leur rôle dans le cadre de la démocratie représentative, ni de mécanismes spécifiques permettant d'interdire un parti dont l'activité viserait à saboter les bases de l'ordre constitutionnel français. La distinction sémantique, devenue courante, entre « parti » et « mouvement » politique¹³ marque davantage un effet de mode qu'elle ne présente des différences

⁶ Pierre Avril, *Essai sur les partis politiques*, 1^{er} éd., LGDJ, 1986 ; Pierre Avril, *Essais sur les partis politiques*, édition revue et augmentée, Payot, coll. Petite bibliothèque Payot, 1990.

⁷ Marcel Waline, *Les Partis contre la République*, Éditions Rousseau et cie, 1948, préfacé par René Capitant.

⁸ Louis Favoreu (éd.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica, coll. Droit public positif, 1988. Il convient de citer également le petit ouvrage de Daniel-Louis Seiler, *Les partis politiques*, Armand Colin, 1993 ; Michel Offerlé, *Les partis politiques*, PUF, coll. *Que sais-je*, 2018 (ces ouvrages représentent cependant davantage des enquêtes de sociologie et de science politique) ; le manuel de Yves Poirmeur et Dominique Rosenberg, *Droit des partis politiques*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008, centré sur la fonction électorale des partis ainsi que sur les problèmes liés à leur financement. En langue française : Dominique Andolfatto, Alexandra Goujon (dir.), *Les partis politiques, ateliers de la démocratie*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2016, v. notamment la contribution de Romain Rimbaud, « Les tensions entre innovations partisanes et le droit en France », p. 121-135.

⁹ Moisei Ostrogorski, *La Démocratie et les partis politiques* (1902), Éditions du Seuil, 1979, avec une présentation de Pierre Rosanvallon, qui demande, à juste titre, « qui [aujourd'hui] a lu Ostrogorski ? » (p. 7 s.) ; Robert Michels, *Les Partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties* (1911 pour l'édition originale en langue allemande), réédité chez Flammarion en 1971, 1978, puis en 2009 chez Éditions de l'Université de Bruxelles. Une nouvelle traduction de Jean-Christophe Angaut est parue en 2015 : *Sociologie du parti dans la démocratie moderne. Enquête sur les tendances oligarchiques de la vie des groupes*, Gallimard, coll. Folio essais, 2015.

¹⁰ Pierre Rosanvallon, in Moisei Ostrogorski, *La Démocratie et les partis politiques* (1902), Éditions du Seuil, 1979, p. 8.

¹¹ L'effort de Michel Duverger qui « tend à [...] esquisser une première théorie générale des partis, nécessairement vague, conjecturale, approximative, qui puisse servir de base et de guide à des analyses en profondeur » n'est pas suivi par la doctrine et la jurisprudence françaises (*Les partis politiques*, 1^{er} éd., 1951, Armand Colin, p. vii.).

¹² « Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi. La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation. ».

¹³ *La France insoumise, Renaissance, Europe Écologie Les Verts, Les Républicains, Rassemblement national...* le mot « parti » semble abandonné, mais ce choix ne modifie pas la fonction de médiateur entre la société civile et l'État. V. Jean-François Kerléo, « Délitement des partis et émergence des mouvements politiques. Une approche

matérielles fondamentales dans le rôle fonctionnel des partis et mouvements dans la formation de la volonté politique.

Il n'existe pas de procédure d'interdiction spécifique aux partis politiques. La loi du 10 janvier 1936, intégrée à l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure¹⁴ n'est pas spécialement destinée aux partis politiques. Ses dispositions visent « toutes les associations ou groupement de fait [...] dont l'objet ou l'action tend à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou à attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement [...] ou dont l'activité tend à faire échec aux mesures concernant le rétablissement de la légalité républicaine »¹⁵. La dissolution est prononcée « par décret en conseil des ministres ». Le champ d'application initial de la loi de 1936, qui visait les groupes de combat armés et les milices privées, a été étendu aux mouvements collaborationnistes, aux événements algériens, aux groupuscules racistes ou terroristes¹⁶. Le pouvoir exécutif est maître de la procédure et peut décider de la vie ou de la mort politique d'un mouvement. Cette mainmise du Gouvernement peut paraître à certains égards problématique : la possibilité d'un recours formé contre le décret de dissolution devant le Conseil d'État n'exclut pas complètement l'éventualité de règlement de comptes politiques entre le pouvoir exécutif – qui pourrait avoir lieu entre le(s) parti(s) ayant accédé aux fonctions gouvernementales – et leurs opposants sur l'échiquier politique¹⁷.

Comparé à l'ossature constitutionnelle de la procédure d'interdiction allemande, le procédé français paraît davantage politisé et moins juridictionnalisé. Le cas allemand ne

constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, n°133, p. 53-73, pour qui « l'apparition du vocable 'mouvement' connote une approche plus souple et dynamique qui semble épouser les mutations de la société civile.

¹⁴ Cette loi a été tardivement intégrée au Code de la sécurité intérieure par l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure, ratifiée par la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. La loi n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République (§§ 30 s.) a modifié les hypothèses dans lesquelles une dissolution peut être prononcée.

¹⁵ L'article 212-1 du Code de la sécurité intérieure expose une longue liste d'actions qui peuvent tomber dans son champ d'application et aboutir à la dissolution des associations ou groupements qui en sont les auteurs. P.ex. : sont dissous les associations ou groupements qui « provoquent à des manifestations armées ou à des agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens », « qui présentent [...] le caractère de groupes de combat ou de milices privées », « qui, soit provoquent ou contribuent par leurs agissements à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine, de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination ou cette violence ».

¹⁶ Quelques exemples : le *Mouvement corse pour l'autodétermination* a été dissous par décret du 22 janvier 1987 (JORF du 24 janvier 1987, p. 861) ; le mouvement politique *L'œuvre française* a été dissous par décret du 25 juillet 2013 (JORF du 27 juillet 2013) ; le *Parti antisioniste* – dissous par décret du 20 mars 2019 (JORF du 21 mars 2019) ; *Génération identitaire* – dissous par décret du 3 mars 2021 (JORF du 4 mars 2021) ; le mouvement *Civitas* – dissous par décret du 4 octobre 2023 (JORF du 5 octobre 2023). Certains des procédures de dissolutions font l'objet de recours devant le juge administratif.

¹⁷ Augustin Berthout, « Dissoudre un parti politique en conseil des ministres ? Interrogations autour de la dissolution de Civitas », *JP Blog*, 21 octobre 2023, https://blog.juspoliticum.com/2023/10/21/dissoudre-un-parti-politique-en-conseil-des-ministres-interrogations-autour-de-la-dissolution-de-civitas-par-augustin-berthout/#_ftnref15, (dernière consultation le 22 novembre 2023). Pour Thomas Hochmann, "Auflösung des Front national: eine Anleitung", *Verfassungsblog*, 16 octobre 2014, <https://verfassungsblog.de/aufloesung-des-front-national-eine-anleitung/>, la dissolution d'un parti est juridiquement possible.

présente guère les caractéristiques d'un système parfait qui devrait servir d'un exemple hypothétique et faire l'objet d'une entreprise d'exportation à l'étranger. Les différences profondes des cultures juridiques française et allemande, même atténuées par le socle européen commun, ne permettent pas de transplanter une procédure, de la calquer sur un autre ordre juridique. L'analyse de la jurisprudence allemande sur les demandes d'interdiction de partis politiques est plutôt une image à contempler. De cette contemplation pourrait naître une réflexion générale sur la place constitutionnelle des partis et mouvements politiques en France et leur spécificité – leur vocation à participer à la formation de la volonté politique du peuple – qui tend à les distinguer de toutes les autres associations et groupements.

Il n'existe pas, au sein de l'espace démocratique européen, de « standard commun » relatif à l'activité des partis politiques ou à leur interdiction. Dans certains États européens, la procédure de dissolution d'un parti politique est régie par la loi ordinaire, et la décision de la prononcer appartient, dans certains cas, à un tribunal constitutionnel¹⁸. Les motifs permettant l'interdiction d'un parti sont liés à des programmes idéologiques racistes ou nationalistes, visant à détruire les fondements de l'ordre constitutionnel, ou sont en lien avec leur affiliation à une organisation étrangère¹⁹.

L'interdiction²⁰ d'un parti politique²¹, déclaré inconstitutionnel, s'inscrit difficilement dans le paysage d'un régime démocratique et libéral caractérisé par la liberté d'action et la liberté d'exprimer ses opinions politiques²². Ainsi, le danger existe que cette option,

¹⁸ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Avis n°489/2008 du 13 mars 2009 sur les dispositions constitutionnelles et législatives relatives à l'interdiction des partis politiques en Turquie*, p. 7 s. : « Dans la plupart des pays, qui ont adopté des règles sur la dissolution des partis, cette fonction est attribuée à la Cour constitutionnelle, ce qui est par exemple le cas en Turquie. Dans certains pays, comme l'Espagne et le Danemark, la compétence est attribuée à la Cour suprême qui est toutefois tenue de se prononcer dans le cadre de procédures spéciales, la possibilité de faire appel devant la Cour constitutionnelle étant prévue dans le cas de l'Espagne » ; *Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues* adoptées par la Commission de Venise les 10 et 11 décembre 1999, CDL-INF(2000)1, p. 11 présente un panorama de la matière.

¹⁹ Article 13, alinéa 5 de la Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993 («[s]ont interdites la création et l'activité d'associations dont les buts et les actes visent à modifier par la violence les fondements de l'ordre constitutionnel, à violer l'intégrité de la Fédération de Russie, à attenter à la sécurité de l'État, à créer des formations armées, à inciter à la discorde sociale, raciale, ethnique et religieuse ») ; article 69 de la Constitution turque du 7 novembre 1982 (« [l]es partis politiques qui reçoivent une aide financière d'États étrangers, d'organisations internationales ou de personnes physiques ou morales n'ayant pas la nationalité turque sont dissous à titre définitif »).

²⁰ Rudolf Streinz, « Artikel 21 », in Mangoldt, Klein, Starck, *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 8^e éd., C.H. Beck, 2018, points 211b s., remarque que le terme « interdiction » (*Verbot*) n'est pas mentionné dans le texte de la Loi fondamentale afin d'éviter des parallèles avec le régime national-socialiste qui, dès 1933, prononcera plusieurs « interdictions » de partis politiques considérés comme faisant partie de l'opposition.

²¹ En vertu du § 2 de la loi sur les partis du 24 juillet 1967, les partis sont définis comme « associations de citoyens, qui ont une influence, de manière stable ou pour un temps déterminé, dans le cadre de la Fédération ou d'un État fédéré, sur la formation de la volonté politique et qui participent à la représentation du peuple dans le *Bundestag* ou dans un Parlement d'État fédéré [...] » (*Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluß nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen* [...]).

²² En ce sens, v. Christian Waldhoff, « §10 Parteien-, Wahl und Parlamentsrecht », in Matthias Herdegen, Johannes Masing, Ralf Poscher, Klaus Gärditz (éds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1^e éd., C.H. Beck, 2021, points 45-51.

ouverte par le pouvoir constituant en réaction au naufrage de la Constitution de Weimar, dans laquelle les « partis politiques apparaissent uniquement comme des éléments négatifs »²³, soit perçue comme un jugement de valeur déguisé sous les habits de la protection de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 (LF). La Constitution de Weimar de 1919 ne comporte qu'une mention des partis politiques, dans la disposition relative aux fonctionnaires : « Les fonctionnaires sont serviteurs de tous, et non pas d'un parti » (article 130)²⁴. À côté de cette présence négative, la Constitution weimarienne présupposait l'existence de ces formations²⁵. Les partis politiques, perçus comme une menace pour l'unité de l'État, qualifiés de « partie honteuse » du droit public²⁶, sont la condition *sine qua non* de la réalisation de la démocratie. L'opposition artificielle entre les partis politiques et le régime démocratique ne peut être qu'« auto-illusion » ou « hypocrisie », car la démocratie s'accomplit « nécessairement » et « immanquablement » dans un « État de partis » (*Parteienstaat*)²⁷.

Le spectre de Weimar ne suffit pas à justifier ce geste radical qu'est l'interdiction d'un parti politique et, par conséquent, la condamnation institutionnelle et morale tant de ses cadres dirigeants que de ses sympathisants. L'article 21, alinéa 2 LF représente une atteinte aux droits des partis politiques mentionnés à l'alinéa 1^{er} de la même disposition²⁸, mais ne doit tout de même pas être entendu comme une interdiction visant l'opinion, il s'agit plutôt d'« une interdiction organisationnelle »²⁹.

La notion de parti politique « n'a jamais été entourée de l'enclos protecteur de la terminologie spécialisée »³⁰, elle appartient à ces notions à jamais partagées entre la

²³ Christian Hillgruber, « § 118 Parteienfreiheit », in Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (éds.), *Handbuch der Grundrechte*, vol. 5, 2013, p. 466.

²⁴ Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 10^e éd., 1929.

²⁵ Gustav Radbruch, *Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts*, in Gerhard Anschütz, Richard Thoma (éd.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1, Mohr Siebeck, 1930, p. 290.

²⁶ Gustav Radbruch, *Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts*, in Gerhard Anschütz, Richard Thoma (éd.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1, Mohr Siebeck, 1930, p. 288.

²⁷ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2^e éd., 1929, Mohr Siebeck, p. 20; Gerhard Leibholz, « Parteienstaat und repräsentative Demokratie », *Deutsche Verwaltungsblätter*, 1951, p. 1-8; du même « Volk und Partei im neuen deutschen Verfassungsrecht », in *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3^e éd., 1967, p. 71-77. V. également: Peter M. Huber, « Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems – Wie tragfähig ist das Grundgesetz? », *JuristenZeitung*, 1994, p. 689-696; Martin Morlok, Thomas Poguntke, Ewgenij Sokolov (dir.), *Parteienstaat – Parteiendemokratie*, Nomos, 2018. Pour Peter Haungs, « Die Bundesrepublik – ein Parteienstaat ? Kritische Anmerkungen zu einem wissenschaftlichen Mythos », *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1973, p. 502-524, « la République fédérale comme État de partis » est un « mythe scientifique ». Sous Weimar, le *Parteienstaat* fait l'objet de critiques virulentes de la part de juristes affiliés à l'idéologie nazie: Otto Koellreuter, *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat*, Mohr (Siebeck), 1927.

²⁸ « Les partis concourent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit être conforme aux principes démocratiques » (*Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen*). Sur la notion de parti politique et sa place dans l'architecture constitutionnelle allemande : Ernst Forsthoef, « Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien », *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1950, p. 313-318.

²⁹ Hans Hugo Klein, « Artikel 21 », in Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 101^e éd. électronique actualisée, 2023, C.H. Beck, München, point 486: « Das Parteiverbot ist [...] Organisationsverbot ».

³⁰ Klaus von Beyme, « Partei, Faktion », in Otto Brunner, Werner Conze, Reinhard Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 4, Klett-Cotta, 1978, p. 677: « [...] niemals von dem schützenden Hag einer Fachsprache umgeben war ».

science politique, l'histoire, le droit, ou encore la sociologie. Erich Kaufmann les définit comme « les inquiétants pouvoirs de la société [...] qui, se donnant eux-mêmes les lignes de leur comportement, imposent leur loi à la vie constitutionnelle, et dont la force irrationnelle ne peut pas être contrôlée par les normes abstraites formulées par l'État »³¹. L'apparition de ces « inquiétants pouvoirs »³², « ces nouvelles formations [qui] sont les enfants de la démocratie, du suffrage universel, de la nécessité de recruter et d'organiser les masses »³³, est liée à la formation progressive de la sphère de la société civile qui commence, déjà, sous la période de la monarchie, à partir de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle, à se constituer en tant que domaine distinct de celui de l'État.

La difficulté principale sur le chemin de la compréhension du rôle des partis politiques dans la formation de la volonté politique aujourd'hui est sans conteste leur place dans le champ de la vie réelle : ils ne peuvent pas complètement être commandés par des règles juridiques et des pans entiers de leur activité échappent au droit. Ils sont situés dans une zone délicate, à la lisière de la réalité politique et du droit constitutionnel.

La question de la place des partis politiques dans l'ensemble institutionnel de l'État appelle des réflexions sur la problématique globale de l'analyse constitutionnelle. Il est impossible de trouver un début de réponse si l'on se réfère de manière binaire à des « normes déconnectées de la réalité » ou à une « réalité dénuée de toute normativité »³⁴. De forces émanant de la société agissant sur le pouvoir d'État les partis politiques se transforment en forces créatrices de ce même pouvoir. C'est ce moment de transformation occulte, situé en dehors du territoire du droit, qui représente un écueil difficilement surmontable pour la compréhension du parti politique devenu, par son accession au pouvoir, le « porte-parole du peuple organisé »³⁵. La place des partis politiques est dans la zone floue située entre l'État et la société³⁶. Leur constitutionnalisation, le dernier stade de leur évolution, n'opère pas en même temps un changement de position. L'endroit, où se meuvent les partis politiques, est toujours un point de tension, une rencontre entre deux forces : les forces institutionnelles et les forces dynamiques de la société. Malgré l'incorporation constitutionnelle, le statut des partis reste soumis au droit privé, ils ne sont pas matériellement des « organes » de l'État, même si, d'un point de vue procédural, ils y sont assimilés par le juge

³¹ Erich Kaufmann, *Die Regierungsbildung in Preußen und im Reich und die Rolle der Parteien*, Die Westmark, 1921, p. 121: « [...] die unheimliche gesellschaftlichen Gewalten, die sich selbst die Normen ihres Verhaltens gebend, ihr Gesetz dem Verfassungsleben aufzwingen und in ihrer durchaus irrationalen Kraft durch staatlich formulierte abstrakte Normen nicht reguliert werden können ».

³² Reinhart Kosellek, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Suhrkamp, 1973; en français: *Le règne de la critique*, Éditions de Minuit, coll. Arguments, 1979.

³³ Max Weber, « La vocation d'homme politique », in *Le Savant et le Politique*, Plon, 1959, p. 154.

³⁴ Konrad Hesse, « Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Walter de Gruyter, 1959, p. 12: « [...] weder die Beschäftigung mit wirklichkeitslosen Normen noch die mit einer normlosen Wirklichkeit [...] ».

³⁵ Heinrich Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, 2^e éd., p. 33: « Sprachrohr des organisierten Volkes ». V. Anna-Bettina Kaiser, *Die Organisation politischer Willensbildung : Parteien*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, De Gruyter, 2022, p. 117-170, en particulier p. 137: "Sind Parteien noch "Sprachrohr des Volkes"?. L'exposé d'Anna-Bettina Kaiser dessine une image complète de l'état des partis politiques en Allemagne.

³⁶ Wilhelm Henke, *Das Recht der politischen Parteien*, 2^e éd., 1972, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, p. 1 s.

constitutionnel. L'observateur naïf pourrait hâtivement arriver à la conclusion que tout ce qui touche aux partis est de manière évidente antagonique, que les forces institutionnelles (État) et les forces dynamiques (société) entretiennent des rapports conflictuels qui les opposent à jamais. Pourtant, une lecture plus attentive permet de voir que les partis occupent cette place où cristallise la jonction entre ces deux éléments d'apparence contradictoires rendant ainsi la transformation constante, par l'élection, des forces dynamiques en forces institutionnelles. L'État de partis ne signifie pas que l'appareil institutionnel soit englouti par ces « forces obscures », mais marque davantage l'apparition d'une formation ordonnée de la volonté politique, qui donne forme à l'informité des opinions divergentes. Il s'agit de l'expression ordonnée de différentes conceptions du monde présentes au sein de la société civile qui s'élèvent au niveau de l'État afin de devenir un programme politique mis en œuvre par les forces institutionnelles.

Dans le cadre du régime démocratique et libéral de la Loi fondamentale, les partis politiques ont une importance et des missions particulières³⁷. La définition de l'article 21, alinéa 1^{er} LF est concrétisée par la loi fédérale sur les partis politiques (*Gesetz über die politischen Parteien, Parteiengesetz*) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1967 (§ 2, alinéa 1^{er}) : « Les partis sont des associations de citoyens qui, sans limitation de temps ou pour une longue durée, influent sur la formation de la volonté politique au niveau de la Fédération ou d'un *Land* et entendent participer à la représentation du peuple au *Bundestag* ou à un Parlement de *Land* (*Landtag*), pourvu que l'ensemble des circonstances de fait qui leur sont propres, notamment l'ampleur et la consistance de leur organisation, leurs effectifs et leur activité sur la scène publique présentent une garantie suffisante du sérieux de ces objectifs ». Le législateur lie ainsi l'existence des partis à un objectif précis : la participation à la représentation au sein du Parlement fédéral et des assemblées des États fédérés. Ce statut n'est point acquis, puisque la loi prévoit également sa perte : si le parti « n'a présenté de candidats ni à une élection législative (*Bundestag*) ni à une élection régionale (Parlement de *Land*) ou si, depuis six ans « l'association n'a rendu aucun rapport comptable en vertu de l'obligation de rendre ses comptes publics »³⁸.

Le gouvernement et l'exercice du pouvoir d'État³⁹ supposent l'existence de formations politiques représentant la volonté du peuple se trouvant dans la capacité à l'exprimer de manière suffisamment fidèle et complète. Les partis politiques ont la fonction d'« intermédiaire », d'« élément de liaison » dans « la chaîne de légitimation » entre le peuple et les représentants politiques censés exprimer sa volonté⁴⁰. Ils permettent la mise

³⁷ V. de manière générale : Christian Hillgruber, « §118 Parteienfreiheit », in Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (éds.), *Handbuch der Grundrechte*, vol. 5, 2013, p. 463-518. ».

³⁸ Pour une analyse de la loi sur les partis politiques : Sophie Schönberger, *Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung – Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

³⁹ Article 20 LF.

⁴⁰ Konrad Hesse, « Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n°17, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1959, p. 21 : « Ils ont la fonction indispensable d'intermédiaire dans la chaîne de légitimation entre le peuple et les dirigeants » (*Sie haben die unerläßliche Funktion des Bindesgledes in der Legitimationskette zwischen Volk und politischer Führung*) ; Martin Morlok, « Artikel 21 », in Horst Dreier (éd.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2,

en œuvre de la volonté du peuple sans qu'il y ait une identité entre ces deux éléments constitutifs de la chaîne de légitimation démocratique. Les partis politiques sont le vecteur de réalisation de cette volonté en effectuant un travail de transformation qui permet ainsi aux idées nées dans « l'espace libre de formation de la volonté politique »⁴¹ d'atteindre le stade de la participation au gouvernement. C'est avant tout la mission des partis majoritaires qui écrivent les lignes directrices de la politique de l'État. Toutefois, les partis politiques minoritaires sont indispensables, car ils rendent possible une contestation saine et nourrissent les débats politiques – lieu de confrontation des différentes idées dans une société libre et marquée par la diversité politique, sociale et culturelle. Ils jouent le « rôle de frein » en modérant la puissance des partis ayant accédé aux responsabilités gouvernementales⁴². La figure du parti politique est la pièce maîtresse de la démocratie représentative moderne⁴³. Les voix des électeurs tranchent en décidant de l'importance que prendra un parti ou un mouvement sur la scène politique. De participants à la compétition politique⁴⁴, certains partis se transformeront, par l'onction de l'élection, en décideurs politiques, en gouvernants. Cette transformation ne peut s'accomplir que dans le cadre d'un système prévoyant une liberté d'action suffisante, protégée d'influence extérieure et garantissant un degré d'autonomie compatible avec les principes de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral.

Le parti politique « ennemi » de l'ordre constitutionnel fait partie intégrante de la réalité politique d'une démocratie libérale. Les courants politiques extrémistes, contestataires ou incompatibles avec les principes démocratiques traduisent souvent le refus de l'offre politique, qui ne satisfait pas les attentes des électeurs, et reflètent le dysfonctionnement du régime parlementaire en quête de représentativité suffisante⁴⁵. Mais quelle est la manière dont il convient de combattre ces formations politiques et leurs actions ? Ce n'est qu'après avoir épuisé les possibilités de dialogue politique, que l'interdiction doit être envisagée comme solution afin de préserver les fondations de l'ordre

3^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 358-359. V. encore: Sophie Schönberger, "Vom Suchen und Finden der Macht im Verfassungsrecht - Neujustierungen im Verständnis von Art. 21 GG", *Juristenzeitung*, 2017, p. 701 s.

⁴¹ BVerfGE 8, 104, 113: « Vorformung der politischen Willensbildung des Volkes », avec des références bibliographiques supplémentaires.

⁴² Konrad Hesse, « Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n°17, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1959, p. 21 : « Ihnen obliegt die Kritik, die Kontrolle und damit die Mäßigung der Macht der herrschenden Führungsgruppe [...] ».

⁴³ Sur le concept de représentation : Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 1995 ; Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Démocratie et représentation. Pour une critique du débat contemporain », in du même, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ/Bruylant, 2000 ; Olivier Jouanjan, « Échapper au concept Hobbesien de représentation en démocratie ? », *Jus Politicum*, n°29, 2022 : « La démocratie suppose alors que cette médiation soit assurée par la participation effective de tous les citoyens, et non plus seulement d'une élite. Il ne peut uniquement s'agir de l'élection des assemblées, ce qui est sa condition évidente, mais aussi de la participation à la discussion publique, ce qui suppose la reconnaissance et la garantie de l'ensemble des droits politiques, qui ne comprennent pas seulement le droit de suffrage, mais aussi les libertés d'expression, d'information, d'association, de formation de partis politiques et de syndicats, de manifestation, ainsi que l'égal accès aux emplois publics ».

⁴⁴ Sophie Schönberger, « Vom Suchen und Finden der Macht im Verfassungsrecht – Neujustierungen im Verständnis von Art. 21 GG », *Juristenzeitung*, 2017, p. 701-707, invite à penser le droit des partis politiques comme droit de la concurrence (politique) : « Parteienrecht als Wettbewerbsrecht » (p. 706).

⁴⁵ Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 225, parle du « symptôme du parti politique ennemi de l'ordre constitutionnel » (*das Symptom verfassungsfeindliche Partei*).

constitutionnel démocratique et libéral. Savoir si un parti politique doit être interdit relève du champ politique et mobilise la marge d'appréciation des organes politiques agissant conformément aux missions constitutionnelles qui leur sont attribuées. Ce sont les organes politiques qui décident de formuler une demande d'interdiction adressée à la Cour constitutionnelle fédérale. Cependant, il n'existe pas d'obligation constitutionnelle de demander l'interdiction d'un parti politique, même dans l'hypothèse où toutes les conditions énumérées dans l'article 21, alinéa 2 LF sont réunies. La décision d'agir dans ce cas de figure particulier reste déterminée par la latitude politique, dont disposent le *Bundestag*, le *Bundesrat* et le gouvernement fédéral, compétents pour saisir le juge en vertu du § 43, alinéa 1^{er} de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale⁴⁶.

Dans ce jeu entre marge de manœuvre politique, formation de la volonté politique et coexistence de différentes mouvances politiques, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne se voit confier un rôle central. La jurisprudence de la Cour, même si elle est rare en matière d'interdiction de partis politiques, présente quelques changements de direction. En passant par des solutions préventives, faisant montre d'une volonté d'exprimer « une inquiétude pour l'avenir »⁴⁷ sans constater des agissements concrets justifiant l'interdiction, la Cour a affiné son analyse en introduisant un élément d'intensité indiquant le danger du parti politique visé par la demande d'interdiction.

En vertu de l'article 21, alinéa 2 LF⁴⁸, les partis politiques « 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 inconstitutionnels ». La Cour constitutionnelle fédérale « statue sur la question de l'inconstitutionnalité »⁴⁹. La Loi fondamentale rend également possible, aux termes de l'article 9, alinéa 2 LF⁵⁰, l'interdiction des associations dont les activités visent la destruction de l'ordre constitutionnel allemand. Ces deux dispositions sont étroitement liées en ce qu'elles expriment la volonté de défendre les bases démocratiques et libérales de la République

⁴⁶ Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 226 : « [...] in der Regel haben die politischen Organe einen Ermessensspielraum ». Le gouvernement d'un *Land* peut, aux termes du § 43, alinéa 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale du 12 mars 1951, saisir la Cour d'une demande d'inconstitutionnalité au sens de l'article 21, alinéa 2 LF dans l'hypothèse où l'organisation du parti visé se limite au territoire de ce *Land*.

⁴⁷ BVerfGE, 5, 85, 142.

⁴⁸ L'interdiction de partis politiques n'est pas un *novum* dans l'histoire politique allemande : Martin Morlok, « Artikel 21 », in Horst Dreier (éd.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 3^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 352, qui énumère les différentes lois permettant l'interdiction de partis politiques, de 1832 à 1933.

⁴⁹ « Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht. »

⁵⁰ « Les associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales, ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples, sont prohibées » (*Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten*). Article 21, alinéa 2 LF représente ainsi une *lex specialis* relative aux partis politiques, à côté de l'article 9 et de l'article 18 LF.

fédérale en mettant en œuvre les principes de la « démocratie militante » (*streitbare Demokratie*)⁵¹.

La dernière décision importante en la matière, rendue le 17 janvier 2017⁵² au bout d'une phase procédurale ayant duré quelques années, éveille la curiosité du lecteur. Le juge constitutionnel se prononce contre l'interdiction du parti *NPD* (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*, Parti national-démocrate d'Allemagne)⁵³. Cette solution intervient à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 octobre 2016, qui déclare irrecevable la demande du *NPD* portant sur la violation de ses droits résultant de l'absence d'un recours interne effectif constant la constitutionnalité d'un parti politique ayant fait l'objet de procédures d'interdiction n'ayant pas abouti. Le parti considérait qu'il se trouvait dans une situation d'interdiction constitutionnelle factuelle et était la cible de comportements politiques discriminatoires⁵⁴.

En 1952, déjà, la Cour déclare le *Parti socialiste du Reich* (*Sozialistische Reichspartei*) inconstitutionnel⁵⁵, et, en 1956, le même sort est réservé au *Parti communiste d'Allemagne* (*Kommunistische Partei Deutschlands*)⁵⁶. Enfin, le *NPD* a déjà fait l'objet d'une demande d'interdiction ayant échoué en 2003 à cause d'« insurmontables raisons procédurales »⁵⁷. L'article 21, alinéa 2 LF est certes un instrument de protection de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral, mais cette arme de défense est utilisée avec une extrême parcimonie par la Cour de Karlsruhe, ce qui n'est pas sans soulever quelques critiques ou même des reproches fantaisistes liées à la prétendue inconscience des juges quant au danger que pourraient représenter, à long terme, les agissements des dirigeants du parti et ses sympathisants.

En suivant l'analyse de la décision de la Cour constitutionnelle, le 22 juin 2017, le Parlement allemand adopte la loi de révision constitutionnelle de l'article 21 LF et la loi sur l'exclusion du financement public des partis inconstitutionnels. Le 7 juillet 2017 le

⁵¹ Markus Thiel, « Das Parteiverbot », in Markus Thiel (dir.), *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Ordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 173 s.

⁵² BVerfGE « NPD-Verbotsverfahren » du 17 janvier 2017, rendue à l'unanimité (il faut tout de même signaler la composition « incomplète » du premier sénat de la Cour en raison de la fin de mandat du juge Landau qui n'est pas remplacé durant la procédure).

⁵³ Le *NPD*, fondé en 1964 par d'anciens membres du Parti socialiste du Reich, interdit en 1952 par la Cour constitutionnelle, n'a aujourd'hui aucun mandat au niveau fédéral. Dans le passé, ses résultats électoraux au niveau national furent plutôt faibles (entre 0,5 et 2%), avec quelques exceptions dans certains États fédérés (dans le *Land* de Saxe, le *NPD* enregistre, en 2004, près de 9%). En 2014, grâce à la suppression par la Cour constitutionnelle fédérale du seuil de 5% exigé afin d'obtenir un mandat parlementaire (BVerfGE 129, 300 « Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG » du 9 novembre 2011 qui ne concerne que les élections européennes), le parti réussit à faire entrer un de ses candidats au Parlement européen.

⁵⁴ Cour EDH, 4 octobre 2016, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) c. Allemagne*, req.n°55977/13.

⁵⁵ BVerfGE 2, 1 « SRP-Verbot » du 23 octobre 1952.

⁵⁶ BVerfGE 5, 85 « KPD-Verbot » du 17 août 1956. Le Parti communiste d'Allemagne, fondé en 1919, fut interdit en 1956 pour renaître, en 1968, sous la forme du Parti communiste allemand (*Deutsche Kommunistische Partei*). En République fédérale d'Allemagne, aucune procédure d'interdiction n'est engagée contre l'héritier du *KPD*. Il se disloque rapidement en formant des groupuscules et formations politiques sans aucun poids politique.

⁵⁷ BVerfGE 107, 339 « NPD-Verbotsverfahren » du 18 mars 2003.

*Bundesrat*⁵⁸ adopte à son tour les deux lois⁵⁹. 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 » (article 21, alinéa 3 LF). Une demande conjointe du Bundestag, du Bundesrat et du gouvernement fédéral en vertu de l'article 21, alinéa 3 LF a été introduite devant la Cour en vue d'exclure Die Heimat (ex-NPD) de financements publics. La décision est attendue courant 2024.

Limiter la liberté d’action d’un parti en prononçant son inconstitutionnalité au nom de la démocratie, sans porter à celle-ci un coup liberticide, telle est la mission épineuse du juge constitutionnel. Il doit procéder à une opération de mise en balance entre les intérêts en présence : ceux du parti politique visé par la procédure et ceux défendus par les organes politiques auteurs de la saisine qui sont censés être les défenseurs de l’ordre constitutionnel démocratique et libéral. La tension entre ces intérêts, qui paraissent, dans le cadre de la procédure d’interdiction, inconciliables, ne peut être résolue que par une interprétation stricte de l’article 21, alinéa 2 LF et une analyse précise des données factuelles, qui doivent prouver non seulement le caractère inconstitutionnel du parti, mais, avant tout, démontrer que ses agissements sont d’une ampleur suffisante afin de réellement menacer les biens protégés : l’existence de la République fédérale⁶⁰ ou l’ordre constitutionnel démocratique et libéral.

⁵⁸ Dans cette contribution, Parlement et *Bundestag* sont utilisés comme synonymes. La présentation d’un parlement fédéral bicaméral, que l’on trouve chez une grande partie des auteurs français, est erronée (p.ex. chez M.Troper, F. Hamon, P. Brunet, *Droit constitutionnel*, 44^e éd., LGDJ, 2023, p. 246, on lit que le Parlement allemand « comporte les deux Chambres impliquées par le fédéralisme : le *Bundestag* [Diète] qui représente le peuple entier de la fédération et le *Bundesrat* qui représente les États », ou encore D. Chagnollaud de Sabouret, P. de Montalivet, *Droit constitutionnel contemporain I*, Dalloz, 10^e éd. 2019 : « Bicaméral, le Parlement est composé d’une chambre fédérale, le *Bundestag*, et d’une chambre des États, représentant les Länder [...] »). Le Parlement allemand est monocaméral, il n’y pas de deuxième chambre législative qui serait le *Bundesrat*. Ce dernier est un organe spécifique de la structure institutionnelle allemande résultant de l’histoire particulière de l’État fédéral allemand. V. H. H. Klein, « Aufgaben des Bundestages », in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 1^e éd., C.F. Müller, Heidelberg, 1987, p. 342 : « Der Deutsche Bundestag (...) ist das Parlament der Bundesrepublik Deutschland ». En langue française: Christian Autexier, *Introduction au droit allemand*, PUF, 1997, § 18: « Le Bundestag assure la représentation de l’ensemble du peuple allemand, dans une constitution résolument monocamérale. [...] Quelle que puisse être en effet la propension naturelle des publicistes français à assimiler le Bundesrat au Sénat, il n’est pas permis d’ignorer la mise au point péremptoire de la Cour constitutionnelle fédérale: “Il découle de la la LF que le Bundesrat n’est pas la seconde chambre d’un organe législatif homogène” [...] (BVerfGE 37, 363 [380])” ».

⁵⁹ Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Grundgesetzes zum Zweck des Ausschlusses extremistischer Parteien von der Parteienfinanzierung, Drucksache 18/12100, 26.04. 2017, p. 1 : « Même si la Cour constitutionnelle fédérale, dans sa décision récente, n’a pas interdit le *NPD*, il existe d’autres possibilités de réaction afin de montrer que, au sein des partis politiques, le racisme, l’antisémitisme, le comportement hostile à la démocratie n’ont aucune place » (Auch wenn das Bundesverfassungsgericht die *NPD* mit seinem jüngsten Urteil nicht als Partei verboten hat, gibt es andere Reaktionsmöglichkeiten, um aufzuzeigen, dass in Parteien kein Platz für Rassismus, Antisemitismus und Demokratiefeindlichkeit ist) ; Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 21), Drucksache 18/12357, 16.05.2017, p. 1 : « Des partis politiques qui combattent de manière méthodique l’ordre constitutionnel démocratique et libéral [...] ne doivent plus bénéficier de financements publics » (Parteien, die zielgerichtet die freiheitliche demokratische Grundordnung [...] bekämpfen [...] sollen nicht länger finanzielle Zuwendungen seitens des Staates genießen dürfen).

⁶⁰ L’existence de la République fédérale (*Bestand*) concerne son intégrité territoriale. Elle peut, par exemple, être menacée par des revendications séparatistes. Cette question ne s’est pas encore posée devant la Cour constitutionnelle fédérale.

Partie I – La « démocratie militante » en expédition contre les « inquiétants pouvoirs » de la société ou les éléments constitutifs de la procédure d'interdiction des partis politiques.

La « démocratie militante » (*streitbare Demokratie*) est le cadre, qui permet la protection de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral (A), en faisant le pari de la conciliation problématique entre le principe de liberté qui commande la société démocratique et la nécessaire défense du régime contre ses « ennemis » (B).

A. La procédure d'interdiction des partis politiques comme élément de la « démocratie militante ».

La relation des Allemands à la démocratie est « idiosyncratique » : elle est basée sur « l'expérience et certaines réticences instinctives » propres au peuple allemand qui ne se prêtent pas à une explication complètement rationnelle et qui proviennent des « tréfonds de l'histoire personnelle, passent par des changements et peuvent aussi être surmontées »⁶¹.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande sur l'interdiction de partis politiques en vertu de l'article 21, alinéa 2 LF représente une pierre importante dans la construction conceptuelle et sémantique de la « démocratie militante » au sens de la Loi fondamentale⁶². Dans un premier temps, le choix terminologique que fait le juge constitutionnel est celui du terme « *streitbare* » (militante, combattante), mais, dans certaines décisions, l'expression « *wehrhafte Demokratie* » (démocratie capable de se défendre, ayant la capacité de se défendre) est également utilisée.

La notion apparaît pour la première fois dans les textes du juriste allemand, Karl Loewenstein⁶³, exilé aux États-Unis, pour être reprise d'abord dans les discussions de la Convention du Herrenchiemsee⁶⁴, puis par le Conseil parlementaire⁶⁵ chargé d'écrire et

⁶¹ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 4 (1945-1990), C.H. Beck, München, 2012, p. 305 : « Das Verhältnis der Deutschen zur Demokratie war in diesem Sinne idiosynkratisch » ; « Idiosynkrasien nennt man instinktive, rational nicht begründbare Abneigungen » ; « Sie kommen aus der Tiefe der eigenen Geschichte, erleben Mutationen und können auch überwunden werden ».

⁶² V. l'ouvrage informatif de Dominik Pokora, *Die Revision des Parteiverbots*, Duncker & Humblot, 2022.

⁶³ Karl Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review*, 1937, n° 31, p. 417 s. et p. 638 s. Au moment de la rédaction de cet article Loewenstein travaille et vit aux États-Unis.

⁶⁴ La convention constitutionnelle de Herrenchiemsee (*Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*) est l'appellation populaire de la Commission d'experts pour les questions constitutionnelles (*Sachverständigen-Ausschuß für Verfassungsfragen*), qui s'auto-désigne comme Commission constitutionnelle de la Conférence des ministres-présidents des zones d'occupation occidentales (*Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westdeutschen Besatzungszonen*), qui prend place du 10 au 23 août 1948, est la réunion de personnalités expertes plénipotentiaires des *Länder* et un représentant sans droit de vote pour Berlin sous occupation américaine, française et britannique en vue de rédiger une première version du projet de constitution de l'État ouest-allemand. Cette rencontre fait office de phase préparatoire du Conseil parlementaire (*Parlamentarischer Rat*).

⁶⁵ Le Conseil parlementaire (*Parlamentarischer Rat*) (1^{er} septembre 1948-14 août 1949) est un organe créé par les ministres-présidents des *Länder* des zones d'occupation américaine, française et britannique, chargé de rédiger la Loi fondamentale de la République fondamentale d'Allemagne (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*).

de proposer, après la fin de la Deuxième guerre mondiale, la nouvelle constitution allemande⁶⁶. Elle ne figure pas dans le texte même de la Loi fondamentale. Pourtant, elle constitue une des vertèbres de l'épine dorsale constitutionnelle allemande.

Les techniques, ayant permis l'avènement des régimes totalitaires en Europe, ont été rendues possibles par les « conditions extraordinaires offertes par les institutions démocratiques » (*under the extraordinary conditions offered by democratic institutions*), car « la démocratie et la tolérance démocratique ont été utilisées en vue de leur propre destruction » (*[d]emocracy and democratic tolerance have been used of their own destruction*)⁶⁷. Pour éviter cet effet pervers, il faut donner à la démocratie toutes ses chances en la dotant d'instruments suffisamment puissants pour qu'elle puisse détruire, ou, au moins, neutraliser ses « ennemis ». Cette conception de la démocratie, qui combat ses ennemis en se servant de la force, va à l'encontre de l'idée démocratique développée par Hans Kelsen. Pour le juriste autrichien, dès l'instant où la démocratie commence à combattre ses ennemis à l'aide de moyens antidémocratiques, elle cesse d'être une démocratie et revêt aussitôt le manteau de la dictature. Elle ne peut se défendre contre le peuple, qui constitue sa base, sa raison d'être⁶⁸. C'est cette démocratie « neutre », qui est hâtivement désignée comme principale responsable de la débâcle nationale-socialiste, car restée (par manque d'action) sans défense face aux « ennemis », dont le but n'est que de la corrompre pour finalement établir un régime autoritaire. Il est vrai que, sous la République de Weimar, le régime démocratique n'est pas perçu comme un ensemble de valeurs devant être protégé, mais représente seulement une forme de gouvernement, un contenant, qui pouvait recevoir n'importe quel contenu. La démocratie weimarienne est ainsi marquée par un « relativisme des valeurs » (*Wertrelativismus*)⁶⁹. Il n'existe pas de conception matérielle du régime démocratique⁷⁰.

⁶⁶ Gerhard Leibholz, Hermann von Mangoldt (éd.), *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, nouvelle série, 1951, p. 202-210.

⁶⁷ Karl Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review*, 1937, p. 423.

⁶⁸ Hans Kelsen, « Zur Verteidigung der Demokratie » (1932), in Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius (éd.), *Verteidigung der Demokratie : Abhandlungen zur Demokratietheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 237 : « Eine Demokratie, die sich gegen den Willen der Mehrheit zu behaupten, gar mit Gewalt sich zu behaupten versucht, hat aufgehört, Demokratie zu sein. Eine Volksherrschaft kann nicht gegen das Volk bestehen bleiben. Und soll es auch gar nicht versuchen, d.h. wer für die Demokratie ist, darf sich nicht in den verhängnisvollen Widerspruch verstricken lassen und zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten » (souligné dans le texte).

⁶⁹ Eckart Bulla, « Die Lehre von der streitbaren Demokratie – Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973, pp. 340-360, en particulier p. 343 s.: « La 'démocratie' fut entendue, d'un point de vue formel, comme un simple système de règles régissant la vie politique, qui pouvait être remplie de n'importe quel contenu [...] » (« Demokratie » wurde formal als ein bloßes System von Spielregeln für das politische Leben begriffen, das materiell mit jedem Inhalt ausgefüllt werden konnte).

⁷⁰ Un des auteurs importants de l'époque, le positiviste Richard Thoma, ne consacre que peu de développements à la notion de démocratie dans le *Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Traité du droit public allemand)*. V. Richard Thoma, « Das Reich als Demokratie » [L'Empire comme démocratie], in Gerhard Anschütz, Richard Thoma (éd.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. 1, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, p. 186-200, où il constate que « le mot 'démocratie' n'est employé ni dans la Constitution du Reich, ni dans celles des États fédérés » et qu'il n'y a « aucune définition établie en droit positif » (*[d]as Wort Demokratie findet sich weder in der Reichsverfassung noch in den Landesverfassungen ; [e]s gibt keine positivrechtlich festgestellte Definition des Demokratischen*). Même si pour Thoma la démocratie n'est qu'une forme de gouvernement (dans laquelle le pouvoir émane du peuple), il écrit que la « liberté de la presse, de rassemblement et d'association » (*Freiheit der Presse, der Versammlungen und der Vereinigungen*) sont « nécessaires » (*notwendig*) à ce type de régime (p. 190). Pour Gerhard Leibholz, « Freiheitliche demokratische Ordnung und Bonner Grundgesetz », in du même,

L'idée d'un régime totalement démuni et inoffensif doit cependant être tempérée par l'existence de dispositions constitutionnelles et législatives⁷¹ qui permettaient un certain contrôle des « ennemis » de la démocratie⁷². Mais l'application qui en était faite était soit défailante, soit faussée. Il était déjà trop tard⁷³.

En 1949, la décision du pouvoir constituant d'ouvrir la possibilité prononcer la déchéance des droits fondamentaux (article 18 LF⁷⁴), d'interdire une association (article 9, alinéa 2 LF⁷⁵) ou d'interdire les partis politiques présentant, par les buts poursuivis, une menace imminente pour l'ordre démocratique et libéral ou l'existence de la République fédérale, composent l'*instrumentarium* de la « démocratie militante » allemande afin qu'elle ne reste pas uniquement un « vœux pieux »⁷⁶. Contre le « relativisme des valeurs » de Weimar on construit un ordre de valeurs (*Wertordnung*)⁷⁷. La Cour constitutionnelle définit cette décision comme une « décision constitutionnelle fondamentale de nature politique »⁷⁸. En tant que principe caractérisé d'un point de vue

Strukturprobleme der modernen Demokratie, C.F. Müller, Karlsruhe, 1967, p. 137, la discussion autour du contenu de la démocratie est porteuse de controverses.

⁷¹ Hans Hugo Klein, « Artikel 21 », in Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 101^e éd. électronique actualisée, 2023, C.H. Beck, point 497 : « Au contraire : les possibilités d'action contre les partis et autres groupements politiques étaient nombreuses » (*Im Gegenteil : die Möglichkeiten, gegen Parteien und andere politische Vereinigungen einzuschreiten, waren vielfältig*). Par exemple, il existait deux lois sur la protection de la République (*Gesetze zum Schutz der Republik*) qui rendaient possible l'interdiction d'organisations ouvertement hostiles à la « forme d'État républicaine conforme à la Constitution » (*verfassungsmäßige republikanische Staatsform*). La première loi fut promulguée le 23 juillet 1922, la seconde – qui comportait des modifications du premier texte – le 25 mars 1930 (sur ce point : Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 6 [*Die Weimarer Reichsverfassung*], Kohlhammer, Stuttgart, 1981, p. 660 s.). La Constitution de Weimar prévoyait, dans son article 48, alinéas 2 et 4, la possibilité pour le président du Reich, de prendre les mesures nécessaires (y compris restreindre les droits fondamentaux) en cas de danger pour la sûreté et l'ordre public. Sur les failles de Weimar : Olivier Jouanjan, « Un positiviste dans la crise », in Jean-François Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, ENS Editions, 2002, p. 47, note n°4, qui ajoute que « les adversaires de Weimar furent trop forts parce que la puissance d'attraction de Weimar était, dans le contexte de l'époque, trop faible ».

⁷² Hans Hugo Klein, « Artikel 21 », in Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 101^e éd. électronique actualisée, 2023, C.H. Beck, München, n°503 : « [...] d'après les dispositions normatives de la République de Weimar, il est possible de conclure qu'elle était mieux armée, en tant que régime démocratique capable d'assurer sa défense, que la République fédérale afin de combattre les ennemis de la constitution » ([...] *nach den normativen Voraussetzungen die Weimarer Republik weit stärker als die Bundesrepublik mit den Mitteln ausgestattet war, um sich im Kampf gegen verfassungsfeindliche Parteien als abwehrbereite Demokratie zu beweisen*).

⁷³ Otto Kirchheimer, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus : Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Suhrkamp, 1976, en particulier « Strukturwandel des politischen Kompromisses », p. 213-245.

⁷⁴ « Quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse (article 5, al. 1^{er}), de la liberté de l'enseignement (article 5, al. 3), de la liberté de réunion (article 8), de la liberté d'association (article 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), de la propriété (article 14), ou du droit d'asile (article 16a) pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux. La déchéance et son étendue sont prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale. »

⁷⁵ « Les associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales, ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'ententes entre les peuples, sont prohibées. »

⁷⁶ V. Utz Schliesky, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », in Josef Isensee, Paul Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 12 (*Normativität und Schutz der Verfassung*), 3^e éd., 2014, C.F. Müller, Heidelberg, p. 861.

⁷⁷ Utz Schliesky, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », in Josef Isensee, Paul Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 12 (*Normativität und Schutz der Verfassung*), 3^e éd., 2014, C.F. Müller, Heidelberg, p. 852-853.

⁷⁸ BVerfGE 28, 36, 48 : « verfassungspolitische Grundentscheidung », ou, encore, BVerfGE 5, 85 (139) : « verfassungsrechtliche Entscheidung » (décision constitutionnelle).

théorique par sa généralité basée sur sa structure ouverte et abstraite⁷⁹, la démocratie militante doit être concrétisée afin de déployer sa fonction de défense. Cependant, en garantissant l'existence du régime démocratique, elle ne doit pas aboutir à handicaper la liberté d'action qui lui est propre⁸⁰. Le principe est mis en œuvre par les organes de l'État, chargés, dans l'exercice de leurs missions constitutionnelles, de protéger l'ordre démocratique et libéral tout en veillant à ce que les mesures prises soient proportionnées à l'objectif visé : « [l]a Loi fondamentale a choisi, de manière consciente, de tenter une synthèse entre le principe de tolérance à l'égard de toutes les opinions politiques et la reconnaissance de certaines valeurs fondamentales inhérentes à l'ordre constitutionnel allemand »⁸¹.

Il s'agit d'une intrusion dans l'espace de liberté réservé aux partis politiques. Plus encore, il est question d'une mesure qui oriente le cours de la formation de la volonté politique et prive certains groupes de citoyens de la possibilité d'exprimer de manière libre et sans empêchement d'ordre étatique leurs opinions politiques. En activant la procédure d'interdiction des partis politiques au nom de la démocratie militante, les démocrates partent en croisade contre les courants politiques menaçant le régime qu'ils défendent.

Le risque de fausser la formation de la volonté politique du peuple commande la nécessité d'adopter une interprétation stricte des termes de l'article 21, alinéa 2 LF afin de ne pas céder aux sirènes démocrates sous prétexte qu'un parti politique pourrait se révéler trop dangereux. Ainsi, il n'est guère envisageable de prononcer l'inconstitutionnalité d'un parti uniquement en se basant sur l'éventualité de la réussite de son action liberticide et destructrice. Il faut davantage d'éléments concrets, d'agissements physiques, et non seulement virtuels, qui démontrent la volonté délibérée de sabrer les fondations du régime démocratique et libéral. Le juge constitutionnel exige la preuve « d'un comportement agressif, activement combatif » visant de manière planifiée et ciblée le fonctionnement des institutions⁸².

B. L'ordre constitutionnel démocratique et libéral : objet indéterminé de protection ?

Pour la Cour constitutionnelle fédérale, l'article 21, alinéa 2 LF est

⁷⁹ Utz Schliesky, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », in Josef Isensee, Paul Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 12 (*Normativität und Schutz der Verfassung*), 3^e éd., 2014, C.F. Müller, Heidelberg, p. 854 ; Karl Larenz, Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e éd., 1995, p. 308.

⁸⁰ C'est, en quelque sorte, la menace qui guette la démocratie militante. La volonté de préserver les bases constitutionnelles démocratiques peut également sonner comme un « suicide » programmé.

⁸¹ BVerfGE 5, 85, 138 : « Das Grundgesetz hat also bewußt den Versuch einer Synthese zwischen dem Prinzip der Toleranz gegenüber allen politischen Auffassungen und dem Bekenntnis zu gewissen unantastbaren Grundwerten der Staatsordnung unternommen ». Le juge constitutionnel va même plus loin dans son raisonnement en attendant des citoyens de défendre l'ordre constitutionnel démocratique et libéral, à l'instar des organes étatiques, et d'agir contre un abus des droits fondamentaux (v. : BVerfGE 28, 36, 48 : « Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Demokratie, die von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet und einen Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf dieser Ordnung nicht hinnimmt »).

⁸² BVerfGE 5, 85, 141 : « aktiv kämpferische, aggressive Haltung » ; « planvoll das Funktionieren dieser Ordnung selbst beseitigen [will] ».

L'expression d'une volonté politique consciente de résoudre un problème de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral, démarche précipitée résultant de l'expérience du pouvoir constituant qui, se trouvant dans une situation historique particulière, ne croyait plus en la mise en œuvre du principe de neutralité de l'État vis-à-vis des partis politiques ; en ce sens, il est l'expression de la « démocratie militante »⁸³.

« Aucune liberté (inconditionnelle) pour les ennemis de la liberté »⁸⁴ : tel était le mot d'ordre du nouveau régime constitutionnel qui devait ainsi être assuré de pouvoir déployer les armes nécessaires dans l'hypothèse d'une attaque tendant à l'anéantir. En prônant la liberté conditionnée par la qualité d'« ami » ou d'« ennemi »⁸⁵ du régime, le pouvoir constituant place le juge constitutionnel fédéral, seul compétent pour prononcer la qualité d'ennemi, dans une situation paradoxale, une « contradiction interne insupportable »⁸⁶, dont il ne peut s'extraire qu'au prix d'un travail d'équilibriste complexe. Le parti politique accusé d'être inconstitutionnel profite d'un « privilège ». À la différence des associations relevant de l'article 9, alinéa 2 LF, qui peuvent être interdites par les autorités exécutives, seule la Cour constitutionnelle peut être saisie d'une demande dirigée à l'encontre d'un parti dont l'activité et les buts sont présumés anticonstitutionnels. Ce monopole décisionnel au profit de Karlsruhe exclut la possibilité de saisir les cours constitutionnelles des États fédérés et abroge les dispositions constitutionnelles des *Länder* qui prévoyaient un autre type de procédure. Ainsi, l'article 21, alinéa 2 LF remplit un double rôle : il limite la liberté des partis politiques en faisant peser sur eux l'épée de Damoclès de l'inconstitutionnalité, mais il leur garantit en même temps une protection juridictionnelle en faisant de la Cour constitutionnelle fédérale l'organe exclusivement compétent en la matière⁸⁷.

⁸³ BVerfGE 5, 85, 139: « Ausdruck des bewussten verfassungspolitischen Willens zur Lösung eines Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung, Niederschlag der Erfahrungen eines Verfassungsgebers, der in einer bestimmten historischen Situation das Prinzip der Neutralität des Staates gegenüber den politischen Parteien nicht mehr rein verwirklichen zu dürfen glaubte, Bekenntnis zu einer – in diesem Sinne – 'streitbaren Demokratie' ». Le § 4 de la Loi sur la protection de la Constitution (*Bundesverfassungsschutzgesetz*) du 27 septembre 1950, dans sa version du 30 décembre 1990 énumère les composantes de l'ordre démocratique et libéral allemand.

⁸⁴ BVerfGE 5, 85, 138 : « keine (unbedingte) Freiheit für die Feinde der Freiheit » ; BVerfGE 30,1,9 : « Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden » ; Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », Archiv des öffentlichen Rechts, 1971, p. 215, se montre critique dans son analyse de ce « slogan » démocratique. La parenté de l'expression est attribuée à Antoine de Saint-Just (1767-1794) : « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté » (Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 4 [1945-1990], C.H. Beck, München, 2012, p. 310, avec une référence à Jean-Paul Jacqué, « L'abus de droits fondamentaux et la lutte contre les ennemis de la démocratie », in Julia Illiopoulos-Strangas [dir.], *Der Mißbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, Nomos, Baden-Baden, 1989, p. 129 s.).

⁸⁵ Cette terminologie n'est pas sans rappeler la distinction fondamentale en matière politique opérée par Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 26 s., entre « ami » (*Freund*) et « ennemi » (*Feind*).

⁸⁶ BVerfGE 5, 85, 137 : « unerträgliche[n] Selbstwiderspruch[s] ».

⁸⁷ Rudolf Streinz, « Artikel 21 », in Mangoldt, Klein, Starck, *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 8^e éd., C.H. Beck, 2018, points 211b s.

Chargée de la protection de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral de la Loi fondamentale, la Cour doit préciser cette notion qui n'est pas définie par le pouvoir constituant⁸⁸. C'est dans les deux premières décisions relatives au *SRP* et au *KPD* que le juge procède à la construction et à l'analyse de ce bien protégé par l'article 21, alinéa 2 LF.

La définition de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral livrée par la Cour se construit d'abord de manière négative, par opposition au modèle de l'État totalitaire⁸⁹. Vient ensuite une définition positive. Il s'agit d'un « régime qui, en excluant toute domination prônant la violence ou l'arbitraire, représente un ordre étatique basé sur l'autodétermination du peuple conforme aux décisions de la majorité, à la liberté et à l'égalité »⁹⁰ tendant à réaliser l'idée d'une « démocratie sociale dans la forme d'un État de droit »⁹¹. L'ordre constitutionnel démocratique et libéral est composé « de valeurs suprêmes », qui sont « le contraire d'un État totalitaire » qui « renie, en tant que domination exclusive totale, la dignité humaine, la liberté et l'égalité »⁹².

L'ordre constitutionnel démocratique et libéral n'est pas formel⁹³. Il contient un système de valeurs qui marque sa teneur matérielle⁹⁴. Cette « conception, qui comporte une nuance religieuse et une référence au droit naturel » est concrétisée par « le respect des droits de l'homme garantis par la Loi fondamentale, surtout, du droit à la vie et au libre épanouissement, la souveraineté populaire, la séparation des pouvoirs, la responsabilité politique du gouvernement, la légalité de l'administration, l'indépendance des tribunaux, le principe de pluralisme politique et l'égalité⁹⁵ de chances de tous les partis

⁸⁸ Sur la notion d'ordre constitutionnel démocratique et libéral, de manière générale, on se reportera à Erhard Denninger (éd.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, deux volumes, Frankfurt, 1976 et 1977.

⁸⁹ Christoph Gusy, « Die 'freiheitliche demokratische Grundordnung' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1980, p. 279-310, spécialement p. 284.

⁹⁰ BVerfGE 2, 1, 1^e phrase : « eine Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und der Gleichheit darstellt ».

⁹¹ BVerfGE 5, 85 (198) : « sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates » ; BVerfGE 107, 339.

⁹² BVerfGE, 2, 1 (12) : « obersten Grundwerte » ; « das Gegenteil des totalen Staates », « der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehnt ».

⁹³ Même si nous disposons d'éléments concrets : p.ex. le §4, alinéa 2 de loi fédérale sur la protection de la Constitution (Bundesverfassungsschutzgesetz) contient une liste de principes constitutionnels qui font partie de cet ordre. On y lit : « le droit du peuple d'exercer le pouvoir d'État par le moyen d'élections et votations et par les organes spéciaux du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir juridictionnel, et d'élire la représentation nationale dans une élection universelle, directe, libre, égale et secrète », « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel et le pouvoir exécutif et le pouvoir juridictionnel sont liés par la loi et le droit », « le droit de former une opposition parlementaire et d'en exercer les droits », « la possibilité de renverser le gouvernement et sa responsabilité face à la représentation nationale », « l'indépendance des tribunaux, « l'exclusion de toute violence ou pouvoir arbitraire », « les droits de l'homme (Menschenrechte) concrétisés dans la Loi fondamentale ».

⁹⁴ L'affirmation constitutionnelle de cet ordre de valeurs ne signifie pas une « tyrannie des valeurs », un ordre matériel déterminé qui soumet et restreint l'action politique et les individus. Sur ce point : Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, 3^e éd., Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

⁹⁵ Gerhard Leibholz, « Zum Begriff und Wesen der Demokratie », in du même, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1967, p. 147 qualifie l'égalité de « principe cardinal » (*Kardinalprinzip*) de la démocratie.

politiques comportant le droit à la formation et l'exercice d'une opposition »⁹⁶. L'ordre constitutionnel démocratique et libéral au sens de l'article 21, alinéa 2 LF exige une « concentration sur des principes dont le nombre est limité et qui sont, pour l'État constitutionnel libéral, indispensables »⁹⁷. Il n'y a pas d'identité entre les principes protégés par la « clause d'éternité » de l'article 79, alinéa 3 LF⁹⁸, qui soustrait au pouvoir de révision certains éléments du corpus constitutionnel allemand. Il est davantage question d'une sorte de concentré de principes fondamentaux sans lesquels un État libre et démocratique n'a aucune chance de survie. Cette réduction à certains principes essentiels est également un moyen de limiter maximale­ment le champ d'application de l'article 21, alinéa 2 LF en démontrant le caractère exceptionnel de cette disposition constitutionnelle. Ainsi, les partis politiques « ennemis » ont une marge de manœuvre plus importante et ne sont déclarés inconstitutionnels que dans l'hypothèse d'une « remise en question » et d'un « rejet » de ce qui compose le cœur du « vivre-ensemble démocratique et libéral »⁹⁹.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, au centre de l'ordre démocratique et libéral est placée la dignité humaine¹⁰⁰ qui constitue « la valeur suprême de la Loi fondamentale »¹⁰¹. Les buts poursuivis par un parti politique tendant à renverser l'ordre constitutionnel démocratique et libéral doivent, finalement, aboutir à la négation de la dignité de l'être humain. Ce résultat pourrait être enregistré si l'attitude du parti politique et de ses sympathisants visait à construire une société privilégiant un groupe d'hommes bien défini. La position de supériorité, basée sur des critères précis, ne serait aucunement compatible avec la conception de la dignité humaine conçue par la Loi fondamentale, constituant également la base de tout ordre libéral et démocratique au sein duquel tous les êtres humains sont égaux et jouissent des mêmes droits.

En introduisant d'autres critères discriminants relatifs à l'origine ethnique, à la confession, au sexe et à l'âge, un programme politique ne peut être compatible avec l'égalité ou la liberté découlant du principe de dignité humaine. Son rejet conduit en effet à saboter les autres principes structurant le régime de la République fédérale. Ainsi,

⁹⁶ BVerfGE 2, 1 (13) : « die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition » ; BVerfGE 5, 85, p. 140.

⁹⁷ BVerfGE, 144, 20, 205 : « Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG erfordert eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind ».

⁹⁸ « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe de participation des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». Ainsi, la forme républicaine ou l'organisation fédérale de l'État ne font pas partie des éléments inhérents à l'existence de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral. Il est parfaitement imaginable que des régimes monarchiques ou des États unitaires répondent à ce noyau incompressible du « vivre-ensemble constitutionnel et libéral ».

⁹⁹ BVerfGE, 140, 20, 205 : « [...] wenn dasjenige in Frage gestellt und abgelehnt wird, was zur Gewährleistung eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens schlechthin unverzichtbar ist ».

¹⁰⁰ Article 1, alinéa 1^{er} LF : « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ».

¹⁰¹ BVerfGE, 140, 20, 206 : « Ihren Ausgangspunkt findet die freiheitliche demokratische Grundordnung in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) » ; BVerfGE 5, 85, 204 ; BVerfGE 27, 1, 6 ; BVerfGE 96, 375, 399.

le principe démocratique ne peut être mis en œuvre si les citoyens se trouvent divisés en catégories et leurs voix d'électeurs – modulées en fonction de leur appartenance à un group déterminé¹⁰². Une telle division ne pourrait pas permettre la libre formation de la volonté politique et aurait comme résultat la création d'un système mono-partisan.

Les buts poursuivis « tendent » à « porter atteinte » (*Beeinträchtigung*) à l'ordre constitutionnel démocratique et libéral ou à le renverser (*Beseitigung*). Le verbe « tendre à » (*davon ausgehen*) paraît, au premier abord, comporter une affirmation légèrement vacillante quant à la décision du parti politique de détruire l'ordre libéral et démocratique. Selon le raisonnement du juge constitutionnel, le parti politique tend à porter atteinte aux bases de cet ordre ou à le renverser s'il fait montre d'une attitude d'« une intensité suffisante marquée par un danger perceptible »¹⁰³. Une critique de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral ou le souhait exprimé dans les lignes directrices du programme politique du parti, ne sont pas de nature à constituer une « atteinte » ou à laisser penser que les buts poursuivis tendent au renversement du régime de la Loi fondamentale. Le seuil de tolérance constitutionnelle est en revanche atteint lorsque le parti politique rejette les éléments inhérents à l'existence de ce régime (la dignité humaine, la démocratie et les principes de l'État de droit).

L'interdiction d'un parti politique ne doit pas être utilisée afin d'« exclure toute concurrence politique de l'espace public »¹⁰⁴. Cependant, afin de constater le comportement pernicieux du parti, il ne faut guère se fier aux apparences idéologiques affichées. Il convient d'analyser les idées et les objectifs politiques en profondeur, car il se peut qu'ils ne correspondent pas à la nature de ses actes¹⁰⁵. Excepté l'activité des organes du parti, le comportement de ses sympathisants peut également jouer un rôle dans l'identification des buts poursuivis pas celui-ci¹⁰⁶. Pour que l'attitude et les propos de sympathisants puissent être imputables au parti politique visé par la procédure, il est nécessaire que le comportement exprime de manière suffisamment claire la « volonté politique » du parti. Dans ce cas, les gestes de sympathisants peuvent être repris par les instances du parti ou faire l'objet d'une approbation publique de la part de membres ou de cadres dirigeants. Des propos isolés, qui n'interviennent pas dans un cadre politique concret, sont privés de la caution politique de membres ou instances dirigeantes, mais représentent l'expression d'opinions de personnes privées, sans un lien établi avec le parti politique, même s'ils sont calqués sur le programme politique, ne peuvent être imputés au parti politique soupçonné d'agissements inconstitutionnels¹⁰⁷.

¹⁰² BVerfGE, 140, 20, 208 « Les conceptions basées sur des idées antisémites ou sur une discrimination raciale ne sont pas compatibles [avec la dignité humaine] et contreviennent à l'ordre constitutionnel démocratique et libéral » (*Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Ordnung*) ; « La démocratie est la forme de gouvernement des êtres humains libres et égaux » (*Demokratie ist die Herrschaftsform der Freien und Gleichen*).

¹⁰³ BVerfGE, 144, 20, 213-214: « [...] mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Ordnung ».

¹⁰⁴ BVerfGE, 144, 20, 214: « [...] zur Ausschaltung [...] politischer Konkurrenz ».

¹⁰⁵ BVerfGE, 144, 20 215: « Es ist nicht erforderlich, dass eine Partei sich offen zu ihren verfassungswidrigen Zielsetzungen bekennt » ; BVerfGE 2, 1, 20 ; BVerfGE 5, 85, 144.

¹⁰⁶ BVerfGE 2, 1, 22.

¹⁰⁷ Si des sympathisants ou des membres du parti commettent des actes punis par la loi pénale, cela ne veut pas dire que cet élément factuel sera automatiquement repris par le juge constitutionnel afin de démontrer l'attitude inconstitutionnelle. Les crimes et délits commis par des personnes proches du partis ou ses membres ne sont

Partie II – Le degré d’intensité suffisant comme symptôme de l’inconstitutionnalité d’un parti politique justifiant son interdiction ?

La déclaration d’inconstitutionnalité prononcée par la Cour constitutionnelle fédérale est le résultat de l’interprétation stricte de la lettre de l’article 21, alinéa 2 LF. La jurisprudence allemande relative à l’interdiction des partis politiques obéit ainsi aux exigences imposées par la Cour européenne des droits de l’homme.

A. L’interprétation stricte de l’article 21, alinéa 2 LF : le succès hypothétique d’un parti hostile à la Constitution ne justifie pas son interdiction.

La simple expression d’idées ou la déclaration de membres du parti ou, *a fortiori*, des cadres dirigeant la formation politique, comportant des propos hostiles à l’encontre du régime de la Loi fédérale ne suffit pas à constater la réalité de la volonté de renverser ou d’anéantir l’ordre constitutionnel démocratique et libéral.

Les actes doivent constituer une « action préparatoire bien caractérisée » afin de commencer à composer le faisceau d’indices qui conduira le juge constitutionnel à constater l’inconstitutionnalité du parti. L’opération intellectuelle consistant à démêler des actes ou propos représentant une menace imminente, réelle, immédiate des manœuvres fantaisistes qui n’ont aucune chance d’aboutir soulève plusieurs questions. Le jugement prononçant l’inconstitutionnalité du parti politique n’est pas constitutif, mais déclaratif : il ne fait qu’acter l’existence inconstitutionnelle de celui-ci. Mais, avant que ce jugement n’intervienne, la manière dont sont traités les membres du parti ainsi que sa position au sein de la constellation politique doit être marquée par « une tolérance constitutionnelle minimale »¹⁰⁸.

Ce n’est qu’après la déclaration d’inconstitutionnalité que les organes compétents peuvent agir en vue de bloquer tout agissement ultérieur du parti politique. En vertu du § 46, alinéa 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, l’interdiction du parti ne peut intervenir qu’à la suite d’une déclaration d’inconstitutionnalité, et les membres du parti, bénéficiant de mandats parlementaires, perdent leur qualité de député (au niveau fédéral, en tant que député du Bundestag, ou au niveau des États fédérés, dans les parlements des *Länder*) en vertu du § 46, alinéa 1^{er} de la loi fédérale électorale. En effet, la Constitution ne prévoit pas, dans son texte, la sanction prenant la forme de la dissolution tant du parti tombé sous les coups de l’inconstitutionnalité que de toute autre association ou toute autre organisation le remplaçant (*Ersatzorganisation*).

imputables à ce dernier uniquement dans l’hypothèse dans laquelle ces infractions touchent à l’ordre constitutionnel démocratique et libéral et, par conséquent, ont un lien immédiat avec l’article 21, alinéa 2 LF (sur ce point : BVerfG, 144, 20, 217).

¹⁰⁸ BVerfGE 12, 296, 306 : « [...] im Rahmen einer verfassungsmäßig verbürgten Toleranz ».

La dissolution du parti n'est que « la suite normale, typique et adéquate »¹⁰⁹ du jugement déclaratif de la Cour constitutionnelle : la formation politique dont l'existence est contraire à la Loi fondamentale ne peut plus profiter de la protection accordée aux partis politiques en tant que vecteurs de la formation de la volonté politique du peuple. La dissolution représente ainsi l'exécution du jugement déclarant l'inconstitutionnalité¹¹⁰. Il n'est toutefois pas sans intérêt de se demander si le choix de sanction ne devrait pas être laissé à la discrétionnarité politique des autorités de l'État¹¹¹. Mais une telle solution, certes, moins attentatoire et respectant davantage la liberté des partis politiques, serait trop hasardeuse et ne ferait que rajouter de l'insécurité juridique dans ce processus de contrôle des idéologies « ennemies ». Reste que l'interdiction est sans doute la conséquence logique, mais n'est certes pas la conséquence automatique de la déclaration d'inconstitutionnalité¹¹².

La perte du mandat parlementaire résultant de l'inconstitutionnalité du parti politique est problématique au regard de l'article 38, alinéa 1^{er} LF¹¹³. L'intrusion dans la formation de la volonté politique du peuple opère à deux niveaux : par la déclaration d'inconstitutionnalité, un parti politique est voué à la disparition ; l'interdiction entraîne ensuite la privation de mandat pour les membres du parti déjà élus et participant à des formations parlementaires fédérales ou dans les États fédérés. Le principe démocratique semble se retourner contre lui-même afin de se protéger.

*Un parti n'est pas inconstitutionnel uniquement parce qu'il entend s'opposer à des dispositions isolées ou même à l'ensemble tout entier de la Loi fondamentale. Il doit plutôt renier les valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel, ces principes constitutionnels élémentaires qui structurent l'ordre démocratique et libéral ; principes qui doivent réunir l'accord de tous les partis politiques afin que ce type de démocratie puisse véritablement fonctionner*¹¹⁴.

¹⁰⁹ BVerfGE 5, 85, 391: « normale, typische und adäquate Folge der Feststellung der Verfassungswidrigkeit ».

¹¹⁰ Pour Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 203-236, spécialement p. 223, l'interdiction ne va pas de soi, car d'autres sanctions pourraient être envisageables (« [...] ist das Verbot als zwingende Folge der Feststellung der Verfassungswidrigkeit keineswegs so selbstverständlich wie fast allgemein angenommen wird »).

¹¹¹ Helmut Ridder, *Aktuelle Rechtsfragen des KPD-Verbots*, Luchterhand, 1966, p. 53 : « ob [...] exekutivesches politisches Ermessen nach dem Opportunitätsprinzip betätigt werden darf ».

¹¹² Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 224 : « Somme toute, d'un point de vue juridico-politique, ce serait louable si le législateur ordinaire assouplissait l'automatisme jusqu'à présent contraignant exigeant l'interdiction du parti déclaré inconstitutionnel et créait de nouvelles possibilités de sanction plus élastiques » (*Insgesamt wäre es aber doch rechtspolitisch zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber den bislang zwingenden Automatismus zwischen Verfassungswidrigkeit und Verbot einer Partei lockern und die Sanktionsmöglichkeiten elastischer würde*).

¹¹³ Qui dispose que « [l]es députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience ».

¹¹⁴ BVerfGE 5, 85, 140 : « Eine Partei ist nicht schon dann verfassungswidrig, wenn sie einzelne Bestimmungen, ja ganze Institutionen des Grundgesetzes ablehnt. Sie muß vielmehr die obersten Werte der Verfassungsordnung verwerten, die elementaren Verfassungsgrundsätze, die die Verfassungsordnung zu einer freiheitlichen demokratischen machen, Grundsätze, über die sich mindestens alle Parteien einig sein müssen, wenn dieser Typus der Demokratie überhaupt funktionieren soll » ; ou encore BVerfGE 107, 339, p. 363 s.

Renier les principes de l'ordre démocratique et libéral dans un programme politique n'est pas encore constitutif d'un comportement hostile au régime de la Loi fondamentale. La ligne programmatique tracée par le parti politique doit être corroborée par des éléments probants faisant état d'une attitude, marquée par un certain degré d'agressivité, militante qui place le parti dans la position d'un potentiel mais réel « ennemi de la constitution »¹¹⁵. Ici apparaît une tension entre la nécessaire condamnation d'un programme politique tendant à combattre l'ordre constitutionnel allemand et la fonction préventive de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il est clair qu'au moment où la Cour de Karlsruhe décide de statuer favorablement à la demande formée par le *Bundestag*, le *Bundesrat* ou le gouvernement fédéral, le parti politique catalogué comme « ennemi » n'est pas arrivé au stade d'une réalisation concrète de son idéologie, il ne s'agit pas encore d'un « ennemi » en acte, mais d'un acteur politique hostile en puissance. En ce sens, le jugement trahit son caractère préventif : il faut évacuer de la scène politique « légale » l'ennemi intime afin que ce dernier ne devienne pas suffisamment puissant pour durablement nuire au régime démocratique et libéral et, probablement, définitivement l'anéantir.

Il n'est guère question de sanctionner pénalement un comportement, mais d'éradiquer préventivement une menace politique réelle. Ne serait-il pas pensable de soumettre les formations politiques et leurs programmes politiques à un contrôle préalable ? En quoi ce contrôle liberticide diffère-t-il de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée au cours de l'existence effective d'un parti politique dont les membres peuvent même être des élus du peuple œuvrant dans les parlements ? C'est à cet endroit que pèse l'appréciation du juge constitutionnel qui doit procéder à un examen complet des données factuelles, en les situant dans le contexte politique de la demande qui lui est adressée. Il doit s'adonner à un décryptage pointilleux du comportement du parti. C'est tout le paradoxe de cette arme de la démocratie militante : le parti doit être déclaré inconstitutionnel avant qu'il n'ait pu réaliser ses objectifs, car, une fois son programme mis en œuvre, il serait trop tard.

Le caractère préventif de la mesure (comportant une menace pour la liberté d'expression et le pluralisme politique) est compensé par l'analyse minutieuse à laquelle se livre le juge afin de vérifier s'il existe une réelle possibilité de réussite du comportement militant et agressif du parti. Ainsi, concernant l'activité du *NPD*, la Cour conclut qu'« il manque des éléments suffisants afin de créer une atmosphère de la peur qui pourrait conduire à une atteinte caractérisée au processus de libre formation de la volonté politique » et que « le comportement criminel de membres ou de sympathisants » est certes une réalité, « mais n'arrive pas à dépasser le seuil fixé par l'article 21, alinéa 2 LF »¹¹⁶.

¹¹⁵ BVerfGE 5, 85 (141) : « un comportement militant actif, agressif dirigé contre l'ordre constitutionnel existant » (*eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung*) ; BVerfGE 107, 339, 368 ; BVerfGE, 144, 20, 220.

¹¹⁶ BVerfGE, 144, 20, 340 : « [...] fehlen hinreichende Anhaltspunkte für die Schaffung einer Atmosphäre der Angst durch die Antragsgegnerin, die zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Freiheit des Prozesses der politischen Willensbildung führt oder führen könnte », « [...] kriminelles Verhalten von Mitgliedern und Anhängern [...] erreicht aber die durch Art. 21 Abs. 2 GG markierte Schwelle nicht ».

Mais le caractère préventif¹¹⁷ de cette déclaration ne doit pas induire en erreur : le risque qu'encourrait le régime démocratique serait trop important, et les dommages irréversibles, si le parti politique accomplissait ses buts. En 1956, la Cour conclut pourtant que le *KPD* doit être interdit alors qu'« il n'existe aucune perspective de réalisation de ses intentions anticonstitutionnelles dans un délai prévisible »¹¹⁸. L'éventuel succès du parti n'est pas pris en compte. En 2017, le juge rompt avec ce raisonnement. Malgré la preuve de l'attitude agressive et militante du *NPD*, « il manque des éléments suffisants qui laissent penser que ce comportement soit couronné de succès »¹¹⁹. Ainsi, le succès final devient le critère distinctif qui permet de prononcer l'interdiction du parti visé par la demande formée devant la Cour.

Le constat d'une attitude agressive propre au parti sans être influencée par les organes de l'État, même si, dans le cadre de la procédure, la partie demanderesse peut recourir aux résultats d'enquêtes des services secrets déployant différents éléments prouvant les buts poursuivis par le parti et ses sympathisants. L'utilisation de ces données est à prendre avec précaution, car elle peut être à l'origine d'un vice procédural faussant le cours normal de l'instruction. C'était le cas de la première procédure d'interdiction visant le *NPD* : la présence d'agents de l'Office fédéral de protection de la Constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), dont la mission est de surveiller les activités anticonstitutionnelles, infiltrés dans les rangs du parti n'avaient pas permis l'examen au fond de la demande formée conjointement par le *Bundestag*, le *Bundesrat* et le gouvernement fédéral. Dans ce cas de figure, il ne s'agissait pas seulement de surveiller l'activité (potentiellement dangereuse) du parti, mais d'incorporer, jusqu'aux rangs dirigeants, des agents, dont la présence n'était pas neutre, et, était, au contraire, susceptible d'influencer certaines actions politiques afin d'accentuer le comportement anticonstitutionnel présumé du parti. Pour éviter le risque d'une procédure viciée, il faut, désormais, avant de demander l'interdiction d'un parti, que les autorités de l'État aient exfiltrés leurs agents ou aient arrêté d'utiliser leurs sources internes. L'infiltration d'agents de l'État n'est pas anodine.

Un des problèmes les plus importants, qui se pose dans le cadre de la procédure d'interdiction, est celui de l'imputabilité de certains actes au parti politique qui doit être passé au crible par le juge constitutionnel. Il faut que le comportement examiné soit véritablement celui exprimant les positions idéologiques du parti tout en bénéficiant d'un espace complètement libéré de la présence de l'État (*Staatsfreiheit*)¹²⁰. Cette

¹¹⁷ Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 229 : « [...] das Verbot eine Präventivmaßnahme ist und dem Schutz der demokratischen Ordnung dienen soll ».

¹¹⁸ BVerfGE 5, 85, 143 : « keine Aussicht darauf besteht, daß sie ihre verfassungswidrige Absicht in absehbarer Zeit werde verwirklichen können ».

¹¹⁹ BVerfGE 144, 20, 307 : « Es fehlt jedoch an konkreten Anhaltspunkten von Gewicht, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass dieses Handeln der Antragsgegnerin zum Erfolg führt ».

¹²⁰ La notion de « Staatsfreiheit », « staatsfrei », est définie comme une sphère d'autonomie, libre de toute influence ou emprise de l'État. V. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr (Siebeck), 1892, p. 80. L'exigence de l'existence de sphères libres d'influence étatique est surtout illustrée dans le domaine des médias et constitue le corollaire nécessaire de la « Rundfunkfreiheit » (liberté de radio et télédiffusion) : Grabenwarter, « Artikel 5, Absatz 1, 2 », in Theodor Maunz, Georg Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 101^e éd. électronique, 2023, § § 830 s. ; Thorsten Koch, « Das Verhältnis von Staatsfreiheit und Chancengleichheit », in

condition préalable est respectée en 2013, lors du dépôt de la deuxième demande d'interdiction du *NPD* portée par le *Bundesrat*, ce qui a rendu possible l'examen au fond par le juge constitutionnel.

Le raisonnement de la Cour obéit aux exigences du principe de proportionnalité. La déclaration d'inconstitutionnalité doit être l'*ultima ratio* du juge, prononcée si aucune autre solution n'est envisageable. Dans l'hypothèse, dans laquelle un parti manifeste une attitude hostile, dont l'intensité n'est pas suffisante afin que soit prononcée l'inconstitutionnalité, le juge préfère ne pas utiliser cette arme de l'arsenal de la démocratie militante, car il est possible de neutraliser l'idéologie du parti par des moyens plus appropriés et moins lourds de conséquences¹²¹. La preuve du caractère anticonstitutionnel du parti n'est pas sans difficulté. Il est certain qu'une formation politique tendant à renverser l'ordre constitutionnel démocratique et libéral essaiera plutôt de dissimuler ses buts en agissant dans le cadre de la légalité. Là réside toute l'importance de l'article 21, alinéa 2 LF : démasquer cette « légalité de façade »¹²².

L'autre faille de la procédure de l'article 21, alinéa 2 LF est l'impossibilité, pour le juge, de se saisir d'office des agissements d'un parti politique. Ce serait une chose difficilement réalisable, car le juge s'érigerait ainsi, *proprio motu*, en censeur global de la vie politique et des opinions exprimées par les différentes formations sur la place publique.

La procédure allemande et l'impossibilité de former un recours contre la décision du juge constitutionnel allemand paraissent problématiques au regard des standards de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

B. En guise de conclusion : le mécanisme allemand d'interdiction des partis politiques et la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : approbation silencieuse ou conformité assumée ?

La Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ne prévoit pas de statut particulier pour les partis politiques. Il n'y a pas, dans le texte européen, une disposition comparable à l'article 21 LF. La

Jörn Ipsen (éd.), *Parteiengesetz*, 2^e éd., Beck, 2018, §18 ; Jörn Ipsen, *in* du même, *Parteiengesetz*, 2^e éd., Beck, 2018, §5.

¹²¹ Utz Schliesky, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », *in* Josef Isensee, Paul Kirchhof (éd.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 12 (*Normativität und Schutz der Verfassung*), 3^e éd., 2014, C.F. Müller, Heidelberg, p. 870 : « Dans cette mesure, combattre le parti politique ennemi de la Constitution par des méthodes de nature politique se révèle un moyen plus doux qui, dans un système démocratique et libéral, doit être préféré à l'interdiction de ce même parti » (*Insoweit erweist sich die politische Bekämpfung einer verfassungsfeindlichen Partei als milderer Mittel, das in einer freiheitlichen Demokratie Vorrang vor einem Parteiverbot hat*). La position de la Cour constitutionnelle est sans équivoque : BVerfGE 12, 296, 305 s. ; BVerfGE 39, 334, 357 ; BVerfGE 107, 339, 362.

¹²² Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 228 : « Scheinlegalität ».

jurisprudence de la Cour de Strasbourg peut être employée en tant qu'aide utile à l'interprétation de la teneur des principes structurants de la Loi fondamentale¹²³.

La Cour européenne des droits de l'homme entend les partis politiques en tant que groupements sociaux qui bénéficient des droits garantis par la Convention et qui peuvent, conformément à l'article 34¹²⁴, former un recours individuel devant le juge de Strasbourg. La dissolution d'un parti en droit national ne lui fait pas perdre la possibilité de former un tel recours au niveau européen. La formation des partis politiques ainsi que leurs activités sont protégées par la liberté de réunion de l'article 11 de la Convention¹²⁵. La liberté d'exprimer des opinions politiques est également garantie par l'article 10 de la Convention¹²⁶, car, selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, la Convention protège le processus de formation de la volonté politique dans un cadre démocratique¹²⁷. En droit interne, aucun recours n'est prévu contre la décision de dissoudre ou d'interdire un parti politique en vertu du § 46, alinéa 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, car la compétence exclusive du juge constitutionnel est entendue comme une garantie suffisante de la prise en compte des intérêts du parti faisant objet de la procédure de l'article 21, alinéa 2 LF. La possibilité de saisir la Cour EDH fut utilisée très tôt par le *KPD*, mais la Commission européenne des droits de l'homme¹²⁸ déclara la requête irrecevable tout en jugeant la procédure allemande conforme à la Convention¹²⁹.

L'interdiction d'un parti politique au nom de la défense des valeurs du système démocratique est jugée compatible avec la Convention à condition que la procédure

¹²³ Lothar Michael, Martin Morklok, *Grundrechte*, 7^e éd., 2020, Nomos, § 7, p. 81 s.

¹²⁴ L'article 34 porte sur les requêtes individuelles et dispose que la Cour « peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particulier qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ».

¹²⁵ « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts [...] »

¹²⁶ « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière [...] »

¹²⁷ Cour EDH, GC, 8 décembre 1999, *Parti de la Liberté et de la Démocratie c. Turquie*, req. n°23885/94, §37 : « [...] ainsi dans le cas de partis politiques, eu égard à leur rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie. La Cour l'a souvent souligné : il n'est pas de démocratie sans pluralisme » ; §41 : « Il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un État, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même ». Sur ce point : Katharina Pabel, « Parteiverbote auf dem europäischen Prüfstand », *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p.921-944, spécialement p. 923 s.

¹²⁸ La Commission fut, à côté de la Cour européenne des droits de l'homme, un organe juridictionnel du Conseil de l'Europe, chargée de filtrer les requêtes des États, particuliers ou organisations, avant de les transmettre, en cas de recevabilité, à la Cour. Elle cessa d'exister en octobre 1999.

¹²⁹ Voir la décision de la Commission du 20 juillet 1957 sur la recevabilité de la requête n°250/57, *Annuaire de la Convention*, vol. 1, p. 222-225, critiquée par une partie de la doctrine (Jochen Frowein, « Artikel 17 », in Jochen Frowein, Wolfgang Peukert, *EMRK Kommentar*, 2^e éd., Engel, 1996, n°3) à cause de l'interprétation de l'article 17 de la Convention (« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention [...] ») en décidant que les « ennemis de la liberté » ne pouvait se prévaloir des droits garantis par la Convention.

réponde aux conditions posées par l'article 11, alinéa 2 CEDH¹³⁰ : elle doit être prévue par la loi et sa mise en œuvre doit être nécessaire dans le cadre d'une société démocratique. L'interdiction d'un parti répond par conséquent à un « besoin social impérieux », exprimé par le risque d'atteinte à la démocratie, à la lumière des expériences historiques et du contexte politique de l'État, et doit être jugé « suffisamment et raisonnablement proche »¹³¹.

Pour la Cour constitutionnelle fédérale, si les conditions de l'article 21, alinéa 2 LF sont remplies, il existe un « besoin social impérieux » de déclarer le parti inconstitutionnel. Le risque de destruction de l'ordre démocratique peut être uniquement hypothétique, car, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'État dispose d'une marge d'appréciation concernant le seuil de tolérance qui ne doit pas être franchi par les partis afin qu'ils ne soient pas visés par une procédure d'interdiction.

Les jurisprudences allemande et européenne montrent un grand nombre de points communs : elles rejettent les positions neutres et entendent défendre les mécanismes de la démocratie « militante ». Le caractère préventif du mécanisme d'interdiction des partis politiques semble, de prime abord, entrer en collision avec l'analyse de la Cour constitutionnelle fédérale, qui est à la recherche d'actions concrètes susceptibles de produire des effets réels, et pas seulement hypothétiques. Il s'agit d'une sorte d'engagement de la responsabilité du parti politique pour risque certain. Les juges s'accordent afin de rejeter l'idée d'un seuil de danger abstrait qui ne serait pas corroboré par des actes suffisamment concrets de la part du parti politique visé par la procédure d'interdiction. Il est par conséquent possible de distinguer les buts des moyens : les buts et les actes inconstitutionnels doivent être simultanément présents pour qu'il soit possible de constater l'existence d'une chance réelle de réalisation¹³².

L'absence d'un éventail de sanctions nuancées ne semble pas entrer en contradiction avec les solutions du juge européen. Les modifications constitutionnelles de 2017 ouvrent un nouvel acte dans « la pièce de théâtre »¹³³ ayant comme sujet l'interdiction des partis politiques. La révision constitutionnelle de 2017 a créé une case intermédiaire : priver un parti inconstitutionnel de financements publics ne va sans doute pas réellement entraver son activité politique – il peut toujours compter sur la générosité

¹³⁰ « L'exercice de ces droits [à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹³¹ Cour EDH, [GC], 13 février 2003, *Refah partisi et autres c. Turquie*, req. n^{os} 41340/98, 41342/98 et 41344/98, § 104 ; § 107 : « [...] la question de savoir si le *Refah* pouvait présenter au moment de sa dissolution un danger pour le régime démocratique », « d'un potentiel réel de s'emparer du pouvoir politique », ou encore « son accès [...] au pouvoir politique aurait permis à ce parti d'établir le modèle de société envisagé dans ce programme ». Dans le même sens : Cour EDH, [GC], 25 mai 1998, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, req. n^o 21237/93, § 38 ; Cour EDH, 9 avril 2002, *Yazar et autres c. Turquie*, req. n^{os} 22723/93, 22724/93 et 22725/93, § 49 s. ; Cour EDH, 14 décembre 2010, *HADEP et Demir c. Turquie*, n^o 28003/03, § 61 s.

¹³² Paul Höhner, Sven Jürgensen, «Europäisierung des Parteiverbots ? Das Merkmal der Potentialität im Lichte der Rechtsprechung des EGMR», *Zeitschrift für Parteienwissenschaften*, 2017, p. 109-110.

¹³³ Horst Meier (dir.), *Verbot der NPD – ein deutsches Staatstheater in zwei Akten. Analysen und Kritik 2001-2014*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015.

de ses membres et sympathisants, même si ce type de financement est strictement encadré en Allemagne et fait l'objet de commentaires et réflexions pléthoriques¹³⁴.

Depuis 2017, décider de ne pas octroyer le soutien financier de l'État prend alors les allures d'une sanction morale déguisée visant à tirer la sonnette d'alarme sur la nature de certains partis qui avancent déguisés d'acte en acte dans la pièce de théâtre des démocraties modernes. La tentative allemande de saisir la vie et la mort des partis politiques par le droit peut constituer un élément important dans la chaîne de réflexion française.

¹³⁴ Christian Waldhoff, « § 10 Parteien-, Wahl und Parlamentsrecht », in Matthias Herdegen, Johannes Masing, Ralf Poscher, Klaus Gärditz (éds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1^e éd., C.H. Beck, 2021, points 56 s.