

La doctrine allemande de l'état d'exception

par Markus C. KERBER
Professeur à l'Université technologique de Berlin

Heureux d'avoir l'occasion de vous présenter quelques remarques introductives au sujet de notre colloque, j'exprime ma gratitude au professeur Gohin pour y avoir associé une voix allemande. Mais, même sans cette voix, vous soulignez par ce colloque le rang de l'Université française, en général, et le rayonnement de Panthéon-Assas, en particulier. Je vous en félicite.

Ce titre : la doctrine allemande de l'état d'exception présuppose l'existence d'une doctrine homogène et uniforme de l'état d'exception en Allemagne. Tel n'est, cependant, pas le cas. En effet, il faut prendre en considération, d'une part, une vive et persistante discussion sur la doctrine de l'état d'exception (I) et, d'autre part, la situation *de lege lata* (II).

I. L'évolution historique

Inutile de vous rappeler la formule, à la fois classique et épouvantable, de Carl Schmitt dans sa *Théologie politique I* : « Est souverain celui qui dispose de l'état d'exception ». Elle va de pair avec une démarcation conceptuelle entre la règle et l'exception : « le cas normal ne prouve rien, l'exception démontre tout ; elle ne fait que confirmer la règle : en réalité, la règle ne vit que par l'exception. Par l'exception, la force de la vie réelle brise la carapace d'une mécanique figée dans la répétition ».

Certes, cette formule a toujours été très présente dans l'histoire de l'état d'exception. Mais, afin de permettre la justification de la dictature présidentielle, fondée sur l'article 48 de la Constitution de Weimar (et ses dérivés), ainsi que la justification du *Röhm-Putsch* par Schmitt (« Der Führer schützt das Recht », *Deutsche Juristenzeitung* 1934), il a fallu rechercher de nouvelles références juridiques pour l'état d'exception. Néanmoins, c'est Böckenförde, le plus renommé



des élèves de Carl Schmitt, qui, en 1978, lors de l'« automne allemand » (c'est-à-dire le défi de l'État par le terrorisme), remit l'état d'exception à l'ordre du jour du législateur¹, à l'occasion d'un cours inaugural, à Freiburg. Après avoir remémoré les mauvaises expériences de Weimar, Böckenförde promeut la séparation du pouvoir de décréter l'état d'exception du pouvoir de l'exercer. En prônant la dissolution de ce cumul de mandat dangereux, il pose au législateur les questions suivantes :

- qui est en droit de constater l'état d'exception ?
- qui est en droit d'exercer des prérogatives à la suite de la proclamation de l'état d'exception ?
- qui est en droit de décider de la durée de l'état d'exception et de son contrôle ?

Il essaie aussi de remédier aux défauts de l'article 48 de la Constitution de Weimar.

Dans la réalité politique et mis à part la *Notstandsgesetzgebung* (la législation sur l'état d'urgence), la Loi fondamentale de 1949 a incorporé très peu d'éléments du pouvoir exceptionnel au profit du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement régional, sauf la crise financière dans un *Land*.

– il n'y a pas d'État fédéral ou de fédération sans « fidélité fédérale ». Cette fidélité fédérale est réciproque et son éventuelle mise en vigueur exige un pouvoir fédéral d'exécution² ;

– dans le passé, le pouvoir fédéral d'exécution fut utilisé essentiellement contre certains *Länder*. La Loi fondamentale prévoit, dans son article 37, la prérogative pour le *Bund* de nommer un commissaire fédéral chargé de remettre un *Land* en conformité avec la Loi fondamentale et les lois fédérales³ ;

Dans la pratique étatique et dans la jurisprudence constitutionnelle, la crise financière dans un *Land* a été traitée avec beaucoup d'indulgence⁴.

II. L'état d'exception et l'immigration de masse

Dans l'actualité politique, le contrôle de l'immigration qui a pris une dimension inconnue jusqu'à présent, constitue le grand défi de l'État fédéral. Voici

1. Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, NJW 1977, p. 18815

2. Voir, en détail, Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1928, §§ 29 & 30.

3. Voir, plus en détail, Kerber, *Der verdrängte Finanznotstand*, Heidelberg, Berlin 2002 p. 389 et s. ; Kerber, « Vor dem Sturm, Anmerkungen zur finanziellen Neuordnung Berlins aus staatsrechtlicher und finanzwissenschaftlicher Sicht », Berlin, 2002.

4. Voir les deux arrêts du Tribunal constitutionnel du 27.5.1992. *BVerfG* 86, p. 148 et du 19.6.2006 : « Der Souverän des Bundesstaatsnotstands – Anmerkungen zur finanzverfassungs-rechtlichen Argumentation und finanz-wissenschaftlichen Methodik des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 19.10.2006 », *Der Staat* 2007, p. 229-248.



quelques éléments de faits et de réflexion qui expliquent les difficultés d'un État fédéral, comme l'Allemagne, à traiter la problématique des vagues d'immigration. Plusieurs constats s'imposent :

– le système de Schengen et le droit aux frontières ? Quelle est l'utilité de Frontex ?

– la suspension du régime frontalier par les *Länder* (concernés) ou par le *Bund* : les *Länder* peuvent-ils demander, à juste titre, la fermeture des frontières par le *Bund* ?

– le débat est pleinement ouvert et met en évidence le défi institutionnel que représente le flux migratoire historique de 2015 :

- d'une part, les *Länder* disposent de droits et devoirs inaliénables afin d'assurer l'ordre public en organisant, conjointement avec les communes, l'hébergement provisoire ainsi que l'intégration définitive des réfugiés. Ces droits et devoirs concernent les domaines de la compétence policière, la santé publique ainsi que le logement et l'accueil des jeunes réfugiés à l'école ou dans d'autres instances de formation professionnelle ou universitaire qui relèvent du ressort des *Länder* et des communes ;

- d'autre part, le gouvernement fédéral dispose de la compétence du contrôle frontalier, compétence toutefois relativisée par les accords de Schengen en matière de déplacement à l'intérieur du territoire de l'Union européenne. Eu égard à l'écroulement du système de contrôle frontalier, les *Länder* particulièrement éprouvés par l'immigration, notamment la Bavière, ont sollicité l'avis d'un ancien juge constitutionnel concernant la question de savoir s'ils étaient bien fondés à demander au gouvernement fédéral la fermeture des frontières vis-à-vis des demandeurs d'asile ou des immigrants en provenance de pays n'appartenant pas à l'Union européenne.

Voici quelques éléments de réponse : le *Bund* (le gouvernement fédéral) et les *Länder* sont obligés de coopérer dans le respect des règles suivantes :

– la clef de voûte normative permettant de démarquer clairement les compétences et les devoirs du *Bund* et des *Länder* se trouve dans les articles 30 et suivants de la Loi fondamentale. Ces articles prévoient une présomption de compétence en faveur des *Länder* dans la mesure où le *Bund* n'a pas reçu l'attribution de compétences exclusives en sa faveur. Tel est le cas pour la totalité de la législation en matière d'immigration, de statut des ressortissants étrangers (non communautaires) et de mise en œuvre du droit d'asile. Seul le *Bund* est donc en mesure de défendre la frontière et d'assurer ainsi le respect du territoire national, en sa qualité de composante essentielle de la souveraineté nationale ;

– l'étroite interdépendance entre *Bund* et *Länder* devient manifeste à la lumière de leur répartition des rôles : le *Bund*, par sa législation, définit les critères de reconduite à la frontière ; mais, les *Länder* les exécutent par leur souveraine application du droit. La relation entre *Bund* et *Länder* reste donc régie par le principe de la « fidélité fédérale », autrement dit de la loyauté réciproque ;

– le pouvoir et le devoir du *Bund*, en tant que protecteur des frontières, est à considérer la lumière d'autres principes de droit : le droit fondamental d'asile, accordé à toute personne par l'article 16 a de la Loi fondamentale, et la liberté de circulation et de voyager, accordée à tout citoyen de l'Union européenne, en vertu de l'article 3 § 2 du TUE. Ce dernier principe fondateur a été mis en œuvre par les accords de Schengen à partir de 1985. Outre cette renonciation au contrôle d'identité à la frontière, l'Union, depuis le traité de Lisbonne, se fixe l'objectif de développer une politique de protection frontalière, d'asile et d'immigration⁵. La fixation de cet objectif n'a pas porté atteinte aux prérogatives des États membres qui leur permettent de réglementer eux-mêmes l'immigration en provenance de pays tiers. Cependant, l'article 80 du TFUE fait appel à la solidarité (également financière) des pays membres⁶.

En conclusion, l'ouverture des frontières du marché intérieur présuppose le contrôle efficace des frontières extérieures de l'Union européenne.

En l'absence d'un régime communautaire de contrôle de migration efficace, le *Bund* doit agir dans l'intérêt des *Länder* qui se trouvent dans l'incapacité d'accueillir et d'intégrer les réfugiés en si grand nombre, sans menacer l'ordre public. Faute de règlement communautaire efficace, le *Bund* se voit dans l'obligation de renforcer le contrôle des frontières et de demander l'amélioration de la politique d'immigration au niveau de l'Union européenne.

Quelle procédure permet aux *Länder* d'orienter le *Bund* vers cette politique ? Selon l'article 93 I Nr. 3 de la Loi fondamentale, *Bund* et *Länder* peuvent respectivement saisir la Cour constitutionnelle afin de clarifier leurs devoirs et droits respectifs.

Ces quelques modestes propos d'un juriste allemand permettent de placer le sujet de notre colloque dans un contexte historique, doctrinal et européen. J'espère ainsi vous avoir transmis l'envie d'ouvrir un débat qui, à l'échelon européen, est devenu inéluctable.

5. Voir les art. 77-79 TFUE.

6. *nota bene* : contrairement à la jurisprudence de *Cassis de Dijon* de 1979 en matière de marché intérieur, l'espace européen de migration nie la reconnaissance réciproque de la qualification de l'immigré par l'État membre.