

Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral de R.F.A.

Lothar Zechlin

Volume 31, Number 2, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043029ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043029ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Zechlin, L. (1990). Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral de R.F.A. *Les Cahiers de droit*, 31(2), 651–666.
<https://doi.org/10.7202/043029ar>

Article abstract

A charter of liberties and freedoms is not a declaration devoid of legal value, a purely formal document without legal meaning. In the Federal Republic of Germany as in Québec and in Canada, it is in the first place an important instrument for transferring power from politics to the judiciary. By first describing the structure of fundamental rights in the constitutional text of West Germany, the author presents the increasing role of the judiciary resulting from the widening of fundamental rights.

Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral de la R.F.A.¹

Lothar ZECHLIN *

Une charte des droits et libertés n'est pas une déclaration sans valeur juridique, un document formaliste dénué de sens. En République fédérale d'Allemagne comme au Québec et au Canada, il s'agit en premier lieu d'un instrument important de transfert des pouvoirs, du politique vers le judiciaire. En décrivant dans un premier temps la structure des droits fondamentaux dans le texte constitutionnel de l'Allemagne de l'ouest, l'auteur expose ce rôle croissant du judiciaire résultant de l'élargissement des droits fondamentaux.

A charter of liberties and freedoms is not a declaration devoid of legal value, a purely formal document without legal meaning. In the Federal Republic of Germany as in Québec and in Canada, it is in the first place an important instrument for transferring power from politics to the judiciary. By first describing the structure of fundamental rights in the constitutional text of West Germany, the author presents the increasing role of the judiciary resulting from the widening of fundamental rights.

1. Cette note contient le texte d'un exposé que l'auteur a prononcé comme professeur invité à la Faculté de droit de l'Université Laval en octobre 1989. L'auteur remercie les membres de la Faculté de leur aimable accueil.

* Professeur de droit constitutionnel, Hochschule für Wirtschaft und Politik, Hambourg, R.F.A.

	<i>Pages</i>
1. La structure des droits fondamentaux dans la loi fondamentale	652
1.1. Les limites vis-à-vis le législateur : les limitations des restrictions	653
1.2. L'ordre fondamental libre et démocratique	654
1.3. L'absence de droits sociaux	656
1.4. Les structures formelles de la justice constitutionnelle	656
1.5. Conclusion	657
2. L'interprétation des droits fondamentaux dans la jurisprudence du tribunal constitutionnel fédéral	657
2.1. L'interprétation classique : les droits fondamentaux comme droits subjectifs contre l'État	658
2.2. Les droits fondamentaux comme droit objectif	660
2.3. Droits de prestation	661
2.4. Les droits fondamentaux comme fondement des devoirs étatiques de protection	661
2.5. Les droits fondamentaux comme garanties procédurales	663
2.6. Les droits fondamentaux comme droits d'organisation	664
3. Problèmes	664

Si une charte des droits de l'homme veut être plus qu'une pure déclaration sans valeur juridique, elle est obligée de transférer en même temps des pouvoirs politiques à la justice. Car le pouvoir de contrôle sur l'observation des droits confié à cette institution contient en même temps le pouvoir de définition sur la portée des droits. Ceci est une expérience que le Canada et notamment le Québec sont en train de faire avec la Constitution de 1982 et sa *Charte canadienne des droits et libertés*. Ceci est aussi vrai pour la République fédérale d'Allemagne qui a fait cette expérience depuis le 24 mai 1949, date de l'entrée en vigueur de sa « Loi fondamentale ». L'exposé suivant veut décrire ce rôle croissant de la justice à l'exemple de l'élargissement des droits fondamentaux. Mais d'abord il paraît raisonnable de décrire la structure des droits fondamentaux dans le texte constitutionnel.

1. La structure des droits fondamentaux dans la Loi fondamentale

Contrairement aux démocraties libérales classiques comme les États-Unis, la France ou la Grande-Bretagne, l'histoire constitutionnelle allemande ne connaît pas de libertés publiques munies d'une valeur juridique. L'État allemand le plus puissant du siècle dernier, la Prusse, n'a introduit les « droits du Prussien » que dans sa Constitution de 1850. Ils étaient susceptibles de n'importe quelle restriction par une loi. Les libertés publiques n'étaient donc protégées que contre le pouvoir royal et non contre celui du législateur.

Autrement dit, le pouvoir royal pouvait restreindre les droits des citoyens à la condition de disposer d'une base légale pour ses interventions. La garantie par les droits fondamentaux se bornait à une garantie d'une restriction légale. Ceci était semblable sous la première Constitution démocratique, celle de la « République de Weimar » de l'an 1919. Dans cette structure juridique se trouve la base de la théorie positiviste de l'État de droit (*Rechtsstaat*), purement formel en droit public allemand : la restriction était légitime si elle était légale², l'État de droit ne garantissait que la légalité du pouvoir exécutif.

Ces expériences, aussi bien que l'absence totale de libertés publiques dans l'état national-socialiste sont l'arrière-plan de quelques traits caractéristiques de l'arrangement des droits fondamentaux dans la Loi fondamentale de 1949.

1.1. Les limites vis-à-vis le législateur : les limitations des restrictions

Contrairement à cette tradition, les droits fondamentaux³ s'adressent aussi au législateur dans la constitution de 1949. Bien que, comme antérieurement, l'immense majorité des droits fondamentaux peuvent être restreints par une loi, l'art. 1 al. 3 mentionne aussi : « Les droits fondamentaux énoncés ci-dessous lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre de droit directement applicable. » Il y a donc du premier coup d'œil une relation contradictoire : d'une part, un droit fondamental peut être restreint par une loi, d'autre part, le pouvoir législatif est lié par ces droits fondamentaux. Le texte constitutionnel prévoit lui-même quelques solutions plus ou moins vagues à ce problème.

Il est vrai que la Loi fondamentale ne contient pas de « clause d'interprétation » comme l'article 1 de la Charte canadienne, mais elle a prévu une certaine *gradation* des possibilités de restriction. Elle contient des dispositions permettant une restriction légale, sans aucune limite écrite, comme par exemple, l'article 2 al. 2⁴, en plus des restrictions sous des conditions bien définies comme l'article 5 al. 2⁵, en outre de simples réglementations de

2. Bien que le positivisme en droit d'État allemand a des origines plus anciennes, on le retrouve par exemple dans la théorie de Max Weber de la légitimité par légalité, dans *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5^e éd., 1972, p. 122 s.

3. Il s'agit des articles 1 à 19, 103 et 104 de la Loi Fondamentale.

4. Art. 2(2) : Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des restrictions ne peuvent être apportées qu'en vertu d'une loi.

5. Art. 5(1) Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par écrit et par l'image, et de s'informer librement aux sources généralement accessibles. La liberté de presse et la liberté de l'information par la radio et par le film sont garanties. Il n'y a pas de censure. (2) Ces droits sont limités par les prescriptions des lois générales, par les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et par le droit au respect de l'honneur personnel.

l'exercice du droit fondamental (ce qui n'est pas identique avec une restriction) comme l'article 12 al. 1 phrase 2⁶ et finalement des dispositions qui ne sont pas susceptibles d'aucune restriction légale comme les articles 5 al. 3⁷ ou 16 al. 2 phrase 2⁸.

Bien que cette gradation définisse dans une certaine mesure les conditions d'une restriction, elle ne résout pas les problèmes résultant de l'article 1 al. 3 qui se posent exactement dans la situation où les exigences de la gradation sont remplies. Dans cette situation il faut donc un critère permettant de déterminer si telle ou telle restriction légale est légitime ou non. Une indication se trouve à l'art. 19 al. 1 et 2 qui énonce :

(1) Dans la mesure où, d'après la présente loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, l'application de cette loi doit être générale et ne pas se limiter à un cas particulier. La loi doit en outre spécifier le droit fondamental et indiquer l'article qui l'énonce. (2) En aucun cas, il ne peut être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental.

Au delà des critères formels de l'alinéa 1 c'est donc avec « la substance d'un droit fondamental » un *critère matériel*, qui en conséquence sera défini en dernière instance par la justice⁹. Nous verrons encore que c'est cette matérialisation des droits fondamentaux qui est une des voies sur lesquelles la justice accule le législateur.

1.2. L'ordre fondamental libre et démocratique

Une caractéristique quelque peu surprenante se trouve dans les dispositions qui limitent la liberté d'action des citoyens au nom d'une protection de la constitution contre des amendements.

Il s'agit d'une part de l'article 79 al. 3¹⁰, qui protège le principe de l'article 1 al. 2 contre un amendement, même à l'unanimité. Ceci semble être plutôt un problème académique. S'il y a vraiment une majorité si importante,

6. Art. 12(1) Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et le lieu où ils reçoivent leur formation professionnelle. L'exercice de leur profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi.

7. Art. 5(3) L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres. La liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la Constitution.

8. Art. 16(2) Aucun Allemand ne peut être extradé à l'étranger. Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile.

9. Il faut ajouter que le tribunal n'a pas mis l'accent dans sa jurisprudence sur « la substance », mais a développé la règle de proportionnalité pour juger une restriction avant le stade où une atteinte à la substance pourrait être en question.

10. Art. 79(3) Est inadmissible un amendement de la présente loi fondamentale qui affecte la division de la Fédération en Lander, le principe de la participation des Lander à la législation ou les principes énoncés aux articles 1 et 20.

elle aura le pouvoir politique d'amender la constitution aussi dans un tel principe, bien que juridiquement un tel amendement ne puisse être exprimé par le pouvoir constitué. La portée pratique de cette disposition consiste, pour cette raison, plutôt en un avertissement : elle déclare les principes protégés comme tellement fondamentaux que leur modification constituerait en réalité une abrogation et non pas un simple amendement de la constitution. En conséquence, ceci est considéré comme allant au-delà des compétences du pouvoir constitué, il s'agit en ce cas d'un nouveau pouvoir constituant.

D'autre part, il s'agit notamment de l'article 18 al. 2¹¹, qui déclare déchu de ses droits celui qui les utilise pour « lutter contre la liberté et la démocratie » et de l'article 21 al. 2¹² rendant possible l'interdiction d'un parti politique par le tribunal constitutionnel fédéral. Contrairement à leurs buts déclarés, ces dispositions ont pratiquement provoqué une restriction de la démocratie en RFA, notamment avec l'interdiction du parti communiste allemand en 1956 et les « interdictions professionnelles » des années soixante jusqu'à aujourd'hui. Officiellement, ces dispositions sont fondées sur « les mauvaises expériences » de la fin de la République de Weimar (1919–1933) qui, comme on le prétend, avait laissé le national-socialisme établir légalement les bases du « troisième Reich »¹³. Il est vrai cependant que la structure juridique de ces dispositions (« Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ») est due à la pensée de Carl Schmitt, le futur mentor des juristes national-socialistes. Schmitt avait développé à la fin de la république de Weimar sa théorie de « l'ennemi

11. Art. 18 : Quiconque mésuse de la liberté d'expression, notamment de la liberté de la presse (alinéa 1 de l'article 5), de la liberté d'enseignement (alinéa 3 de l'article 5), 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 (alinéa 2 de l'article 16) pour lutter contre la liberté et la démocratie est déchu de ces droits fondamentaux. Le Tribunal constitutionnel fédéral prononce la déchéance et en fixe l'étendue.

12. Art. 21(1) Les partis politiques coopèrent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit répondre aux principes démocratiques. Ils doivent rendre publiquement compte de l'origine et de l'affectation de leurs ressources et de leurs valeurs patrimoniales.

(2) Les partis qui, d'après leurs buts ou d'après l'attitude de leurs adhérents, cherchent à porter atteinte à l'ordre fondamental libre et démocratique, à le renverser ou à compromettre l'existence de la République fédérale d'Allemagne sont anticonstitutionnels. Le Tribunal constitutionnel fédéral statue sur la question de l'anticonstitutionnalité.

(3) Les modalités seront réglées par des lois fédérales.

13. Ce qui est une idéologie : Le *Reichstag* qui a donné dans sa séance du 23 mars 1933 plein pouvoir au Gouvernement Hitler, notamment le pouvoir de légiférer, n'était pas composé légalement (les députés communistes et quelques députés sociaux-démocrates étaient déjà interpellés, la SA patrouillait dans les couloirs du parlement).

interne» et des « hors la loi »¹⁴ en accélérant ainsi la déchéance de la démocratie en Allemagne. On a donc implanté dans la constitution une structure juridique qui se veut antitotalitaire mais qui avait été élaborée par un juriste national-socialiste.

1.3. L'absence de droits sociaux

Il est caractéristique de la Constitution de la RFA qu'elle ne reconnaisse pas de droits sociaux. Parce que les droits fondamentaux doivent être directement applicables (art. 1 al. 3) ceci paraît évident. Un droit classique de défense contre une restriction étatique est directement applicable. Un droit social a cependant besoin d'une médiatisation légale pour être efficace car la mesure de sa réalisation doit être précisée dans une loi¹⁵. Pour cette raison, la Constitution s'est bornée à imposer dans des termes plutôt programmatiques une obligation sociale. Ceci est exprimé dans l'article 20 al. 1, qui décrit les buts étatiques (« La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social ») ainsi que dans d'autres dispositions comme celles sur la propriété (art. 14 et 15)¹⁶.

1.4. Les structures formelles de la justice constitutionnelle

Avec la supériorité des droits fondamentaux sur la loi ordinaire, leurs limites dans l'ordre fondamental libre et démocratique et le caractère programmatique de l'obligation sociale, on a transféré un grand pouvoir de définition à la justice constitutionnelle. Étudions ses structures formelles avant d'analyser sa jurisprudence.

14. Notamment dans ses monographies *Legalität und Legitimität* (1932) et *Der Begriff des Politischen* (1932).

15. Ceci est vrai même dans le seul cas d'un véritable droit social, l'art. 6 al. 4 : « Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté ».

16. Article 14 : (1) La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par la loi.

(2) La propriété oblige. Son usage doit en même temps contribuer au bien public.

(3) L'expropriation n'est admissible que dans l'intérêt général. Elle ne peut être effectuée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et le montant de l'indemnisation. L'indemnisation doit être fixée en tenant un juste compte de l'intérêt général et de celui des parties intéressées. Le recours devant les tribunaux ordinaires est ouvert en cas de litige portant sur le montant de l'indemnisation.

Article 15 : Le sol, les ressources naturelles et les moyens de production peuvent être transférés, au fin de socialisation, en propriété collective ou en d'autres formes d'économie collective par une loi qui fixe le mode et le montant de l'indemnisation. L'alinéa 3 de l'article 14, 3^e et 4^e phrases, s'applique par analogie à l'indemnisation.

Dès le milieu des années vingt, la justice a commencé à s'emparer du contrôle de la constitutionnalité des lois. Le cas échéant, elle refusait d'appliquer une loi jugée anticonstitutionnelle. Dans une situation politique où l'Allemagne avait pour la première fois de son histoire une législature démocrate, alors que la justice était toujours composée d'anciens pouvoirs monarchiques, il s'agissait là d'un acte antidémocratique. La loi fondamentale devait éviter cette conséquence, mais elle devait aussi garantir la supériorité des droits fondamentaux sur les lois ordinaires (art. 1 al. 3). Elle a essayé de le faire en laissant le contrôle de la constitutionnalité à la justice dans son ensemble, mais en centralisant en même temps le pouvoir de déclarer nulle une loi auprès du tribunal fédéral constitutionnel. Elle prévoit dans l'article 100¹⁷ un contrôle concret, dans son art. 93 al. 1 chiffre 2 un contrôle abstrait et dans l'art. 93 al. 1 chiffre 4a un recours individuel¹⁸. Selon les statistiques il y avait eu jusqu'au 31 décembre 1986 64 476 recours constitutionnels, 3 167 contrôles concrets et 140 contrôles abstraits. Au cours de l'année 1988 il y a eu 3 613 nouveaux recours constitutionnels et 48 nouveaux contrôles concrets.

1.5. Conclusion

Avec la « matérialisation » des droits fondamentaux et la centralisation du pouvoir de leur définition auprès du tribunal constitutionnel fédéral, la Loi fondamentale a transféré un pouvoir politique énorme à cette instance. Les attributions de ce tribunal dépassant de loin le cadre de la « justice », il s'agit plutôt d'une sorte de « quatrième pouvoir ». Regardons dans la deuxième partie de cet exposé ce qu'elle en a fait.

2. L'interprétation des droits fondamentaux dans la jurisprudence du tribunal constitutionnel fédéral

Le tribunal constitutionnel fédéral rend à peu près 80 arrêts par an. Sa jurisprudence comprend actuellement presque 80 tomes de recueils officiels ;

-
17. (1) Si un tribunal estime qu'une loi de la validité de laquelle dépend sa décision est anticonstitutionnelle, il doit suspendre la procédure et soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du *Land*, s'il s'agit de la violation de la Constitution d'un *Land* et, s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale, à la décision du Tribunal constitutionnel fédéral [...].
18. Le Tribunal constitutionnel fédéral statue : [...]
2. en cas de divergence d'opinions ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle du droit fédéral ou du droit de *Land* avec la présente Loi fondamentale ou sur la compatibilité du droit de *Land* avec tout autre droit fédéral, sur demande du gouvernement fédéral, d'un gouvernement de *Land* ou d'un tiers des membres du Bundestag ; [...]
- 4a. sur des recours constitutionnels qui peuvent être introduits par quiconque estime avoir été lésé par les pouvoirs publics dans un de ses droits fondamentaux ou dans un de ses droits garantis par les articles 20 alinéa 4, 33, 38, 101, 103 et 104.

chaque tome contenant environ 450 pages. Une grande partie de ces arrêts porte sur les droits fondamentaux¹⁹. Au cours de cette jurisprudence le tribunal a élargi leur champ d'application au-delà du texte constitutionnel. Cet élargissement s'est fait dans plusieurs directions.

2.1. L'interprétation classique : les droits fondamentaux comme droits subjectifs contre l'État

Le tribunal a d'abord, d'une manière très classique, insisté sur le caractère des droits fondamentaux comme droits de défense contre l'État (libertés publiques).

Dans ce domaine, il a élargi son pouvoir d'interprétation en considérant l'article 2 al. 1²⁰ non pas comme un droit spécial semblable à tous les autres droits fondamentaux, mais comme un droit subsidiaire. Dans des situations soumises au régime des droits spéciaux ce *droit au libre développement de la personnalité* est écarté par les droits spéciaux ; mais il se rétablit face à des situations dans lesquelles le texte constitutionnel n'a rien énoncé. Ceci permet au tribunal constitutionnel de soumettre vraiment à sa juridiction chaque acte étatique, ce qui dépasse de loin le catalogue des libertés publiques dans la constitution. Le tribunal a fait évoluer cette jurisprudence au tout début de son existence avec l'arrêt *Elfes*²¹. Il l'a maintenu jusqu'à aujourd'hui avec l'arrêt concernant la Loi sur le recensement²² où il a pratiquement créé un nouveau droit fondamental avec ce qu'il appelle « le droit à l'autonomie informationnelle ».

La deuxième voie par laquelle le tribunal constitutionnel a élargi son pouvoir d'interprétation est le *principe de proportionnalité*. Pour constater s'il y a une restriction anticonstitutionnelle d'un droit fondamental, le tribunal doit réfléchir selon une certaine méthode qui exige une réponse positive à plusieurs questions. D'abord, il doit vérifier si l'acte étatique incriminé concerne le domaine garanti par un droit fondamental ou s'il reste « en dehors » de cette zone de protection. Les tribunaux allemands ont eu à décider par exemple si une loi sur la publicité tombe dans le domaine garanti par la liberté d'expression (art. 5), une question qui n'est pas trop éloignée du problème de la Loi 101 du Québec sur l'affichage public. Ils ont répondu

19. Il y a deux sénats à huit juges. Le premier sénat statue principalement sur les droits fondamentaux, le deuxième sur les questions d'organisation d'État.

20. (1) Chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale.

21. BVerfGE 6, 32 ff. (Recueil officiel, tome 6, pages 32 s.), arrêt du 16-1-1957.

22. BVerfGE 65, 1 ff. (15-12-1983).

négativement²³ en classifiant cette législation dans le domaine de la liberté de profession (art. 12) où les conditions pour la légitimité d'une telle restriction sont moins exigeantes²⁴. Cet exemple montre que déjà la décision de l'étendue du domaine de protection et la classification des actions comme étant situées ou non à l'intérieur de ce domaine contient un certain pouvoir politique du tribunal. Ceci est aussi vrai pour le deuxième critère d'examen : si le tribunal considère qu'un acte étatique touche le domaine de protection d'une liberté publique, il doit prendre une décision sur la légitimité de cette restriction. Il doit prendre en considération d'une part la gradation des possibilités d'une restriction d'un droit fondamental par une loi, et d'autre part la supériorité du droit fondamental selon l'article 1 al. 3. C'est ici que le principe de proportionnalité joue son rôle. Ce principe établit une relation entre le *moyen* utilisé, c'est-à-dire la restriction du droit lésé, et l'*objectif* poursuivi par ce moyen. Celui-ci doit, selon une formule du tribunal constitutionnel, consister en une « valeur constitutionnelle au moins du même rang que le droit restreint ». La relation consiste en ce que plus le droit est lésé, plus le but poursuivi doit être important. Le problème se trouve dans le mot « plus ». Quels sont les critères nous permettant de constater qu'une atteinte touche un droit « plus » que l'autre ? Le tribunal a élaboré des propositions différentes pour les droits respectifs. Il a par exemple parlé de la fonction démocratique de la liberté d'expression et en a tiré la conséquence qu'une contribution à la formation de l'opinion publique est davantage protégée qu'une expression faite en poursuivant des buts économiques.²⁵ Dans le domaine de la garantie de la propriété privée, il a jugé que l'essentiel de la propriété privée est le bénéfice personnel²⁶. Pour cette raison, la Loi sur la cogestion n'a pas été déclarée anticonstitutionnelle parce que cette relation personnelle avec le propriétaire privé n'existe plus dans les grandes entreprises. On peut de toute façon constater qu'en « pensant » le « rang » des « valeurs constitutionnelles » selon le principe de proportionnalité (des notions que le texte constitutionnel ne connaît pas) le tribunal dispose d'une grande marge d'appréciation.

23. Bundesverwaltungsgericht E 2, 178 ff. (Tribunal administratif fédéral, Rec. off., tome 2, pages 178 s.)

24. Dans le cadre de l'article 5 les restrictions ne peuvent être fondées que par des lois générales (donc pas des lois dirigées expressément contre la liberté d'expression), tandis que dans le cadre de l'article 12 la loi de restriction peut poursuivre pour but une réglementation de l'exercice de la profession.

25. BVerfGE 25, 256 ff. (arrêt *Blinkfüer* du 26-2-1969).

26. BVerfGE 50, 290 (Loi sur la cogestion, arrêt du 1-3-1979).

2.2. Les droits fondamentaux comme droit objectif

En 1958, le Tribunal constitutionnel fédéral a été saisi d'un arrêt de la Cour civile fédérale dans l'affaire *Lüth*. Erich Lüth, à cette époque le porte-parole du Gouvernement du Land de Hambourg, a appelé au boycottage d'un film du metteur en scène Veit Harlan, ancien cinéaste nazi. Sur demande de la société de production, il a été condamné par toutes les instances de la juridiction civile à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 826 du Code civil. Cet article interdit de causer préjudice contre les bonnes mœurs aux biens d'autrui. Les Cours n'avaient pas apprécié le système de défense de Lüth qui se fondait sur la liberté d'expression, en lui opposant que les droits fondamentaux sont des droits de défense d'un citoyen contre l'État et non des droits des individus privés entre eux. Le Tribunal constitutionnel fédéral a cassé ces arrêts en inaugurant une « application indirecte » des droits fondamentaux au Code civil. Il a argumenté qu'en effet les droits fondamentaux sont en premier lieu des droits de défense contre des actes étatiques, donc des droits subjectifs. Mais à part cette qualité, il les a déclarés comme « éléments de droits objectifs ». À cause de cette « double nature », les droits fondamentaux influencent tout l'ordre juridique, notamment les lois ordinaires (le Code civil, Code pénal, etc.). Les lois ordinaires doivent être interprétées « à la lumière des droits fondamentaux »²⁷. Ce sont notamment les clauses générales par exemple, « les bonnes mœurs », « la bonne foi » qui sont regardées comme « portes d'invasion » des droits fondamentaux dans le Code civil.

Théoriquement ce n'est pas l'acte d'interprétation du juge qui impose les libertés au droit civil, mais en leur qualité de droit objectif ils en font déjà toujours partie. Il en découle comme conséquence que les droits fondamentaux qui, selon le texte constitutionnel, peuvent être restreints par une loi ne sont pas unilatéralement mis à la disposition du législateur. Par leur caractère objectif ils influencent eux aussi la loi de restriction. Il s'agit donc d'une relation réciproque.

Pratiquement il en résulte de nouveau un « pèsement » de « valeurs » protégées par le droit contre les « valeurs » protégées par la loi, donc un grand champ d'appréciation juridictionnel. À l'occasion du cas *Lüth*, le tribunal constitutionnel fédéral a développé son interprétation déjà mentionnée qui souligne la fonction démocratique de la liberté d'expression. « Plus » ce caractère est saillant dans la parole incriminée, plus la liberté garde son poids vis-à-vis la loi de restriction. Comme Lüth n'avait pas poursuivi de buts

27. Jurisprudence constante.

économiques avec son appel au boycottage, cet appel fut considéré comme justifié²⁸.

2.3. Droits de prestation

Dans un arrêt concernant la limitation d'accès dans les universités allemandes (le *numerus clausus*), le Tribunal constitutionnel fédéral a essayé d'une façon très contradictoire de créer un droit subjectif aux prestations étatiques. Comme l'article 12 reconnaît le droit de choisir librement son lieu de formation, le Tribunal a reconnu le droit à tous les candidats à une place dans l'enseignement supérieur. Mais comme ceci s'est heurté tout de suite aux limites des finances publiques il en a fait en même temps un simple droit à la participation égale à la répartition des places dans l'enseignement. Il est évident que cette jurisprudence serait mieux fondée sur l'article 3 qui garantit l'égalité devant la loi. Cet exemple montre bien le caractère incomplet des droits sociaux dans une constitution²⁹ à cause de la nécessité d'une transformation par le législateur, même s'il y a des efforts jurisprudentiels bienveillants. Maintenant, dans ce domaine, l'article 12 est interprété par la juridiction administrative plutôt comme un droit à une procédure équitable de distribution des places³⁰.

2.4. Les droits fondamentaux comme fondement des devoirs étatiques de protection

Traditionnellement, les droits fondamentaux protègent contre une restriction étatique. Est-ce qu'ils protègent aussi contre une inactivité de l'État qui entraîne des conséquences semblables à une restriction ? La question s'est posée lors de la législation sur l'interruption de grossesse au début des années 70. Le nouveau gouvernement fédéral, le premier dans l'histoire de la RFA dirigé par le parti social-démocrate, qui avait mené sa campagne électorale avec le slogan des « réformes internes », avait libéralisé les dispositions du Code pénal. L'avortement n'était plus pénalisé à condition qu'il ait été réalisé après consultation d'un médecin, ceci pendant les 12 premières semaines après la conception. Cette disposition fut attaquée par les partis d'opposition devant le Tribunal constitutionnel fédéral qui avait ainsi à décider³¹, non pas sur une restriction, mais sur l'abrogation d'une restriction

28. Contrairement à ceci, le tribunal constitutionnel fédéral a déclaré illégitime l'utilisation du pouvoir économique d'un journal, qui ainsi voulait soutenir son appel au boycottage contre un autre journal (BVerfGE 25, 256 ff., arrêt *Blinkfüer*).

29. Voir *supra*, section 1.5.

30. Voir *infra*, section 2.5.

31. BVerfGE 39, 1 ff. (25-2-1975).

d'un droit fondamental. Prenant comme réflexion de départ sa jurisprudence sur le caractère objectif des droits fondamentaux, le tribunal a admis le principe d'une obligation étatique de protection de la vie de l'embryon. Mais il y avait un désaccord profond sur l'étendue de cette obligation. La majorité des cinq juges décida que même l'emploi du droit pénal contre la mère était exigé par le droit à la vie de l'embryon. Ce droit comme « valeur suprême » exige une densité de contrôle juridictionnel très importante : le simple fait d'une « mise en danger » de la vie de l'embryon justifie l'annulation de la loi pénale libéralisée. Contrairement à cette opinion, la minorité, incluant la seule femme à siéger parmi les juges, insista dans son vote dissident sur la conception que le caractère objectif des droits fondamentaux ne peut pas éliminer leur nature traditionnelle comme garantie contre l'État. Le but des droits fondamentaux devait rester en premier lieu la protection de la liberté individuelle contre l'État et non pas sa restriction. Bien qu'elle partagea en principe la conception des droits fondamentaux comme base des obligations étatiques de protection, la minorité laissa la définition des mesures concrètes en premier lieu au législateur et limita le contrôle juridictionnel à la question de savoir si la loi était défendable. Les expériences empiriques d'autres pays³² ont prouvé que les mesures prévues par la nouvelle loi représentaient une protection efficace du droit à la vie. La situation antérieure obligeait les femmes enceintes à réaliser l'avortement clandestinement par des moyens obscurs, sans consultation médicale et sociale, ce qui menaçait la vie des embryons et des mères. La minorité jugea donc « défendable » la loi et par conséquent conforme à la constitution.

Le tribunal se voyait confronté, quelques années plus tard, lors de l'arrêt *Schleyer*³³, avec les conséquences d'une telle extension des obligations de protection. Schleyer, le président de la confédération du patronat allemand, avait été enlevé par des terroristes qui menaçaient de le tuer si le gouvernement ne remettait pas en liberté d'autres terroristes emprisonnés. Le gouvernement s'y refusa. Alors en conséquence, la famille Schleyer demanda leur mise en liberté par une décision provisoire du Tribunal constitutionnel fédéral. Dans ce cas précis, le tribunal ne considéra pas *la vie* de M. Schleyer comme une « valeur suprême » éliminant tous les autres droits, mais la compara avec de futures actions terroristes contre la *sécurité* du peuple. Dans l'arrêt sur l'avortement, on pouvait encore lire qu'il « n'est pas permis d'abandonner la protection d'une vie individuelle en raison du but, en lui-même respectable, de sauvegarder d'autres vies. Chaque vie humaine est comme telle de valeur égale et ne peut pas pour cette raison être soumise à une évaluation différente

32. Comme par exemple, la Suède.

33. BVerfGE 46, 160 ff. (16-10-1977).

ou même à une quantification »³⁴. Dans l'arrêt *Schleyer*, le tribunal a réduit cette position aux limites du vote minoritaire de l'arrêt sur l'avortement et se bornait à un contrôle de « défendabilité » de l'action gouvernementale³⁵.

2.5. Les droits fondamentaux comme garanties procédurales

L'exemple du droit à la vie a montré que la « matérialisation »³⁶ des droits fondamentaux entraîne le risque d'une surévaluation du droit d'un sujet (l'embryon) aux frais des droits d'autres parties (la mère et les futurs embryons) d'une part et d'un certain affaiblissement de leur caractère « directement applicable » par un simple contrôle de « défendabilité » d'une loi d'autre part. Pour éviter cette situation insatisfaisante, le tribunal a commencé à considérer les droits comme des garanties à une procédure qui pourrait les sauvegarder. Cette « procéduralisation » des droits fondamentaux a été développée lors des implantations des centrales nucléaires. Ces inventions de la technologie moderne ne sont pas « sans aucun » risque, de sorte que la vie de la population et des employés n'est pas « garantie absolument ». Les recours devant la juridiction administrative contre la construction des centrales, fondés sur cette menace contre la vie, ont été rejetés. Mais les cours ont obligé les services administratifs qui donnent leur autorisation de construction, à ouvrir aux demandeurs une procédure administrative où toutes les objections devaient être soigneusement vérifiées³⁷.

Cette tendance était renforcée en 1985 par un arrêt sur la liberté de réunion³⁸. La Loi sur les réunions prévoit la possibilité de dissoudre une manifestation par la police s'il y a un danger immédiat pour la sécurité publique, par exemple des actions violentes. Ceci est un problème pour les très grandes manifestations de quelques centaines de milliers de participants où les organisations ne peuvent pas garantir l'absence ou l'isolement des malfaiteurs, mais où la dissolution serait excessive. Le tribunal a souligné le caractère procédural de la liberté de réunion en obligeant les organisateurs et la police à une coopération préalable sur le déroulement de la manifestation. « Plus les organisateurs sont prêts, lors de la déclaration d'une grande manifestation aux mesures unilatérales inspirant confiance ou même à une

34. BVerfGE 39, I ff. 44.

35. Il s'agit d'un arrêt particulièrement délicat, parce que dans la suite, M. Schleyer a été effectivement assassiné.

36. Voir *supra*, section 1.1

37. BVerfGE 49, 89 ff. (arrêt *Kalkar* du 8-8-1978, nommé selon une petite ville ou un surgénérateur est implanté).

38. BVerfGE 69, 315 ff. (arrêt *Brokdorf* du 14-5-1985, nommé selon le village ou la manifestation a eu lieu).

coopération favorable pour la manifestation, plus le seuil pour une intervention de la part des autorités compétentes à cause d'une atteinte à la sécurité publique est élevé »³⁹.

2.6. Les droits fondamentaux comme droits d'organisation

Très proche de l'accès procédural est la considération des libertés publiques comme droits d'organisation. La liberté individuelle est transformée par la garantie d'une organisation dans laquelle l'individu peut protéger ses droits. Ce type d'interprétation a été admis dans la jurisprudence avec un arrêt⁴⁰ sur l'organisation interne des universités. Cet arrêt a déclaré nulle une loi qui a mis en minorité les professeurs dans les organes de décision, en prévoyant une représentation paritaire des professeurs, étudiants et du corps administratif. L'article 5 al. 3⁴¹, par son caractère objectif, oblige l'État à une organisation interne des universités qui garantit la liberté de la science. Mais le tribunal est allé encore plus loin en en déduisant que la liberté de la science est menacée si les professeurs n'ont plus la majorité dans des matières touchant directement la science. Pratiquement il a ainsi déclaré la liberté individuelle des professeurs comme critère prépondérant. Pour cette raison, le vote dissident critique cet arrêt par l'argument que la transformation concrète de l'accès organisateur dans une loi doit être laissé au législateur. Mais le principe d'interprétation organisatrice n'est pas mis en question. Il est considéré comme un élément d'importance croissante dans la jurisprudence aussi bien que dans la doctrine et il est par exemple mis en œuvre dans la législation sur la presse et la radiodiffusion⁴².

3. Problèmes

Il est vrai que l'existence d'un tribunal constitutionnel oblige le législateur à prendre au sérieux la supériorité des droits fondamentaux vis-à-vis des lois. D'autre part, il paraît un peu précipité d'en tirer avec Jean Rivéro⁴³ la conséquence qu'on aurait mis fin à un « absolutisme ». Il ne s'agit que d'un transfert du problème de la part du parlement à un tribunal au-dessus duquel il n'y a plus aucune institution de contrôle. Ceci provoque aussi des problèmes.

39. BVerfGE 69, 356.

40. BVerfGE 35, 79 ff. (29-5-1973).

41. Voir *supra*, note 7.

42. Où existent des problèmes pareils avec la liberté de presse et la liberté de radiodiffusion (art. 5, al. 1, voir *supra*, note 5).

43. Voir « Rivéro, Fin d'un absolutisme », dans *Le conseil constitutionnel et les libertés*, 2 éd., PUAM.

La « matérialisation » des droits fondamentaux et la jurisprudence à ce sujet ont tendance à priver ces droits de leur caractère classique de « liberté » contre l'État et de les transformer en une obligation de l'État de les restreindre. Il est vrai que cette évolution n'est qu'un reflet du changement de l'État libéral à l'État social, mais ceci contient aussi des dangers. Dans le domaine des centrales nucléaires on a déjà parlé d'une « décadence radio-active des droits fondamentaux ». Car les risques sont tellement grands, que l'État est obligé d'implanter des systèmes de sécurité très élaborés pour éviter que ces risques se transforment en accident. Mais les mesures de sécurité ne sont réalisables qu'au prix d'une restriction des libertés publiques individuelles. Il s'agit notamment d'une surveillance du personnel, qui porte aussi sur le passé des individus, leurs dispositions psychiques, leurs attitudes, leurs relations personnelles, leurs vies privées, bref : sur la personnalité dans un sens global. Au nom d'un « droit public de sécurité », on sacrifie donc les libertés des employés.

La « matérialisation » des droits fondamentaux ne mène pas seulement à une « politisation » du droit constitutionnel ou plus exactement de l'instance qui doit l'appliquer, la juridiction constitutionnelle. Ceci devrait être devenu plus évident suite à cet exposé. Elle mène aussi à une « juridicisation » de la vie politique. Les débats au Bundestag, au cours de la législature sont de plus en plus dominés, non seulement par des juristes, mais aussi par des experts en jurisprudence constitutionnelle. Un exemple actuel : la politique vis-à-vis la République démocratique allemande est dominée dans une large mesure par un arrêt du tribunal constitutionnel fédéral⁴⁴ qui affirme que le Reich allemand continue à exister dans les frontières de 1937 jusqu'à la conclusion d'un traité de paix, ce qui semble rendre impossible la reconnaissance d'une nationalité est-allemande.

Le tribunal constitutionnel fédéral s'est aperçu de ces problèmes qui touchent la répartition des pouvoirs entre le législateur et le tribunal. Il a quand même toujours refusé les propositions de ne pas statuer sur les questions « politiques » comme le fait la Cour suprême des États-Unis avec sa jurisprudence de *judicial self restraint*. Mais il a commencé à élaborer une gradation dans l'étendue de son contrôle sur le législateur en distinguant trois degrés⁴⁵ : au niveau le plus bas, il se borne à contrôler si la loi attaquée porte « clairement » préjudice à un droit fondamental. Au niveau moyen, il exerce un contrôle sur le caractère « défendable », « justifiable » de la loi, ce qui se fait

44. BVerfGE 30, 1 ff. (arrêt du 15-12-1970 sur le traité fondamental entre la RFA et la RDA (*Grundlagenvertrag*)).

45. Notamment dans les arrêts sur la *Loi de cogestion*, BVerfGE 50, 290 ff., et sur l'interruption d'une grossesse, BVerfGE 39, 1 ff.

dans les matières économiques et sociales. Le contrôle le plus dense existe dans l'examen de la loi capable de « mettre en danger » le droit fondamental d'un citoyen, notamment le droit à la vie et à la liberté. Bien que ceci soit raisonnable il faut voir qu'il ouvre une nouvelle marge d'appréciation à une institution politique dans une forme juridique.