



Strasbourg, 1 octobre 2003

Diffusion restreinte
CDL-JU (2003) 36
Or. fr.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

en coopération avec
LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE LA RÉPUBLIQUE D'ARMÉNIE

**VIII^e CONFERENCE INTERNATIONALE
DE EREVAN**

**LES CRITERES DE BASE
DES RESTRICTIONS AUX DROITS DE L'HOMME
DANS LA PRATIQUE DE LA JUSTICE
CONSTITUTIONNELLE**

Erevan, les 3-4 octobre 2003

RAPPORT SUR

**« Les limitations à l'exercice des droits fondamentaux dans
la pratique constitutionnelle allemande »**

Kai-Uwe RIESE, Allemagne

I. Introduction

La constitution de la République fédérale d'Allemagne de 1949, qui porte – pour des raisons historiques - le nom de Loi Fondamentale (LF), attache une importance particulière aux droits fondamentaux. Ainsi, la première section de la Loi Fondamentale (articles 1 à 19) est entièrement consacrée à ces droits auxquels les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont liés à titre de droit directement applicable (art. 1 al. 3). Aux droits fondamentaux s'ajoutent les droits dits assimilés (*grundrechtsgleiche Rechte*) garantis par d'autres articles répartis dans la constitution, comme par exemple l'accès égal de tout Allemand aux fonctions publiques selon son aptitude (art. 33 al. 2), le droit à un juge légal déterminé à l'avance (art. 101 al. 1) ou bien le droit d'être entendu devant les tribunaux (art. 103 al. 1).

C'est la Cour constitutionnelle qui est appelée à veiller à la protection des droits fondamentaux dont le caractère est reconnu tout à la fois comme objectif et subjectif. Ainsi, selon l'article 93 al. 1 n°. 4 a de la loi fondamentale (LF) toute personne qui s'estime lésée dans ses droits fondamentaux par un acte de la puissance publique peut saisir la Cour constitutionnelle d'un recours direct individuel. L'acte attaqué peut être n'importe quel acte d'une autorité législative, exécutive ou juridictionnelle (loi, acte administratif, jugement). Pour comprendre la très grande importance du recours individuel, il suffit de regarder les statistiques. Ainsi, en 2002 il y avait en tout 4.692 saisines, dont 4.523; c'est-à-dire environ 96,4 % de recours individuels.

Le recours individuel aboutit seulement – les autres conditions mises à part - à un résultat favorable, si l'ingérence – c'est à dire la limitation du droit fondamental par l'autorité publique respective – n'est pas constitutionnellement justifiée. La Cour doit donc se poser la question de savoir si la limitation à l'exercice du droit fondamental est conforme à la constitution. J'essaierai de vous expliquer comment elle y procède en présentant d'abord le schéma général d'analyse d'un droit fondamental que la Cour constitutionnelle applique pour décider de la constitutionnalité d'un acte attaqué. Dans une deuxième partie, j'envisagerai le texte de la loi fondamentale pour classifier les limites qui y sont prévues. Ensuite, je démontrerai l'application du texte par la jurisprudence constitutionnelle en incluant quelques décisions importantes relatives aux limitations des droits fondamentaux.

II. Le schéma général d'analyse d'un droit fondamental

1. Selon la jurisprudence constitutionnelle allemande, les droits fondamentaux sont en premier lieu des droits de défense du citoyen contre le pouvoir étatique.¹ Leur caractère défensif interdit à la puissance publique de s'ingérer dans la sphère protégée par un droit fondamental. A côté de cela, la Cour reconnaît à certains droits fondamentaux un caractère prestataire exigeant une action de l'état. Ceci concerne par exemple la garantie de la dignité humaine (article 1 al. 1 LF), la liberté d'agir et le principe de l'état social dont la Cour constitutionnelle a déduit – notamment en droits fiscal et social - que chaque individu doit disposer d'un minimum de moyens pour pouvoir mener une vie humaine digne. De même, l'état doit organiser une protection efficace des droits par les tribunaux (cf. pour la défense contre les actions de l'exécutif l'article 19 al. 4 de la loi fondamentale). Ce qui intéresse dans ce rapport, ce sont moins les droits de caractère prestataire que les droits-libertés, parce que c'est surtout dans ce contexte que le problème de la limitation se pose.

¹ BVerfGE 7, 198 <204>.

2. Pour vérifier si un acte public soumis au contrôle de constitutionnalité ne contredit pas un droit fondamental, notamment une liberté, la Cour examine en général les trois points suivants:

D'abord, elle définit le contenu exact du droit fondamental que la constitution veut garantir. Dans ce contexte, la doctrine et la jurisprudence allemandes parlent de "champs ou domaine protégé" de la norme (Schutzbereich). La détermination de ce domaine protégé est très simple quand la constitution elle-même en donne une définition claire et nette qui échappe à toute interprétation. Ainsi, la protection du mariage (art. 6 al. 1) ne comprend pas l'union libre ou bien le domaine protégé de la liberté d'association ne se réfère pas aux associations qui sont contraires aux lois pénales, dirigées contre l'ordre constitutionnel ou dirigées contre l'idée d'entente entre les peuples (art. 9 al. 2).² Mais comment définir par exemple le domaine protégé de l'article 13 LF qui garantit l'inviolabilité du domicile? La Cour constitutionnelle entend par domicile non pas seulement les logements du sens d'habitation mais aussi les locaux à usage commercial ou professionnel.³ Vous voyez que la détermination du champs protégé a une influence sur l'étendue et l'efficacité de la protection qu'il ne faut pas sous-estimer. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles la Cour se décide dans de nombreux cas pour une interprétation plutôt large.

Après avoir déterminé le contenu du domaine protégé, la Cour décide si l'acte attaqué y constitue une atteinte (Eingriff). C'est le cas si l'acte public empêche un comportement individuel protégé par le droit fondamental. Dans la plupart des cas, cet examen ne pose pas de problème. Par contre, la situation devient plus difficile quand le droit fondamental est atteint d'une manière indirecte (l'autorité administrative publie une information sur un produit laquelle a pour effet que le produit se vend mal de façon que le chiffre d'affaire du producteur baisse). L'atteinte peut être d'ordre général (i.e. directement par une loi) ou d'ordre individuel (par un acte administratif ou un jugement, p. ex. quand une partie à un procès n'est pas entendue par le tribunal).

Même si le champs ou domaine protégé est concerné, l'acte contesté n'est pas forcément inconstitutionnel. Il contredit uniquement le droit fondamental si l'atteinte n'est pas justifiée. La Cour doit donc voir dans quelle mesure le droit fondamental peut être limité et ensuite vérifier si l'acte en question se tient dans le cadre de cette limitation.⁴ Cette dernière étape du schéma d'analyse est assez complexe; elle est en outre de la plus haute importance pour que l'effectivité de la garantie constitutionnelle puisse être assurée. Nous l'examinerons de plus près dans les parties suivantes. Adressons-nous d'abord au texte de la loi fondamentale pour décrire les possibilités de limitation qui y sont prévues.

² Cf. BVerfGE 80, 244 <253>. Selon une partie de la doctrine l'art. 9 al. 2 LF ne détermine pas le champs protégés, mais constitue une limitation à la liberté d'association, cf. Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, 2002, Art. 9, no. 15.

³ BVerfGE 42, 212 <219>; 76, <83 <88>; 96, 4 <51>:

⁴ Dans la terminologie juridique allemande on parle de "Schranke".

III. La limitation des droits fondamentaux selon le texte de la constitution

Il n'est pas facile de vous donner un aperçu sur les différentes limitations prévues par la loi fondamentale sans que vous ayez le texte sous les yeux. Peut-être serez-vous encore moins rassurés si je vous dis que la loi fondamentale est peu systématique sur ce sujet et qu'en somme, elle ne donne pas de réponse satisfaisante. La théorie allemande des limites dans sa forme actuelle est uniquement le produit de la jurisprudence constitutionnelle et de la doctrine. Néanmoins, il est important d'étudier le texte constitutionnel afin de pouvoir estimer son interprétation par la Cour. Je pose donc trois questions à ce texte afin de voir ce qu'il y répond:

- Quels types de limitations peuvent être imposées? La constitution permet-elle une classification des limitations?
- Qui est légitimé pour les imposer?
- Jusqu'où la limitation peut-elle aller? Existent-t-il des limites aux limites?

1. La réponse à la première des questions est vite donnée: La constitution distingue en principe deux catégories de limitations:

a) D'un côté, elle connaît des droits fondamentaux assortis d'une "réserve de la loi" (Gesetzesvorbehalt). Il s'agit là d'une formule qui permet expressément au législateur de limiter le droit fondamental "en vertu d'une loi" ou bien "par une loi". Je vous donne quelques exemples: Selon l'article 2 al. 2 LF des restrictions au droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté de la personne ne peuvent être effectuées qu'en vertu d'une loi. De même, l'exercice de la profession ne peut être réglementé qu'en vertu d'une loi (art. 12 al. 1 LF).

Pour compléter cet aperçu sur la première catégorie de limites, je vous fais remarquer qu'elle peut à nouveau être subdivisée en deux types de limitations: On parle de "simple réserve de la loi" (einfacher Gesetzesvorbehalt) quand la clause est générale et laisse au législateur le soin de déterminer la limite concrète. De l'autre côté, on parle de "réserve qualifiée de la loi" dans les cas où la constitution ne s'arrête pas à une clause générale, mais précise les conditions sous lesquelles le législateur est habilité à limiter le droit fondamental. Ainsi, la liberté de circulation et d'établissement peut être limitée

"uniquement dans le cas où l'absence de moyens d'existence suffisants imposerait des charges particulières pour la collectivité ainsi que dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, ou pour lutter contre des risques d'épidémie, des catastrophes naturelles ou des sinistres particulièrement graves, ou [...]"

La réserve qualifiée se trouve également dans l'article 5 al. 1 et 2 de la loi fondamentale, lequel garanti la liberté d'opinion et la liberté de la presse. Ces libertés trouvent leurs limites ("finden ihre Schranke") dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel.

Comme elle restreint l'action du législateur, la réserve qualifiée est en principe plus effective que la simple réserve de la loi. Or, même si la constitution habilite le législateur de façon générale et sans conditions à apporter des limites à l'exercice d'un droit fondamental, ce droit n'en est pas pour autant mis à la libre disposition du législateur. Nous verrons que la jurisprudence constitutionnelle n'accepte pas n'importe quelle limite fondée sur une simple réserve de la loi.

b) A côté des droits fondamentaux assortis d'une réserve de la loi, nous rencontrons un deuxième type de droits fondamentaux qui paraissent, à la première vue, assez remarquables. Il s'agit de libertés qui – selon le texte constitutionnel - ne connaissent aucune limitation. Je peux vous citer notamment l'article 4 al. 1 et 2 LF assurant les libertés de croyance et de conscience ainsi que l'article 5 al. 3 LF garantissant les libertés de l'art, de la science, de la recherche et de l'enseignement.

2. Après avoir donc démontré les possibilités de limitations selon le texte de la constitution, je me consacre à la deuxième question: Qui est légitimé pour imposer des restrictions aux droits fondamentaux?

C'est, comme nous avons vu toute à l'heure en regardant les réserves de la loi, le législateur, le parlement. Néanmoins, le législateur n'est pas toujours tenu de déterminer lui-même les détails d'une limitation. La Cour, et là j'anticipe sur la dernière partie consacrée à la jurisprudence constitutionnelle, admet que le législateur autorise le pouvoir exécutif à édicter des règlements. Une telle loi d'habilitation doit elle-même remplir certaines conditions (cf. l'art. 80 al. 1 LF). Elle est interdite si la constitution demande expressément la limitation par une loi formelle (ex.: restriction de la liberté de la personne uniquement en vertu d'une loi formelle, art. 104 al. 1 LF). ou bien si l'ingérence touche aux règles essentielles d'une matière. Cette dernière interdiction a été développée dans le cadre d'une théorie nommée théorie du caractère substantiel (Wesentlichkeitstheorie) à laquelle je reviendrai.

On peut donc retenir que la restriction doit de toute façon remonter à une loi formelle. En conséquence, la limitation n'est pas justifiée par une simple prescription administrative (Verwaltungsvorschrift) qui n'est pas basée elle-même sur une loi. Ainsi, la Cour avait à décider sur le recours constitutionnel individuel d'un détenu dont le courrier avait été arrêté par l'administration pénitentiaire à cause de propos injurieux. Le recours qui s'appuyait (entre autre) sur la violation de la liberté d'opinion avait du succès.⁵ La Cour a constaté que selon le texte constitutionnel la liberté d'opinion ne peut être limitée qu'en vertu d'une loi alors que l'acte attaqué (l'arrêt du courrier) était uniquement basé sur une circulaire, c'est-à-dire une prescription administrative. Donc, le législateur a été contraint d'adopter une loi relative à l'exécution des peines et aux établissements pénitentiaires (Strafvollzugsgesetz).

3. Il me reste à chercher une réponse à la troisième question: Jusqu'où les droits fondamentaux peuvent-ils être limités selon le texte constitutionnel? Le résultat de la recherche est très court parce que le texte ne nous offre pas de réponse. C'est assez frappant, d'autant plus qu'il s'agit d'une question dont dépend la protection effective des droits fondamentaux. Inutile de vous dire que les droits fondamentaux ne sont pas soumis à la libre disposition du législateur, grâce à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

⁵ BVerfGE 33, 1.

IV. La limitation des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

En statuant sur les limitations des droits fondamentaux la Cour s'est vue – comme je l'ai déjà décrit - confrontée à deux grands problèmes que le texte constitutionnel ne résout pas. D'un côté, il fallait déterminer la portée exacte de la réserve de la loi pour empêcher le législateur de dénaturer un droit fondamental. De l'autre côté, la Cour devait décider si et jusqu'où un droit fondamental qui n'est soumis à aucune réserve peut être restreint. Dans cette dernière partie, je tenterai donc d'illustrer les solutions établies par la jurisprudence constitutionnelle.

1. La portée de la réserve de la loi

La loi que le législateur peut adopter pour limiter un droit fondamental doit elle-même remplir certaines conditions qui garantissent la protection effective du droit. Autrement, la loi risque d'être annulée par la Cour en défaut de conformité à la constitution. Pour désigner ces bornes auxquelles est soumis le législateur, la jurisprudence et la doctrine allemandes ont créé le terme de "Schranken-Schranken" (limites aux limites). Quel est donc leur contenu?

On peut d'abord citer l'article 19 al. 1 et 2 LF qui énumère trois conditions: La loi doit valoir de manière générale et pas seulement pour un cas particulier, elle doit énoncer le droit fondamental faisant l'objet de la législation ("Zitiergebot") et puis, elle ne doit pas porter atteinte à la substance du droit fondamental (Wesensgehaltsgarantie). Comme ces critères ne jouent pas un grand rôle dans la pratique constitutionnelle, je fixe mon attention sur une autre "limite aux limites" qui est beaucoup plus importante. Il s'agit du principe de proportionnalité (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) qui trouve son origine en matière de police. Cette figure a pour but d'écarter les limites qui n'accordent pas aux droits fondamentaux l'importance qui leur est due. Selon la Cour constitutionnelle le principe de proportionnalité impose que la restriction en vertu d'une loi soit premièrement appropriée et deuxièmement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Troisièmement, la restriction doit avoir un caractère adéquat ou tolérable. Cela veut dire que l'atteinte ne doit pas avoir une intensité sans relation avec l'importance du droit fondamental et les préjudices imposés au destinataire de ce droit. Vu que ces définitions paraissent assez abstraites, j'essaierai de vous donner des exemples pour les trois impératifs qui font partie du principe de proportionnalité:

La mesure limitant le droit fondamental est appropriée quand elle est de nature à favoriser le résultat désiré. Ainsi, la Cour a déclaré contraire à la liberté d'agir une loi selon laquelle le permis de chasse au faucon était uniquement délivré si le postulant passait un examen de tir et prouvait - entre autre - avoir des connaissances pyrotechniques. En effet, cette restriction supplémentaire n'était pas appropriée pour réaliser le but du législateur qui voulait protéger l'élevage et le nombre de certains oiseaux de proie . Pour la chasse au faucon, il n'est pas nécessaire d'avoir des connaissances relatives aux armes parce ce qu'il s'agit justement d'une chasse rien qu'avec l'aide des faucons sans armes à feu.⁶

⁶ BVerfGE 55, 159.

Pour vous illustrer la deuxième étape du principe de proportionnalité – la nécessité de la restriction – je cite une autre décision de la Cour: Elle concerne l'interdiction d'une sucrerie pratiquement sans cacao qui selon sa forme extérieure risquait d'être confondue avec un produit chocolaté très répandu en Allemagne à Pâques et à Noël.⁷ La Cour constitutionnelle a décidé que l'interdiction des sucreries était contraire à la liberté professionnelle. Elle n'était pas nécessaire pour protéger les consommateurs parce qu'il y avait un autre moyen aussi efficace qui portait moins atteinte à la liberté professionnelle. Il suffisait de signaler au consommateur par l'étiquetage que le produit ne contenait pas de cacao.

Finalement, le principe de proportionnalité demande une appréciation exacte de la mesure restrictive par rapport au but et au droit fondamental limité. La Cour met en balance tous les avantages et tous les inconvénients en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier. Dans ce contexte, on parle aussi de la théorie dite de l'interaction (Wechselwirkungslehre), parce que la Cour ne permet pas une restriction unilatérale, mais l'interprète en tenant compte de l'importance du droit fondamental. Par contre, cette méthode ne constitue pas une vraie théorie qui obéit à des règles générales. La solution dépend toujours entièrement de la configuration du cas particulier. Cela constitue un certain danger, mais jusqu'à aujourd'hui ni la Cour ni la doctrine n'ont élaboré un modèle plus général aussi efficace.

2. La limitation des droits fondamentaux garantis sans réserve expresse de la loi

La nécessité d'une paisible coexistence des membres de la société qui souhaitent tous exercer leurs droits fondamentaux ainsi que les objectifs d'intérêt général ne permettent pas que les droits fondamentaux soient garantis sans aucune limite. Donc, la Cour constitutionnelle reconnaît que les libertés de croyance et de conscience (art. 4 al. 1 et 2) et les libertés de l'art, de la science, de la recherche et de l'enseignement (art. 5 al. 3) peuvent également soumises à des restrictions bien que le texte constitutionnel se taise sur ce sujet. Elle a statué que ces droits trouvent leurs limites uniquement dans les droits fondamentaux d'autrui et dans les objectifs de valeur constitutionnelle. Par contre, il est interdit de recourir à la limite légale d'une liberté plus générale comme par exemple la liberté d'action.

Comment la Cour procède-t-elle si deux sujets de droit exercent des libertés non compatibles? Dans ce cas, la jurisprudence et la doctrine parlent d'une collision de droits fondamentaux (Grundrechtskollision) qui demande une conciliation. Du reste, cette collision concerne également les droits fondamentaux avec réserve de loi.

Alors, que la Cour fait-elle? Elle met en balance les droits contradictoires pour trouver la solution la plus équilibrée. C'est une entreprise délicate parce qu'en principe, aucun droit fondamental ne l'emporte d'avance sur un autre. La méthode paraît simple et compliquée à la fois. Elle a l'inconvénient que ses résultats dépendent entièrement des circonstances du cas respectif sans que l'on puisse établir de règles générales.

Afin d'expliquer les grands traits d'une conciliation de droits fondamentaux je vous présente une décision tout à fait récente concernant le port du foulard islamique. Il s'agit du recours individuel d'une Allemande originaire d'Afghanistan qui voulait être nommée fonctionnaire et travailler comme enseignante dans l'enseignement primaire tout en portant le foulard

⁷ Il s'agissait de figures en forme de lapin ("lapin de Pâques") et de Père Noël enveloppées en papier d'aluminium.

islamique. L'administration responsable refusait de la nommer à cause d'un déficit d'aptitude requise pour entrer dans la fonction publique par l'article 33 al. 2 LF. Les tribunaux administratifs ont confirmé cette décision. La candidate à la fonction publique a saisi la Cour constitutionnelle pour violation de la liberté de croyance et du droit à l'accès égal aux fonctions publiques qui est indépendant de la croyance religieuse. La Cour a cassé l'arrêt du tribunal administratif et statué qu'il appartient au législateur d'opérer la conciliation entre les libertés contradictoires concernés. Il s'agit d'un côté de la liberté de croyance de l'enseignante qui est garantie sans réserves de la loi, et de l'autre côté de la liberté des élèves de ne pas être confrontés à la croyance de leur enseignante et du droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants. En plus, comme l'enseignante en tant que fonctionnaire représente le pouvoir étatique, il faut tenir compte de l'obligation à la neutralité. La Cour a donc recouru à la théorie dite de la substance (*Wesentlichkeitstheorie*) qui est basée sur le principe de l'état de droit et selon laquelle il appartient au législateur de régler lui-même tout ce qui touche à la substance d'une matière. C'est entre autre le cas s'il y a une collision de droits fondamentaux, notamment non assortis d'une réserve de la loi, dont la conciliation est d'une importance particulière pour la société et qui demande une discussion complexe. Cette tâche ne peut pas être accomplie par l'administration, mais seulement par le législateur lui-même.

Je vous fais remarquer que trois des huit juges constitutionnels n'ont pas partagé la décision majoritaire. Dans leur opinion dissidente, ils soulignent le caractère particulier du statut du fonctionnaire qui limite l'exercice des droits fondamentaux en faveur de la neutralité de l'état et de l'intérêt général. La candidate à l'enseignement qui demande volontairement d'être nommé fonctionnaire doit se soumettre à un lien plus intense qu'un individu "hors de l'état". Un enseignant se trouve alors dans une autre situation qu'un individu dans le droit fondamental duquel l'état s'ingère.

Pour le deuxième type de limites au droits fondamentaux sans réserve expresse de la loi, c'est-à-dire les objectifs de valeur constitutionnelle, il n'existe pas non plus de règles générales pour la conciliation d'une collision. La Cour demande également une mise en balance en tenant compte de toutes les circonstances.

V. Conclusion

La théorie des limites est un produit de la jurisprudence constitutionnelle. Elle sert à la protection de la liberté individuelle contre le pouvoir de l'état.

Tous les droits fondamentaux garantis par la constitution allemande peuvent être limités, même ceux qui ne sont pas assortis d'une réserve de la loi.

N'importe quelle limitation à l'exercice d'un droit fondamental peut être soumise à un contrôle de constitutionnalité.

La limitation doit être basée sur la constitution. Le législateur doit régler lui-même les limitations essentielles.

La Cour constitutionnelle a établie une théorie des "limites aux limites" selon laquelle la limitation d'un droit fondamental n'est pas soumise à la libre disposition du législateur.