

Rapport allemand (texte provisoire)

Rainer Arnold

La thématique de la Table ronde internationale 2024 est extrêmement intéressante et complexe, compte tenu de l'anniversaire particulier de cette manifestation. Le rapport introductif complet de Massimo Luciani présente avec clarté les multiples aspects et facettes importants de cette thématique. Au vu de cette complexité, il est nécessaire de sélectionner certains thèmes et de les traiter dans la perspective de l'ordre juridique allemand. Le rapport provisoire suivant se penche sur la notion de constitutionnalisme, sur les aspects de son développement en Allemagne, dont le développement fonctionnel de la protection des droits fondamentaux et en particulier sur l'aspect de l'inter- et de la supranationalisation du constitutionnalisme d'État, qui marquera également l'avenir.

La discussion lors de la table ronde déterminera si d'autres thèmes, ou d'autres encore, devront être traités dans le rapport final.

1. Le terme de constitutionnalisme

Le constitutionnalisme n'est pas une notion définie avec précision. Il est conceptuellement lié à l'existence et au contenu d'une constitution formalisée, mais il va au-delà et englobe également des structures, des principes et des valeurs fondamentaux sur le plan fonctionnel, qui sont essentiels pour la communauté des personnes liées dans l'État, même s'ils ne sont pas consignés par écrit dans une constitution formelle.

Le terme *constitutionnalisme* ne fait pas seulement référence à certains concepts normatifs, mais désigne également le degré de présence dans un ordre juridique de principes spécifiquement liés au droit constitutionnel, également la conformité de la pratique de l'État avec les prescriptions de l'ordre constitutionnel et également l'acceptation des valeurs constitutionnelles par la société.

Le terme de *constitutionnalisation*, également utilisé (bien que rarement), ne peut que signifier que des concepts connotés comme constitutionnels se forment ou se condensent dans des systèmes pas ou peu constitutionnalisés. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un catalogue complet de droits fondamentaux est inséré dans un système juridique qui ne contient pas ou peu de droits fondamentaux (garantis par la Constitution) ou lorsque, par la jurisprudence, un catalogue historique de droits

fondamentaux est actualisé en tant que droit constitutionnel en vigueur (ainsi la grande Déclaration de 1789 [et d'autres textes] par la décision du CC du 16 juillet 1971, qui a reconnu le préambule de la Constitution de 1958 comme critère de contrôle obligatoire), lorsqu'une juridiction constitutionnelle est introduite (ainsi au Luxembourg en 1997), lorsqu'un contrôle décentralisé de la loi est établi par une réforme constitutionnelle en cas d'inconstitutionnalité manifeste de la loi (ainsi l'art. 106 de la nouvelle constitution finlandaise de 2000). La constitutionnalisation est également, pour citer l'exemple de ce que l'on appelle l'effet tiers indirect des normes constitutionnelles, en particulier des droits fondamentaux, issus du droit constitutionnel allemand, lorsque le droit législatif simple, par exemple les normes du droit civil, doit être interprété à la lumière des droits fondamentaux. Ce principe d'interprétation, déduit par la Cour constitutionnelle fédérale dans l'arrêt *Lüth* (1958) de la qualité des droits fondamentaux en tant que « valeurs objectives », représente un progrès important dans la constitutionnalisation du droit allemand. La primauté de la Constitution (inscrite dans la Loi fondamentale aux articles 1[3] et 20[3] et découlant également de la nature d'une Constitution) sur le droit législatif simple, quel que soit le domaine, confirme le résultat de la décision *Lüth*.

2. Le constitutionnalisme dans l'État, même sans constitution formelle, et aussi en dehors de l'État

a. Le constitutionnalisme existe aussi au Royaume-Uni, bien qu'il n'y ait pas de constitution codifiée et dotée d'une force supérieure à celle des lois ordinaires, mais un ordre constitutionnel formé de lois, de jurisprudence et de règles conventionnelles. Le principe de la souveraineté du Parlement est la maxime constitutionnelle suprême, de sorte que le constitutionnalisme est limité par rapport au continent. Le législateur parlementaire n'est pas lié par le droit supérieur et les principes de la règle de droit développés par la *common law* ne sont pas non plus contraignants pour le législateur. Les tribunaux ne peuvent pas exercer de contrôle sur le législateur. Une *présomption (presumption)* selon laquelle le législateur ne souhaite pas enfreindre les principes de l'État de droit ou les droits fondamentaux n'a qu'un effet très limité et ne peut pas empêcher une violation si le texte de la loi est clair. Même le *Human Rights Act*, qui a introduit les garanties de la CEDH dans l'espace juridique interne britannique, est en fin de compte à la disposition du législateur britannique.

b. Le constitutionnalisme existe également *en dehors de l'État*, et plus particulièrement au sein de la communauté supranationale de l'*Union européenne*, que l'on attribue ou non un caractère constitutionnel à l'ensemble du droit primaire ou à ses éléments fondamentaux (le traité sur l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux de l'UE). Le terme « constitution » importe peu, tout comme le fait de savoir si, comme certains le pensent, le constitutionnalisme et la constitution doivent être conceptuellement liés à l'État.

Le domaine du constitutionnalisme est ouvert lorsqu'il s'agit d'un pouvoir d'organisation autonome au sein d'une association sociale, c'est-à-dire lorsqu'il existe un pouvoir juridique et politique indépendant qui peut intervenir dans la liberté des individus. Il en va de même lorsque, même sans atteinte à la liberté, la vie des individus est essentiellement façonnée par ce pouvoir. C'est le cas de la communauté supranationale de l'UE. Son pouvoir d'organisation s'étend aux individus, est en mesure de restreindre leur liberté et de leur imposer des obligations, et engage également les États, les États membres de l'Union européenne.

Le constitutionnalisme dans le domaine de l'UE, une association sociale basée sur des individus ou des États et dotée d'un pouvoir d'organisation politique et juridique, se réfère aux déterminations fondamentales de l'ordre juridique de l'UE : le système institutionnel et l'orientation idéale, qui s'expriment principalement dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE et les valeurs fondamentales, telles qu'elles sont mentionnées à l'article 2 de la TUE.

Le constitutionnalisme est également important pour la *communauté de droit international*, qui est moins consolidée que l'Union européenne, qui ressemble à un État, et ce, en tout cas dans une certaine mesure.

Des structures constitutionnelles sont visibles, du moins en partie, là où les relations de droit de coordination se transforment en structures normatives plutôt hiérarchiques, c'est-à-dire dans le cas du *ius cogens*, c'est-à-dire dans le domaine des droits de l'homme en tant qu'obligations *inter omnes*, dans le cas de l'interdiction de la violence, dans les structures internes des organisations internationales et ainsi de suite. Dans le domaine du droit international, on peut aussi parler, de manière un peu plus prudente, de tendances à la constitutionnalisation, de la tendance à mettre en œuvre des valeurs qui sont reconnues comme valeurs constitutionnelles dans l'ordre juridique étatique.

4. Éléments de contenu du constitutionnalisme

a. Le constitutionnalisme n'est pas exclusivement synonyme de l'existence d'un texte écrit d'un ordre constitutionnel, mais comprend également ses parties non écrites, implicites. En outre, il faut inclure dans cette notion l'interprétation judiciaire des principes et règles fondamentaux, notamment par la juridiction constitutionnelle, ainsi que la pratique politique de mise en œuvre des préceptes constitutionnels. Il faut y ajouter, comme nous l'avons déjà mentionné, la volonté de la communauté des individus d'accepter la Constitution, de la considérer comme une ligne directrice intégrée de la vie politique et sociale et, dans le cadre de la société civile, de l'actualiser comme tâche de la politique quotidienne.

b. L'autre question est de savoir quels sont les éléments de fond qui constituent le constitutionnalisme. Ce sont, en termes généraux, des éléments fondamentaux, essentiels à l'existence de la communauté. Ils sont les seuls à faire partie de l'ordre fondamental de cette communauté et sont donc « constitutionnels ».

Ces éléments constitutionnels sont d'une part des *éléments institutionnels et organisationnels* qui rendent possible le fonctionnement de la communauté, c'est-à-dire de l'association sociale concernée (l'État, la communauté supranationale). D'autre part, il s'agit également des *éléments idéaux*, des valeurs auxquelles cette association sociale est attachée. Les valeurs fondamentales anthropocentriques liées à l'être humain sont particulièrement importantes à cet égard.

L'État, dont le fondement constitutionnel est le contrat social des individus nés libres, pour passer du statut de nature de la société au statut organisé de la communauté, dans le but de maintenir cette communauté et d'accomplir ses tâches nécessaires. Cette formation de la communauté est un processus constitutionnalisant qui se fait à l'aide du droit, pour les fondements, à l'aide du droit constitutionnel.

Le droit, en tant que seul moyen adéquat, en raison de son caractère obligatoire, d'obtenir une organisation stable de la communauté et, en raison de cette *stabilité*, de créer la *confiance* indispensable à la communauté, a également la dimension importante de la *garantie de la liberté*, c'est-à-dire une fonction de valeur constitutionnelle. Par la formation de la communauté, la liberté de l'homme, qui, comme le dit Rousseau, « est né libre », ne doit pas être supprimée, mais préservée ; l'homme consent à la limitation de sa liberté en faveur des biens communs légitimes et nécessaires à réaliser et confie aux institutions communautaires l'exercice du pouvoir qui limite sa liberté. Nous pouvons également dire aujourd'hui que la constitution, et donc le constitutionnalisme, est

nécessairement orientée vers l'homme et garantit, qu'elle soit écrite ou non dans le texte constitutionnel, sa dignité, sa liberté fondamentale et son égalité, puisque ces attributs fondamentaux appartiennent à tous les hommes en raison de leur humanité.

5. L'évolution historique

a. Si nous jetons un coup d'œil sur l'évolution historique du constitutionnalisme, nous pouvons constater que des idées fondamentales sur la forme de gouvernement ont déjà fait l'objet de réflexions importantes dans l'Antiquité et que le gouvernement populaire sous forme de démocratie plébiscitaire limitée a parfois été pratiqué dans des politiques territorialement restreintes, comme à Athènes. On peut y voir les prémices d'un constitutionnalisme antique, qui est toutefois loin de correspondre aux critères actuels de la démocratie libérale. Le constitutionnalisme médiéval, qui était toutefois très limité et reposait sur des concepts de base très différents de ceux d'aujourd'hui, avait lui aussi développé certains concepts et institutions précurseurs du constitutionnalisme actuel (pensons à la Cour de la Chambre impériale [1495 - 1806] comme première approche institutionnelle d'une juridiction constitutionnelle). Mais c'est surtout avec la formation d'États-nations au XVII^e siècle qu'un nouveau constitutionnalisme axé sur la souveraineté s'est développé, qui était toutefois très éloigné de la conception actuelle dans des domaines importants. Influencée par l'évolution anglaise, l'idée d'une protection des droits fondamentaux s'est toutefois développée très tôt.

b. En allemand, le constitutionnalisme désigne une période précise de l'histoire constitutionnelle, à savoir la période allant du Congrès de Vienne de 1815 à la fin de la Première Guerre mondiale avec l'émergence de la Constitution de Weimar en 1919.

A l'époque de la Confédération allemande (1815 à 1866), une confédération d'États composée de « princes souverains et de villes libres », des « constitutions nationales » devaient être établies dans les différents États de la Confédération allemande. Ces constitutions n'étaient que les premiers pas du constitutionnalisme moderne, car elles présentaient un défaut fondamental par rapport à la pensée constitutionnelle actuelle : elles ne reposaient pas sur la souveraineté du peuple, l'approche basée sur l'homme en tant que sujet de droit, seule valable aujourd'hui pour une constitution authentique, mais s'associaient au principe monarchique présent à cette époque. Cela signifiait que les constitutions étaient accordées par le monarque dans sa propre légitimité, « imposées » ou – comme la constitution

du royaume de Wurtemberg de 1817 (Frotscher/Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, 14 éd., 2018, p. 136-142). – avaient été « pactisées » avec lui, c'est-à-dire qu'elles lui avaient été accordées par contrat. L'attribution de l'ensemble du pouvoir d'État au roi, qui l'exerçait selon les dispositions de la Constitution (ainsi le § 4 de cette Constitution), fondamentalement différente de celle d'aujourd'hui, correspondait également à cette situation.

Dans la Confédération de l'Allemagne du Nord (1867 à 1871) et dans l'Empire de 1871 (jusqu'en 1919), tous deux des États fédéraux sous domination prussienne, il existait une constitution, celle de la Confédération de l'Allemagne du Nord, qui correspondait essentiellement à la constitution de l'Empire de 1871. Le projet de la Constitution de l'Église de Paul (1848/49), très en avance sur l'idée constitutionnelle, faisait exception à cette règle en stipulant au § 73 (2) : « L'empereur exerce le pouvoir qui lui est confié par des ministres responsables qu'il nomme ». Il est donc question d'un « pouvoir qui lui est délégué », c'est-à-dire d'une attribution à l'empereur et non d'un pouvoir qui lui revient de manière autonome. Le roi de Prusse qui, selon les aspirations de l'Assemblée nationale siégeant à l'église Saint-Paul de Francfort, devait devenir empereur allemand avec cette constitution, refusa cette constitution (dont il n'était justement pas à l'origine) « faite de boue et de lettons » (le letton est un mot qui n'est plus utilisé aujourd'hui pour désigner un « sol argileux inutilisable »), expression du refus de la souveraineté populaire.

La Constitution de l'Église de Saint-Paul avait cependant, à bien des égards (pas tous), valeur de modèle pour le constitutionnalisme moderne en Allemagne et a donné de nombreuses impulsions pour la conception des constitutions ultérieures, en particulier pour la première constitution républicaine, la Constitution de Weimar, et aussi pour l'actuelle Loi fondamentale de 1949 (promulguée 100 ans plus tard). (Par exemple, le recours constitutionnel d'aujourd'hui, l'instrument central de la juridiction constitutionnelle allemande, a déjà été anticipé conceptuellement dans la Constitution de l'Église de Saint-Paul).

c. Le constitutionnalisme de la *République de Weimar* présente déjà une image moderne, mais présente néanmoins plusieurs déficits graves. L'article 1 de la Constitution montre déjà le tournant fondamental du constitutionnalisme allemand : la souveraineté du peuple remplace le principe monarchique : « tout le pouvoir émane du peuple ». Cela correspond également au fait que l'égalité des droits électoraux est réalisée pour la première fois, les femmes ayant également le droit de vote. La Constitution contient également un catalogue de droits fondamentaux, en partie mélangés à des principes de programmes

constitutionnels. Ce qui est essentiel, c'est que les droits fondamentaux peuvent être limités de manière illimitée par le législateur, voire même supprimés. La Constitution peut également être modifiée à volonté, à condition qu'une majorité du Reichstag vote en faveur de la modification de la Constitution. Les règles fixées par l'article 76 de la Constitution de Weimar concernant la modification de la Constitution prévoient comme condition une majorité des deux tiers au Reichstag (ou au Reichsrat) ou l'approbation par la majorité lors d'un référendum. La pratique des lois dites « constitutionnelles », c'est-à-dire des lois adoptées à la majorité dans un cas concret, modifie la Constitution dans ce cas précis, mais pas nécessairement de manière générale, et la « transgresse ». Le contenu de la modification de la Constitution peut être quelconque. La juridiction constitutionnelle, appelée juridiction d'État, est également peu développée. De plus, le constitutionnalisme de Weimar était marqué par la position surpuissante du président du Reich, qui pouvait contourner le Parlement par le biais d'un droit d'ordonnance d'urgence souvent pratiqué. La faiblesse du Parlement était caractéristique de cette époque. Les partis, reconnus aujourd'hui comme des éléments essentiels de la démocratie, avaient à l'époque une connotation politique négative.

La République de Weimar est devenue une dictature à la suite de la réforme constitutionnelle ; les faiblesses de sa constitution en étaient au moins partiellement responsables.

Le constitutionnalisme de la République fédérale d'Allemagne se fonde sur la Constitution de Weimar, mais améliore son système, notamment en ce qui concerne la stabilité du système démocratique, et est une constitution qui s'éloigne du régime national-socialiste précédent, dont le fondement était l'ordre du Führer, sans constitutionnalisme. La loi fondamentale allemande de 1949 a fondé un constitutionnalisme qui se démarque clairement du régime arbitraire et inhumain en vigueur de 1933 à 1945. Ce nouveau constitutionnalisme est marqué par l'accent mis sur la dignité de l'être humain en tant que valeur suprême dans l'État et la société, car cela est exprimé dans l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. Il est encore marqué par la recherche de la stabilité, afin d'éviter les faiblesses que la Constitution de Weimar a mises en évidence, pour ne pas se retrouver dans une situation similaire.

Dans le détail, la stabilité de la Loi fondamentale se traduit par la stabilité du système de décision politique, par la position du chancelier fédéral qui ne peut pas être renversé par un vote de défiance destructif comme à l'époque de Weimar, mais seulement par un vote de défiance constructif, un cas

extrêmement rare dans l'histoire constitutionnelle allemande et, par conséquent, une chancellerie souvent de longue durée.

La restriction (acceptée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale) de l'égalité des droits électoraux par la clause des 5 % (c'est-à-dire l'acquisition d'au moins 5 % des deuxièmes voix en Allemagne comme condition préalable pour qu'un parti politique obtienne des mandats au Bundestag) est également un facteur de stabilisation. Cette condition d'un pourcentage minimal de voix pour un parti afin d'entrer au Bundestag a pour but d'éviter qu'une multitude de partis dissidents n'entrent au Parlement et n'empêchent, en raison de cette fragmentation (comme à l'époque de Weimar), une activité gouvernementale efficace. Jusqu'à récemment, la clause dite du mandat de base était encore en vigueur, c'est-à-dire que pour qu'un parti puisse entrer au Bundestag, il suffisait qu'il obtienne un mandat direct dans trois circonscriptions, même si ce parti avait obtenu moins de 5 % des deuxièmes voix. Une réforme très controversée de la loi électorale (qui a déjà été partiellement déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle fédérale) a supprimé la clause du mandat de base. Celle-ci reste toutefois valable pour les prochaines élections, comme l'a ordonné la Cour constitutionnelle fédérale.

Les possibilités de défendre la démocratie (ce que l'on appelle la démocratie défensive) sont également favorables à la stabilité, et ce grâce à la possibilité d'une interdiction de parti par la Cour constitutionnelle fédérale (conformément à l'article 21, paragraphe 2, de la Loi fondamentale), grâce à la possibilité d'une interdiction d'association selon l'article 9, paragraphe 2, de la Loi fondamentale et grâce à la déchéance des droits fondamentaux selon l'article 18 de la Loi fondamentale.

La garantie de la Constitution est toutefois de la plus grande importance, conformément à l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale, qui contient la clause dite d'éternité. En République fédérale d'Allemagne, les modifications de la Constitution sont possibles à trois conditions : 1) l'approbation par deux tiers des membres du Bundestag allemand 2) l'approbation par deux tiers des voix du Bundesrat et 3) la modification correspondante du texte de la Loi fondamentale. Or, selon le paragraphe 3 de l'article 79, il est interdit de procéder à une modification qui « affecterait la division de la Fédération en Länder, la participation fondamentale des Länder à la législation ou les principes énoncés aux articles 1 et 20 ». Ces principes sont la dignité humaine et les principes structurels de l'État : la république, la démocratie, l'État social et l'État de droit (séparation des pouvoirs, primauté de la Constitution et primauté de la loi sur les

pouvoirs exécutif et judiciaire, règles contenues dans l'article 20 [2] et [3] de la Loi fondamentale).

Contrairement à la République de Weimar, il n'est donc pas possible d'abolir le système démocratique en modifiant la Constitution avec une majorité des deux tiers au Bundestag et au Bundesrat ; cela se heurterait à l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale. Le passage à une dictature par le biais d'une modification constitutionnelle formellement « légale » comme sous la République de Weimar n'est pas possible avec la Loi fondamentale de Bonn.

Nous pouvons donc dire que la première caractéristique du constitutionnalisme actuel en République fédérale d'Allemagne est l'objectif de stabilité de la démocratie (*le constitutionnalisme stabilisateur de la démocratie*).

6) *Le constitutionnalisme des valeurs*

La *deuxième caractéristique* du constitutionnalisme de la Loi fondamentale est son orientation vers l'homme ; je l'appelle anthropocentrisme. La dignité de l'homme est la valeur suprême de l'ordre juridique et constitutionnel. L'homme en tant que sujet, responsable et autonome, est au centre de l'ordre constitutionnel. Selon la formule de l'objet forgée par Günter Dürig (probablement à la suite d'Emmanuel Kant), qui a également été utilisée dans de nombreuses décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, l'être humain ne doit jamais être transformé en objet, en simple instrument pour une autre fin.

Le principe de liberté est indissociable de la dignité humaine. La Loi fondamentale exprime cet article 2 (1) en statuant comme base du droit à la liberté la liberté d'action générale, qui est spécifiée par d'autres droits fondamentaux écrits (dans le catalogue des droits fondamentaux des articles 1 à 19 de la Loi fondamentale). La liberté d'action générale est cependant le fondement de toutes les libertés, y compris celles qui se révèlent menacées au fil du temps dans des domaines spécifiques, par exemple dans le cadre des nouvelles technologies. Il est significatif qu'un grand nombre d'aspects individuels du droit général de la personnalité aient été développés sur cette base, exprimant des espaces de liberté spécifiques en se rattachant à des cas concrets. Elle a également introduit le droit à la protection des données (qui, de manière compréhensible, n'a pas été expressément inscrit comme droit fondamental dans la loi fondamentale de 1949) par la Cour constitutionnelle fédérale, et même plus tard le « droit fondamental à la garantie de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes informatiques » (BVerfG, arrêt de la première chambre du 27 février 2008, https://www.bverfg.de/e/rs20080227_1bvr037007.html).

La liberté d'action générale, qui exprime *le principe de la liberté de l'individu*, est, en ce qui concerne les droits de la personnalité, conceptuellement liée à la dignité humaine. La Cour constitutionnelle fédérale se réfère donc à l'article 2, paragraphe 1, en relation avec l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. Le lien avec les valeurs fondamentales s'exprime ainsi clairement. Sans liberté fondamentale de l'être humain, sa dignité n'est pas concevable.

Toutefois, en tant que membre de la communauté étatique, l'individu n'est pas un « individu isolé », mais un « individu attaché et relié à la communauté ». C'est la conception de l'homme de la Loi fondamentale à laquelle la Cour constitutionnelle fédérale tient également. La liberté au sein de la communauté est nécessairement limitée.

Toutefois, la dignité humaine et le *principe* de liberté qui y est lié ne sont respectés que si la restriction est absolument nécessaire pour un bien commun légitime et si elle est également raisonnable pour la ou les personnes concernées. Il s'agit ici de mettre en balance l'importance du bien commun et la gravité de la restriction de liberté. Il doit exister un équilibre en ce sens que les biens communs importants légitiment également des atteintes graves à la liberté, tandis que d'autres biens communs moins importants ne peuvent donner lieu qu'à des atteintes moins graves. Le principe de proportionnalité est ici l'instrument (désormais reconnu dans le monde entier) de mesure entre liberté et restriction. En outre, il ne faut jamais porter atteinte à l'essence même d'un droit fondamental. C'est ce qu'exprime clairement l'article 19, paragraphe 2, de la Loi fondamentale.

Le principe de liberté comprend également la liberté politique et l'autodétermination de l'individu, c'est-à-dire son droit à la démocratie. La démocratie n'est pas seulement une valeur institutionnelle, telle qu'elle est garantie par l'article 20, paragraphe 1, de la Loi fondamentale allemande, mais aussi un droit, comme l'a clairement établi la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur les questions d'intégration européenne (voir à ce sujet H. Sauer, *Staatsrecht III*, 7e éd., 2022, p. 273-278).

La troisième valeur de la triade de valeurs anthropocentriques est l'égalité ; la dignité humaine et la liberté reviennent à chaque être humain en raison de son humanité.

Cette orientation des valeurs est ancrée dans le texte de la Loi fondamentale, mais aussi dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. C'est le noyau du *constitutionnalisme des valeurs*, qui est un élément central de l'orientation de

la Loi fondamentale vers l'homme, c'est-à-dire l'abandon du régime d'injustice national-socialiste.

Le constitutionnalisme des valeurs de la Loi fondamentale s'exprime également dans la *dynamique* avec laquelle la Constitution, en tant qu'instrument vivant, continue à développer les droits fondamentaux de l'individu. Selon la conception allemande traditionnelle, les droits fondamentaux sont des droits subjectifs de défense contre les interventions de l'État, directement applicables et liant tous les pouvoirs de l'État (comme l'indique l'article 1, paragraphe 3, de la Loi fondamentale). La notion de droit subjectif, transposée dans le droit civil allemand puis dans le droit public, implique une relation directe de l'individu avec la Constitution qui garantit ce droit. En tant que titulaire d'un droit fondamental, l'individu ne doit pas attendre et espérer que l'État mette en œuvre le droit fondamental par sa législation, mais il peut lui-même l'invoquer directement et le faire valoir devant les tribunaux. La loi fondamentale garantit même qu'une voie de droit doit toujours être ouverte devant les tribunaux pour que l'individu puisse faire valoir des violations de droits fondamentaux. Ainsi, l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale dit que la voie civile doit être donnée dans tous les cas de violations des droits fondamentaux, à moins qu'une autre voie de recours ne soit déjà prévue par la loi.

Cette conception traditionnelle des droits fondamentaux a été élargie par la jurisprudence constitutionnelle (ainsi un célèbre arrêt Lüth de 1958 (BVerfG, ; https://www.bverfg.de/e/rs19580115_1bvr040051.html).

Les droits fondamentaux sont également des *valeurs objectives* qui influencent l'ensemble de l'ordre juridique ; ils ont un « effet de rayonnement » sur la législation ordinaire, y compris sur le droit civil. Cela signifie que la législation civile doit être interprétée à la lumière des droits fondamentaux et de la Constitution dans son ensemble, car les droits fondamentaux, en tant que valeurs idéales fondamentales se référant à la dignité de l'homme, doivent être pris en compte dans tous les domaines de l'ordre juridique. Cette théorie des droits fondamentaux en tant que valeurs objectives a été poursuivie et complétée en ce sens que les droits fondamentaux n'obligent pas seulement les pouvoirs publics à ne pas empiéter sur les sphères de liberté des droits fondamentaux, mais qu'à l'inverse, ils obligent l'État à protéger activement les valeurs incarnées par les droits fondamentaux. Cette obligation de protection est remplie de manière déterminante par la législation, et plus précisément par des dispositions de fond, de procédure et d'organisation. La conception du devoir de protection joue un rôle

très important dans la jurisprudence constitutionnelle et constitue un élément essentiel du constitutionnalisme contemporain.

La protection des droits fondamentaux a été développée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative à la loi sur la protection du climat en mars 2021. La *protection dite intertemporelle des droits fondamentaux* y a été fondée sur le plan conceptuel. Cela signifie que des actions ou des omissions actuelles peuvent déjà constituer une violation des droits fondamentaux si l'effet de restriction de la liberté ne se produit qu'à une date ultérieure. En d'autres termes, si les causes de la restriction de liberté ultérieure – et alors inconstitutionnelle parce que disproportionnellement grave – sont créées dès maintenant, la violation des droits fondamentaux existe dès maintenant et peut être invoquée dès maintenant au moyen d'un recours constitutionnel (ou d'une autre voie de droit). Dans le cas concret, il s'agissait d'une période allant jusqu'à un point final (à savoir la période de réduction des gaz à effet de serre jusqu'au point final de la neutralité climatique, pour laquelle une année donnée est prévue). Les réductions de gaz à effet de serre sont nécessairement liées à des restrictions de liberté. Si la période totale au cours de laquelle les réductions doivent avoir lieu est divisée en trois phases et si la réduction, et donc la restriction de la liberté, n'est que très peu effectuée au cours de la première phase, et donc de manière douce pour la société, la charge de la liberté est plus forte au cours des deuxième et troisième phases, et cette charge peut même devenir disproportionnée. La conséquence est que dans toutes les phases, il y a une restriction de liberté proportionnelle à chaque phase. La notion de protection intertemporelle des droits fondamentaux veut exprimer que la violation d'un droit fondamental et l'effet qui constitue cette violation peuvent être séparés dans le temps. Cette conception – toutefois très controversée – semble plausible et représente un développement interprétatif du droit fondamental de la liberté d'action de l'article 2 (1) de la Loi fondamentale.

Sur le plan procédural, les recours constitutionnels pour violation de la liberté d'action sont déjà recevables dans le présent en raison de la situation décrite.

(BVerfG, décision du 24 mars 2021 ;

https://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.htm).

La Constitution protège également *les générations futures*, mais les recours constitutionnels dans ce contexte seraient irrecevables dans le présent, car les titulaires des droits fondamentaux (contrairement au cas de la protection intertemporelle des droits fondamentaux) ne peuvent pas encore être déterminés

de manière suffisante. Il convient toutefois de noter que l'article 20a de la Loi fondamentale, si important pour la protection de l'environnement, oblige les pouvoirs publics à préserver les bases naturelles de la vie pour les générations futures également. La Constitution, en tant qu'ordre fondamental créé en principe pour une durée indéterminée, est conçue, ne serait-ce qu'en raison de sa longue durée de validité, pour assumer également une responsabilité pour l'avenir.

7. L'« État ouvert » en tant qu'évolution marquante du constitutionnalisme national

Le constitutionnalisme allemand reste marqué par sa caractéristique essentielle de « *l'État ouvert* ». L'État national est aujourd'hui internationalisé. C'est un phénomène que l'on peut constater de manière universelle et qui s'exprime de manière particulièrement forte dans la communauté supranationale de l'Union européenne, qui n'est pas elle-même un État, mais qui présente des structures semblables à celles d'un État. Dans le cadre de l'adhésion à l'Union européenne, cela se traduit notamment par l'acceptation de la primauté du droit de l'UE sur le droit national, y compris sur le droit constitutionnel national, mais avec certaines restrictions en dernier lieu. Cette acceptation s'est développée dans le domaine allemand par une longue série de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale. La jurisprudence reconnaît, et c'est décisif pour le développement futur de l'État ouvert, que le droit supranational de l'UE est directement applicable dans le domaine juridique national, qu'il y est en principe applicable et qu'il conserve la priorité sur le droit national contradictoire, ce dernier n'étant pas abrogé par le conflit avec le droit de l'UE, mais étant maintenu, mais n'étant pas appliqué par les autorités et les tribunaux de l'État membre. Cette soi-disant priorité d'application s'est imposée de manière générale et s'applique également, selon l'Union européenne, à tout droit constitutionnel. L'ordre juridique national est donc composé d'éléments nationaux et supranationaux, c'est un ordre juridique intégré.

Dans le domaine du droit constitutionnel, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale a toutefois développé ce que l'on appelle la réserve d'identité, qui jouera également un rôle important pour les développements futurs. *L'identité constitutionnelle* n'est pas une notion utilisée dans le texte même de la Constitution, elle a été marquée et développée conceptuellement par la jurisprudence dans la décision de la Cour constitutionnelle fédérale relative au Traité modificatif de Lisbonne (BVerfG, arrêt de la deuxième chambre du 30 juin 2009 https://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208.htm).

Il se rattache à la « clause d'éternité » de la Loi fondamentale déjà mentionnée (article 79, paragraphe 3), qui exclut certaines matières de la réforme constitutionnelle, comme nous l'avons vu plus haut, à savoir la dignité humaine et les structures de l'État définies à l'article 20. Cette disposition est également comprise par la Cour constitutionnelle fédérale comme étant conceptuellement pertinente pour la notion d'identité constitutionnelle. Derrière cette notion se cache l'idée que ce qui ne peut pas être modifié dans le cadre de la réforme formelle de la constitution constitue l'identité de la constitution. Le fait que les juges constitutionnels se soient prononcés de cette manière peut également s'expliquer par le fait que la norme d'intégration, c'est-à-dire l'article 23 de la Loi fondamentale, renvoie également à l'article 79, paragraphe 2 et paragraphe 3 de la Loi fondamentale. Le transfert de droits souverains à l'Union européenne est considéré comme une « modification matérielle de la constitution », de sorte que les règles relatives à la modification formelle de la constitution s'appliquent également dans ce cas. Les règles relatives à la modification formelle de la Constitution s'appliquent, conformément à l'article 23, paragraphe 1, de la Loi fondamentale, d'une part à la création de l'Union européenne, qui a eu lieu en 1993, c'est-à-dire à la participation de l'Allemagne à l'Union européenne, et d'autre part aux « modifications des bases contractuelles de l'UE ou des dispositions comparables, par lesquelles la Loi fondamentale est modifiée ou complétée dans son contenu ou qui permettent de telles modifications ou compléments ».

Ce lien entre l'identité constitutionnelle et la clause d'éternité continuera à marquer le *constitutionnalisme de l'État ouvert*, tel qu'il s'applique généralement aux États membres de l'UE et en particulier au système constitutionnel allemand. Ce constitutionnalisme est d'une part ouvert à l'intégration, il accepte (en tout cas largement) la priorité du droit supranational, mais d'autre part, il oppose à une intégration qui se développe de manière dynamique et qui remet en question le noyau dur de l'identité nationale. L'identité constitutionnelle est un moyen de défense contre une trop grande influence du droit extraétatique, une défense qui n'est toutefois pas en accord avec le concept (en soi prioritaire) de la primauté du droit de l'UE, tel que le conçoit l'Union.

En effet, la clause d'éternité de l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale, interprétée de manière stricte par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, qui se réfère dans son interprétation au moment de la naissance de la Loi fondamentale, c'est-à-dire en 1949, est peu adaptée pour saisir l'identité

réellement actuelle de l'ordre constitutionnel de l'Allemagne. La constitution est un instrument vivant qui est soumis à une dynamique propre. Pour cette raison, l'identité d'une constitution évolue également au fil du temps. Ce qui ne faisait pas encore partie du noyau immuable de la constitution en 1949 en fait partie plus tard, mais n'est alors pas couvert par la clause d'éternité si elle est interprétée de manière traditionnelle et étroite. L'État ouvert lui-même fait notamment partie de cette évolution. Elle est extrêmement marquante pour le constitutionnalisme allemand actuel.

Le principe de l'État ouvert doit être pris en compte de manière à ce que la perspective de l'UE de l'identité nationale, telle qu'elle est ancrée dans l'article 4 du TUE, soit comprise comme partie intégrante de la conception allemande de l'identité constitutionnelle. Le concept d'identité nationale au sens de l'article 4 du TUE englobe également les structures constitutionnelles fondamentales des États membres, et donc aussi leur identité constitutionnelle. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande concernant le traité de Lisbonne a déjà exprimé que les deux concepts d'identité, l'identité allemande et l'identité supranationale, « vont de pair ». Toutefois, cette idée part du principe que les deux concepts sont autonomes l'un par rapport à l'autre. Mais les deux devraient être inclus dans l'identité constitutionnelle nationale en tant qu'unité fonctionnelle.

8) L'État ouvert dans le constitutionnalisme des valeurs

Dans le domaine des valeurs, des droits fondamentaux et des droits de l'homme, le constitutionnalisme supra- et international influence, voire écrase, le constitutionnalisme national encore plus clairement que dans le domaine institutionnel. Cela est particulièrement visible au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui se substitue alors aux garanties des droits fondamentaux des constitutions nationales lorsque les États membres de l'UE *mettent en œuvre* le droit de l'UE, comme c'est souvent le cas. C'est ce que prévoit l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, dont la signification est toutefois interprétée de manière large par l'UE elle-même et de manière étroite par certains États membres comme l'Allemagne. Le remplacement de la protection nationale des droits fondamentaux directement par la protection supranationale est la conséquence la plus étendue de l'ouverture des États dans le domaine des droits fondamentaux. Par ailleurs, l'interprétation de la Charte par les juridictions européennes a une influence inspirante et formatrice sur la compréhension des droits fondamentaux nationaux. La Cour constitutionnelle fédérale allemande parle même d'interpréter les droits fondamentaux nationaux à la lumière de la Charte.

Cette recommandation d'interprétation pour les tribunaux nationaux a un équivalent au niveau du droit international (régional). Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a clairement exprimé dans l'arrêt Görgülü (2004) (BVerfG, décision de la deuxième chambre du 14 octobre 2004 ; https://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104.html) que les droits fondamentaux de la Loi fondamentale allemande doivent être interprétés, dans la mesure où cela est méthodologiquement admissible, à la lumière des garanties de la CEDH (dans la conception interprétative de la Cour de Strasbourg). La CEDH est une aide à l'interprétation et résulte de l'engagement de l'Allemagne envers le droit international et trouve également son soutien dans l'article 1, paragraphe 2, de la Loi fondamentale. Le développement international de la protection des droits de l'homme doit également servir d'orientation pour l'ordre juridique allemand. Cette disposition, qui figure en bonne place dans la Loi fondamentale, est un signe clair de la superposition du constitutionnalisme national par le constitutionnalisme international.

9. Les tendances à la convergence du constitutionnalisme au niveau étatique et international

Trois ordres juridiques, l'ordre national, l'ordre supranational de l'UE et l'ordre international (régional ou universel), se côtoient de manière autonome, mais interagissent et s'interpénètrent de manière fonctionnelle. Les exigences conceptuelles des différents ordres juridiques tendent à converger. Cette tendance se reflète dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle fédérale et se poursuivra à l'avenir. La CEDH est considérée comme le fondement d'une pensée européenne commune en matière de droits fondamentaux, étant donné qu'elle a eu une forte influence sur le développement des droits fondamentaux dans le cadre de la Communauté européenne, lorsqu'à partir des années 60, des principes juridiques généraux du droit communautaire européen ont été développés, qui constituaient des garanties constitutionnelles de droit judiciaire. La CEDH a et a toujours eu une influence tout aussi forte sur les États membres du Conseil de l'Europe. Un *constitutionnalisme européen commun* s'est ainsi développé dans le domaine des valeurs, qui sera également déterminant pour l'avenir.

La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle fédérale a particulièrement mis l'accent sur l'interaction entre ces trois niveaux et s'est de plus en plus rapprochée de l'idée de « comparabilité fonctionnelle » des valeurs à ces niveaux.