

LE META-PRINCIPE DE L'ETAT SOCIAL (SOZIALSTAAT)
DANS LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FEDERALE ALLEMANDE

LUC HEUSCHLING

*Professeur de droit constitutionnel et administratif à l'Université du Luxembourg**

S'interroger sur la justiciabilité de l'idéal de justice sociale, en droit comparé et en théorie générale du droit constitutionnel, est une question à la fois cruciale, actuelle et délicate¹. Le champ ainsi abordé est, en effet, vaste et difficile, et requiert du scientifique de s'interroger d'abord sur les termes de la problématique. En l'espèce, il s'agit d'étudier la réponse du droit constitutionnel allemand. Or pourquoi retenir le cas allemand ? Ce choix est, assurément, judicieux. Mais pourquoi ? Si ce choix est éclairant, qu'est-ce qu'il éclaire ? Quelle est la question à laquelle l'étude du droit allemand fournit une réponse intéressante ?

I. LES TERMES DE LA PROBLÉMATIQUE :
LES DEUX PARAMÈTRES À CONSIDÉRER

Lorsqu'on s'interroge sur ce qu'apporte un juge constitutionnel à la réalisation d'un certain idéal normatif, il est nécessaire d'analyser la problématique à la lumière de deux paramètres. Le premier, assez évident, est celui de la matière première des textes du droit positif, ce sur quoi travaille le juge en question (A). A ce titre, il faut se poser la question si, et dans quelle mesure, le texte recueille cet idéal normatif. Le recueille-t-il directement (le terme « justice sociale » figure-t-il dans le texte constitutionnel) ? ou faut-il traduire cet idéal en d'autres mots, ceux retenus par le constituant ? Si le texte constitutionnel retient, soit directement, soit indirectement, cet idéal, lui accorde-t-il une place privilégiée, une étendue maximale ou, au contraire, une protection minimaliste ? Le deuxième paramètre, moins évident, car plus difficile à cerner, est celui du « pouvoir » en général du juge constitutionnel concerné (B).

* luc.heuschling@uni.lu

¹ D. ROMAN, « Les droits sociaux, entre 'injusticiabilité' et 'conditionnalité' : éléments pour une comparaison », *RIDC*, 2009, p. 285 et s. et les actes du colloque dirigé par D. ROMAN, *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances* dans le n° 1 de la *Revue des droits de l'homme* : <http://revdh.org/2-les-numeros-de-la-revue-des-droits-de-l-homme-2/numero-1-juin-2012/>, publié aux éditions Pedone, 2012, 460 p.

A. La matière première du texte de la Loi fondamentale : un méta-principe sans principes

La Loi fondamentale (LF)² est assez silencieuse sur l'idéal de la justice sociale. Déjà, l'expression « justice sociale » (en allemand « soziale Gerechtigkeit ») ne figure pas dans le texte. Mais, si le terme est absent, il se pourrait néanmoins que le concept soit présent sous une autre dénomination. Cela pose la question, délicate, de savoir ce qu'il faut entendre, au fond, par le terme d'une grande plasticité de « justice sociale ». Si l'on y inclut l'idée des droits de l'homme de la première génération (le programme du libéralisme classique de 1789), il faudra alors conclure que la Loi fondamentale a parfaitement recueilli l'idéal de justice sociale et lui a même donné une place de premier rang (voir not. les art. 1 à 19 LF). Si, en revanche, et c'est cette démarche que je retiens, on opte pour un concept plus étroit du signifiant « justice sociale », en entendant par là le postulat d'une certaine lutte contre les inégalités et, partant, une politique de transformation de l'ordre social, la réponse de la Loi fondamentale est autrement plus mitigée. Un tel idéal n'est pas, peu s'en faut, au cœur des préoccupations du texte.

Pour s'en convaincre, il suffit de comparer le texte à d'autres textes. Pour cerner à sa juste mesure l'identité de la Loi fondamentale, il convient de la situer au sein de la famille qui est la sienne : le groupe des pays libéraux-démocratiques. Des textes constitutionnels de ceux-ci, on peut dégager cinq idéaux-types.

1) Le premier modèle, illustré par la III^e République française (les trois lois constitutionnelles de 1875), se caractérise par l'absence de tout projet de société, quel qu'il soit. Le texte de la Constitution se limite à établir des institutions sans esquisser aucun horizon axiologique vers lequel l'action publique doit tendre. Un tel silence, total, sur le fond des normes infra-constitutionnelles à adopter, laisse la porte ouverte à tout type de politique.

2) Le second modèle, illustré par le cas de la Constitution fédérale des États-Unis (ou par la Constitution de la Norvège de 1814³), est caractérisé par une « présence/absence » : la présence d'un projet de société libéral (les droits de l'homme de la 1^{ère} génération), l'absence de toute référence, directe ou indirecte, massive ou minimaliste, à l'idéal de justice sociale (au sens étroit, prédéfini). Ainsi, le texte constitutionnel des États-Unis de 1787 ne comporte aucun énoncé explicite qui soit interdit, soit autorise, soit oblige les autorités fédérales à établir un *Welfare State*. Il n'y a, en matière de justice sociale, aucune norme explicite ni de compétence, ni de fond. Une telle « présence/absence » est susceptible de

² Pour la traduction française, j'ai utilisé la version à jour qui est disponible sur le site internet du Bundestag : http://www.bundestag.de/htdocs_f/index.html. Le texte des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale citées dans cet article peut être aisément trouvé soit dans le recueil officiel de la Cour (*BVerfGE*), soit sur son site officiel www.bundesverfassungsgericht.de, soit sur le site internet www.servat.unibe.ch/dfr/bverf.html

³ <http://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/The-Constitution/>

⁴ A l'instar de l'art. 74 al. 1^{er} (n° 7, n° 12) et de l'art. 73 al. 1^{er} (n° 13) de la Loi fondamentale allemande qui établit la répartition des compétences, en matière de sécurité sociale, entre le niveau

diverses lectures. L'on sait que dans sa célèbre jurisprudence dite « antisociale » depuis la fin du XIX^e siècle (affaire *Lochner*) jusqu'aux années 1930 (critique du *New Deal*)⁵, la Cour suprême des États-Unis a interprétée cette configuration textuelle comme une interdiction de tout interventionnisme de l'État dans le libre jeu du marché et de la société. La Constitution sanctionne le programme du libéralisme, elle ne sanctionne *que* le programme du libéralisme. Dans la mesure où la mise en place d'un État-providence implique des restrictions du droit de propriété des individus, de leur liberté contractuelle, de leur liberté d'entreprendre, etc., toute loi allant dans le sens de l'État-providence est, *ipso facto*, contraire à la Constitution. Par la suite, toutefois, à partir de la même base textuelle, la Cour suprême des États-Unis validera un certain interventionnisme, ainsi qu'en témoigne, par exemple, sa récente décision confirmant la constitutionnalité du système d'assurance médicale mis en place par le président Obama⁶.

3) Dans le troisième modèle de discours constitutionnel, le texte de la Constitution comporte, outre le programme libéral classique (les droits-libertés de la 1^{ère} génération), une consécration *minimaliste* de l'idéal de justice sociale. Le texte consacre le *méta-principe* de l'État social, de l'État providence, mais non une liste de droits sociaux. Ici, il faut introduire une distinction analytique entre « méta-principes » et « principes » au sens strict. Depuis Keisen, il est usuel de distinguer, au sein de toutes les normes juridiques, entre normes individuelles et normes générales. Depuis Ronald Dworkin⁷ et Robert Alexy⁸, il est également usuel de distinguer, au sein des normes générales, entre « règles » et « principes », entre règles et principes. L'étude de la réalité du droit positif, spécifiquement du droit constitutionnel, pousse toutefois à affiner encore d'avantage cette dernière subdivision puisque, au sein de la catégorie des « principes », il est possible de distinguer entre ce que je propose d'appeler les « méta-principes » et les principes au sens étroit. La distinction est déjà opérée, en dogmatique juridique allemande par nombre de constitutionnalistes à propos de l'art. 20 LF et de l'art. 79 al. 3 LF⁹. Au sein des « *Prinzipien* », les constitutionnalistes allemands isolent une catégorie spécifique, ceux appelés fréquemment « *Staatsgrundnormen* » (normes fondamentales de l'État) qui sont, en quelque sorte, des principes en amont d'autres principes. Ce sont, pour utiliser

fédéral et le niveau fédéré. Ces normes impliquent que la puissance publique soit habilitée à créer un système de sécurité sociale et donc à limiter à cet égard les droits-libertés des individus.

⁵ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. Dalloz, Paris, 2005, 276 p. ; R. PINTO, *La Cour suprême et le New Deal*, Paris, Sirey, 1938, 266 p.

⁶ Voir la décision de la Cour suprême du 28 juin 2012, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, qui maintient la constitutionnalité du *Patient Protection and Affordable Care Act* du 23 mars 2010.

⁷ R. DWORKIN, *Takings Rights Seriously*, 2^e éd., Duckworth, London, 1978, p. 22 et s., et p. 71 et s.

⁸ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, p. 75 et s.

⁹ Voir à ce sujet, les divers commentaires de la Loi fondamentale, art. 20 et art. 79 al. 3. La distinction « principes/méta-principes » permet aussi de mieux cerner l'objet des préambules des constitutions. Sur les divers types d'énoncés des préambules, voir L. HEUSCHLING, « La Constitution formelle », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 1, 2012, p. 284.

une formule française, des principes « matriciels » : un méta-principe est, à l'image d'une arborescence, ce qui est à l'origine d'une ramification sophistiquée faite de principes, de sous-principes, pour aboutir, par glissement successifs et au gré du processus de concrétisation du droit, à des règles et, *in fine*, à des normes individuelles. Ainsi, du méta-principe de l'Etat de droit peut être inféré, entre autres, le principe de la séparation des pouvoirs qui, à son tour, appelle le principe de l'indépendance de la justice. Ce qui distingue donc les méta-principes des autres principes est leur positionnement en amont dans la chaîne de l'argumentation et, sur le fond, leur degré d'abstraction particulièrement élevé. A l'inverse, les principes sont déjà plus concrets, sans pour autant atteindre le degré de concrétisation des « règles (rules) ». En l'espèce, le caractère pertinent et opératoire de cette distinction se révèle dans la différence entre ces principes que sont les divers droits sociaux et, en amont, leur source intellectuelle qu'est l'idée plus abstraite, matricielle, de l'Etat-providence, de « justice sociale », de ce que, en allemand, on appelle de nos jours le principe du « Sozialstaat (Etat social) ». Un autre exemple éclairant d'un méta-principe, dans le même contexte, est la proclamation, dans l'art. 1^{er} de la Constitution française de 1946 et 1958, du caractère « social » de la République. Le méta-principe le plus abstrait est certainement celui de « l'intérêt général », ce qui pose d'ailleurs la question de la nature de ce type d'énoncés : s'agit-il véritablement de normes juridiques, de normes juridiques justiciables, ou de simples énoncés à valeur idéologique, morale, s'adressant exclusivement aux acteurs politiques ?¹⁰

4) Dans le quatrième modèle, le texte de la Constitution, par ailleurs libérale, comporte, en matière de justice sociale, des principes, mais *non un méta-principe*. Le texte comporte une liste de principes que sont les divers « droits sociaux », droits « socio-économiques » ou « droits de l'homme de la 2^{ème} génération » à l'instar des droits à la sécurité sociale, à la solidarité, au travail, à la culture, à l'enseignement, à un logement décent, etc. Mais, il ne comporte pas d'énoncé proclamant, sous quelque formulation, le méta-principe de la justice sociale, de l'Etat providence, etc.

5) Dans le cinquième modèle, celui qui, parmi les systèmes libéraux-démocratiques, va le plus loin dans la consécration de l'idéal de justice sociale, ce dernier est décliné dans le texte constitutionnel sous une double forme : à la fois sous la forme d'un méta-principe et sous la forme des divers principes déjà plus concrets que sont les droits sociaux. L'on est face, ici, pour le dire en termes techniques, neutres, à un discours à « double étage ». Dans certains cas, extrêmes, on sera tenté de parler d'une logorrhée du constituant¹¹.

¹⁰ Ainsi, le méta-principe « démocratique » n'est guère mobilisé à titre de norme juridique, ni par la doctrine ni par les juges, en France (art. 1) et en Suisse (préambule). Voir les rapports nationaux suisse (G. Biaggini) et français (L. Heuschling) in H. BAUER et alii (dir.), *Démocratie in Europa*, Mohr, Tübingen, 2005, 514 p.

¹¹ Le terme est quelque peu péjoratif, en partie à juste titre. Il est relativement facile, pour un constituant, de coucher par écrit un discours généreux, lyrique, voire utopiste, de promesses à l'égard des groupes sociaux les plus défavorisés ; il est autrement plus difficile, voire parfois impossible, de les mettre en œuvre.

En Europe, suite à l'influence décisive des partis démocrates-chrétiens et/ou socialistes, nombre de textes constitutionnels¹², voire de traités internationaux¹³ qui ont vu le jour après 1945 se rangent dans la 5^e catégorie (exemple : Const. française de 1946 et 1958, Const. du Portugal de 1976, Const. de l'Espagne de 1978, etc.) ou, à tout le moins, dans la 4^e (ex : Const. du Luxembourg de 1868, suite à la révision de 1948). Ce *mainstream* s'est illustré également en Allemagne, que ce soit dans le passé (la Constitution dite de Weimar de 1919 en était même l'un des textes-phares¹⁴) et dans l'actualité, au niveau fédéré. Un grand nombre de constitutions des Länder, après 1945, dans l'Allemagne de l'ouest, et aussi, après la chute du mur, dans l'est de l'Allemagne¹⁵, relèvent de la 5^e catégorie. C'est sur fond de cette tendance influente, visible à la fois au niveau des traités internationaux, des constitutions étrangères et des constitutions allemandes *latu sensu*, que ressort la spécificité du texte de la Loi fondamentale. En effet, depuis sa rédaction en 1949 jusqu'à nos jours, la Loi fondamentale se rapproche très fortement du 3^e modèle, même s'il n'y a pas d'identité parfaite. En matière de « justice sociale », le discours du *Grundgesetz* comporte surtout, et presque exclusivement, la référence (la petite référence) à « l'Etat social », au principe de l'Etat social », terme qui est imputé à Lorenz von Stein (1815-1890) et à Hermann Heller (1891-1933)¹⁶. Et encore faut-il noter que ce méta-principe n'est reconnu que de façon furtive, sous la forme d'un simple adjectif, et pas même sous la forme d'un substantif. L'adjectif « sozial » figure à trois endroits : selon l'art. 20 al. 1^{er} LF, qui définit, en référence à plusieurs méta-principes, l'identité de l'Etat fédéral allemand, celui-ci se doit d'être un « Etat fédéral social (sozialer Bundesstaat) » ; selon l'art. 28 al. 1^{er}, qui définit les principes fondamentaux que doivent respecter les constituants des Länder (clause d'homogénéité), ceux-ci doivent établir un système politique conforme au principe, entre autres, de « l'Etat de droit social (sozialer Rechtsstaat) » ; enfin, depuis 1992, l'art. 23 al. 1^{er} LF exige de la part de l'Union européenne que celle-ci respecte, entre autres, les « principes sociaux (sozialen Grundsätze) ».

La loi fondamentale accorde une place centrale, de premier ordre, aux droits de l'homme de la 1^{re} génération (les « droits fondamentaux », art. 1 à 19), mais, à quelques rares exceptions près, ne consacre point de droits sociaux. Cette réticence du constituant fédéral, à la différence (comme déjà indiqué) de nombre de constituants fédérés, s'explique par différentes raisons : les auteurs de la Loi fondamentale ont voulu laisser ouverte la question des structures de l'économie ; ils ne voulaient pas entamer la normativité des droit-libertés classiques en

¹² K.P. SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 224 et s.

¹³ Voir la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte des NU de 1966 sur les droits sociaux et économiques, la Charte sociale européenne, la Charte de l'UE des droits fondamentaux, etc.

¹⁴ Articles 152 à 165 de la Constitution de Weimar.

¹⁵ Sur les évocations du « Sozialstaat » et des droits sociaux dans les constitutions des Länder, voir H.F. ZACHER, « Das soziale Staatsziel », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, 3^e éd., Müller, Heidelberg, t. 2, 2004, p. 667 et s. ; A. WEBER, « L'Etat social et les droits sociaux en RFA », *RFDC*, 1995, p. 677 et s.

¹⁶ Sur l'histoire du mot, voir H.M. HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom "sozialen" Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Mohr, Tübingen, 2008, p. 54 et s.

mélangent ceux-ci avec les droits sociaux dans la même classe des droits fondamentaux ; eu égard à la situation critique de l'Allemagne après 1945, ils ne voulaient pas formuler trop de promesses et imputer à l'Etat des charges financières trop lourdes¹⁷. Même après la chute du mur de Berlin, lorsque les Länder de l'Est ont voulu négocier une réforme en profondeur de la Loi fondamentale, allant dans le sens d'un approfondissement de la démocratie et de l'Etat providence, le texte de la Loi fondamentale n'a point évolué. Ce n'est que de façon incidente, marginale, que la Loi fondamentale comporte quelques droits sociaux. La seule disposition à proclamer en bonne et due forme un droit-créance, un droit à une prestation de la part de l'Etat (« *Leistungsrecht* », « *Leistungsanspruch* ») est l'art. 6, al. 4 LF : « Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté ». A cela s'ajoute, implicitement, l'art. 33 al. 5 qui peut être lu (et qui, depuis toujours, est lu en ce sens par la doctrine et la justice) comme maintenant les droits des fonctionnaires à certaines prestations de l'Etat : « Le droit de la fonction publique doit être réglementé et développé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionariat ». La doctrine cite aussi l'art. 6 al. 5 LF (« La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social »), l'art. 7 LF, lequel reconnaît la liberté de l'enseignement et mentionne, ce faisant, l'existence d'écoles publiques (mais sans pour autant proclamer un droit à l'enseignement) et, enfin, l'art. 14 al. 2 LF, qui autorise de façon générale des restrictions au droit de propriété privée en vue de l'intérêt de la collectivité.

B. Le pouvoir de la Cour constitutionnelle fédérale : un juge, en général, puissant et activiste

Le second paramètre à considérer est le pouvoir général du juge constitutionnel de ce pays, à cette période. Familier, le concept de « pouvoir », de pouvoir du juge, n'est pourtant pas aisé à cerner : il renvoie à ce que le juge peut faire avec ce texte, à sa façon de mobiliser, d'utiliser ce texte, d'en tirer des conclusions normatives dans le cadre du contentieux. A cet égard, si certains juges font preuve d'audace – on parle alors, selon une terminologie importée des Etats-Unis, de « *judicial activism* », ce sont des juges qui gouvernement, qui déploient une influence marquante, importante sur le cours des affaires publiques –, d'autres sont plus hésitants à s'avancer sur des sujets délicats et à oser infléchir ou guider l'action politique. On parle de « *judicial self-restraint* », de déférence ou réticence judiciaire.

L'étendue modulable du pouvoir des juges est liée à une pluralité de facteurs. Parmi eux figurent des facteurs techniques bien connus des juristes comme : 1) l'étendue du champ de compétence du juge ; 2) les conditions de saisine et de

recevabilité (le degré d'ouverture du prétoire, avec, au maximum, la possibilité pour le juge de se saisir lui-même des affaires qui l'intéressent : exemple de la Cour suprême des Etats-Unis) ; 3) la nature et les techniques du contrôle (contrôle retreint¹⁸ ou large, formel et/ou substantiel, etc.). Mais à ces facteurs d'ordre institutionnel et technique s'ajoutent également d'autres facteurs, souvent oubliés dans des analyses technicistes-positivistes, qui ont trait à la « culture juridique » du pays, à son « contexte culturel ». Sous ce terme quelque peu ambigu, l'on peut cerner plusieurs éléments clés à l'instar de : 1) le capital de légitimité du juge, en démocratie, auprès de ses divers interlocuteurs que sont les acteurs politiques, les autres juges (ordinaires, supra-nationaux), les citoyens et, enfin, la doctrine juridique ; 2) le concept de droit communément admis dans ce pays, à telle époque, concept véhiculé par nombre d'acteurs dont notamment, mais pas seulement, la science du droit (schématiquement : est-ce un concept étroit, « positiviste », ou un concept large, « jusnaturaliste », du droit ?). Ces éléments culturels définissent le cercle hermétique dans lequel agit et évolue le juge. Il ouvre, ou ferme, des horizons intellectuels. Il délimite ce qui, dans un pays donné, à un moment donné, est pensable (et donc faisable) avec tel support textuel, ce qui peut, ou non, être imaginé comme alternative s'il existe déjà une première interprétation, traditionnelle, de ce texte¹⁹.

En l'espèce, il s'agit de s'intéresser au contexte institutionnel et culturel du juge constitutionnel allemand. En vérité, il faudrait utiliser un pluriel car il n'y a pas que la Cour constitutionnelle fédérale qui est amenée à appliquer et à interpréter la Loi fondamentale. La justice constitutionnelle, en Allemagne, pour ce qui est de la Constitution fédérale, est à la fois *dispersée* et, au final (grâce à l'outil clé de la *Urteilsverfassungsbeschwerte*, du recours constitutionnel déclenché par un individu et dirigé contre les décisions des juges ordinaires suprêmes²⁰) *hiérarchisé*. Ainsi, si l'on voulait étudier de façon exhaustive la jurisprudence constitutionnelle en matière de justice sociale, il faudrait analyser non seulement la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe, mais aussi la jurisprudence des juges administratifs, des juges fiscaux, des juges du droit du travail (*Arbeitsgerichtsbarkeit*) et enfin, et surtout, des juges de la sécurité sociale (*Sozialgerichtsbarkeit*)²¹. En l'espèce, pour d'évidentes raisons de temps et de place, la présente étude se focalise sur le rôle du *Bundesverfassungsgericht*.

¹⁸ En Suède (Chap. 11 § 14 de la Forme du Gouvernement de 1974) et en Finlande (§ 106 Const. 1999), les juges ne peuvent invalider une loi que si l'inconstitutionnalité est « évidente ».

¹⁹ Voir à ce sujet, toute la littérature comparatiste sur les différentes méthodes d'interprétation et d'argumentation des juges constitutionnels : J. GOLDSWORTHY (dir.), *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 353 p. ; G. LIENBACHER (dir.), *Verfassungsinterpretation in Europa*, Wien, J. Sramek Verlag, 2011, 170 p. ; A. JAKAB, « Judicial Reasoning in Constitutional Courts. A European Perspective », à paraître dans *German Law Journal* et disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1956657>.

²⁰ Art. 93 al. 1 n° 4 al. a LF.

²¹ Pour un aperçu, voir *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Köln, C. Heymann, 2004, notamment les articles d'A. SÖLLNER, « Die Wahrung der Grundrechte als gemeinsame Aufgabe von Bundesverfassungsgericht und Bundesverfassungsgerichte », p. 43 s. ; et d'U. STEINER, « Bundesverfassungsgericht, Bundesverfassungsgericht und das deutsche Sozialrecht », p. 61 et s.

De l'avis de tous les observateurs, la Cour constitutionnelle fédérale allemande dispose d'un pouvoir hors du commun²². Il n'est pas rare d'entendre dire que la Cour de Karlsruhe est, de toutes les juridictions constitutionnelles spéciales au monde, l'une des plus puissantes, si ce n'est (avec la Cour suprême des USA) la plus puissante. Ses compétences sont des plus étendues, son prétoire est largement ouvert aux individus grâce à la *Verfassungsbeschwerde*, il n'existe en droit allemand aucun acte qui puisse échapper au contrôle de la Cour (sauf ses propres décisions). Ses techniques de contrôle sont sophistiquées et lui permettent, en général (sur les questions des droits fondamentaux), un contrôle approfondi (le fameux contrôle de proportionnalité). C'est un juge activiste qui, dès les années 1950, lorsqu'il devait fixer les fondements et contours de sa pratique du contrôle, s'est référé à un ordre objectif de valeurs dans lequel s'inscrivait la Loi fondamentale. S'appuyant sur le mouvement doctrinal et social de renaissance du droit naturel après 1945, elle a pu étendre au maximum les bornes de son empire jurisprudentiel que ses successeurs actuels n'ont plus qu'à « gérer » et à adapter. L'un des traits saillants de sa conception des méthodes d'interprétation est son usage de concepts très abstraits. Elle n'hésite pas à se référer à certains méta-principes, à l'instar de celui de « *Rechtsstaat* », pour en déduire de nouvelles normes. Si elle peut ainsi se lancer dans une lecture dynamique du support textuel, c'est qu'elle jouit depuis ses débuts d'une légitimité des plus élevées : à titre historique, la Cour peut invoquer à son profit le traumatisme laissé par le III^e Reich ; depuis, elle gère un capital de confiance social maintenu et renouvelé par le flot ininterrompu de recours individuels, capital qui se reflète aussi de façon constante dans ses résultats excellents dans les sondages d'opinion ; elle peut, enfin, s'appuyer sur le soutien d'une doctrine savante qui, d'abord, après 1945, a orchestré et accompagné la cristallisation d'un nouveau paradigme jurnaturaliste et qui, de nos jours, dans sa grande majorité, continue à accompagner la Cour dans la « gestion » d'une jurisprudence acquise.

Voilà un aperçu du pouvoir, en général, de la Cour. Or, il reste à savoir ce qu'a donné, en matière de justice sociale, l'interaction entre ces deux paramètres : d'une part, un support textuel assez réduit, maigre, qui ne comporte, schématiquement, que le méta-principe de l'Etat social ; d'autre part, un juge qui, en général, sur d'autres thématiques, s'est avéré être un juge activiste. Jusqu'à quel point ce juge activiste pourra-t-il « mobiliser » un support textuel aussi réduit ? Pour le dire en termes familiers : tel un maître-cuisinier, saura-t-il, à partir de rien ou peu de choses, faire des merveilles ?

²² Pour un état des lieux, voir au sein d'une littérature des plus vastes les deux ouvrages récents, publiés à l'occasion du 60^e anniversaire de la Cour : M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, Ch. MÖLLERS, Ch. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 426 p. ; M. STOLLEIS (dir.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2011, 298 p.

II. UN BREF APERÇU D'UNE RÉALITÉ JURISPRUDENTIELLE DIVERSE ET COMPLEXE

Eu égard à l'étendue de la tâche, il m'est impossible ici de répondre de façon exhaustive à la question posée. Ce que je puis faire ici est d'esquisser un simple début de réponse. Car, pour y répondre, il faudrait creuser trois perspectives : 1) les retombées jurisprudentielles du méta-principe de l'Etat social (art. 20 al. 1^{er} LF) ; 2) la portée des quelques droits sociaux consacrés dans la LF (art. 6 al. 4 LF, etc.) ; 3) la mobilisation des autres droits fondamentaux (droits-libertés) par la Cour et leur éventuelle réinterprétation dans le sens d'une reconnaissance de droits de créance. Dans ce qui suit, je voudrais me focaliser essentiellement sur le premier point, quitte à donner quelques brèves indications sur la troisième facette. Pour ce qui est de l'interprétation du méta-principe de l'Etat social, la Cour constitutionnelle s'est montrée très prudente et déferente à l'égard des acteurs politiques. A cet égard, elle n'a pas fait preuve d'audace (A). Son apport, en matière de justice sociale, n'est toutefois pas nul, mais il se situe ailleurs. Il réside au niveau de la mobilisation des droits fondamentaux classiques, éclairés à la lumière du principe de l'Etat social (B).

A. La faible normativité du méta-principe de l'Etat social pris en soi (art. 20 al. 1^{er})²³

Tous ceux qui, à gauche, se seraient attendus à ce que la Cour, compte tenu de ce qu'elle a fait pour d'autres méta-principes, en particulier celui du *Rechtsstaat*, sache développer de façon audacieuse, à partir de l'adjectif « social », les bases constitutionnelles de l'Etat-providence, en sont restés à leurs frais. Selon Friedrich Schnapp, « l'importance juridique de la clause de l'Etat social est inversement proportionnelle à la fréquence de son invocation » devant les juges de Karlsruhe²⁴. Le principe de l'Etat social est, certes, une norme juridique²⁵ –

²³ Pour une présentation de l'usage de ce principe en jurisprudence, voir H.D. JARASS, B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 11^e éd., Beck, München, 2011, p. 533 et s. ; M. SACHS, « Art. 20 », in M. SACHS (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 6^e éd., Beck, München, 2011, p. 787 et s., 803 et s. ; S. MUCKEL, M. OGOREK, *Sozialrecht, op. cit.*, p. 25 et s. ; F. SCHNAPP, « Art. 20 », in I. VON MÜNCH, Ph. KUNIG (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 6^e éd., München, Beck, t. 1, 2012, p. 1430 et s. ; R. GRÖSCHNER, « Art. 20 (Sozialstaat) », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 2^e éd., Mohr, Tübingen, t. 2, 2006, p. 122 et s. ; H. HOFMANN, « Art. 20 », in B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. HOFMANN, A. HOPFAUF (dir.), *GG Kommentar*, Heymanns, Köln, 12^e éd., 2011, p. 665 et s. ; K.P. SOMMERMANN, « Art. 20 », voir K.P. SOMMERMANN, « Art. 20 », in Ch. STARCK (dir.), *Das Bonner Grundgesetz*, 4^e éd., Vahlen, München, t. 2, 2000, p. 49 et s. ; R. HERZOG, « Art. 20 – VIII – Sozialstaatlichkeit », in T. MAUNZ, G. DÜRIG et alii (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, Beck, München, Bd. 3, Lieferung 18, p. 295 et s. ; M. KLOPPFER, *Verfassungsrecht I*, Beck, München, 2011, p. 358 et s. ; H.J. PAPIER, « Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht », in B. VON MAYDEL, F. RULAND, U. BECKER (dir.), *SozialrechtsHandbuch*, 5^e éd., Nomos, 2012, p. 112 et s. ; A. VOSSKUHLE, « Der Sozialstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Die Sozialgerichtsbarkeit*, n° 4, 2011, p. 181 et s. ; R. WALTERMANN, *Sozialrecht*, Heidelberg, CF Müller, 9^e éd., 2011, p. 5 et s.

²⁴ F. SCHNAPP, « Art. 20 », p. 1433.
²⁵ *BVerfGE*, 6, 32, 41.

d'aucuns en doctrine²⁶, à l'instar d'Ernst ForsthoFF²⁷, lui ont dénié cette qualité, mais son impact juridique, en jurisprudence, est assez mince. Comme l'écrit Hans Jarass : « En comparaison avec le principe de l'Etat de droit, il est clair que le principe de l'Etat social a déployé beaucoup moins d'effets juridiques. Ce n'est que de façon réduite que des sous-principes (*Teilprinzipien*), venant concrétiser le principe, ont été dégagés »²⁸.

1) Le méta-principe du *Sozialstaat* est une norme juridique de droit objectif ; ce n'est pas, en outre, un droit subjectif. Aussi les individus, qui voudraient contester une injustice sociale, ne sont-ils point autorisés à saisir sur le seul fondement de l'art. 20 al. 1^{er} la Cour de Karlsruhe²⁹. Leur recours doit invoquer la violation d'un droit fondamental (cf. art. 93 al. 1^{er} n° 4a LF), et ce n'est que de façon incidente, en rapport avec ce droit fondamental, qu'ils ont le droit de se référer au méta-principe de l'Etat social. Or, comme déjà vu, les droits sociaux sont très rares dans le texte de la Loi fondamentale. En termes processuels, il est donc crucial pour les requérants individuels de pouvoir mobiliser, dans ce contexte, un droit fondamental libéral (cf. *infra* B), à l'instar, par exemple, de la dignité humaine, de l'égalité, etc.

2) Cette norme qu'est le principe de l'Etat social joue un rôle fondamental défensif en ce qu'il permet de justifier l'interventionnisme de l'Etat à l'encontre des critiques libérales visant à réduire le rôle de la puissance publique à celui de « veilleur de nuit ». Ainsi, par ex., la Cour a rejeté les recours qui, au nom de la liberté d'association, ont critiqué le caractère obligatoire de l'adhésion au système public de la sécurité sociale ou qui, au nom de l'égalité, ont critiqué la règle selon laquelle le montant des cotisations sociales est calculé en fonction non pas du risque à couvrir (principe retenu dans le secteur des assurances privées), mais en fonction du revenu³⁰. A cet égard, l'intérêt de la présence de l'adjectif « social » dans le texte de la LF est clair et net ; s'y révèle l'écart entre les modèles n° 2 et n° 3 évoqués plus haut (1^{re} partie, A).

3) Si le méta-principe de l'Etat social est donc un « bouclier », permettant de valider l'action de l'Etat en matière de justice sociale – si les autorités politiques de l'Etat décident d'intervenir –, a-t-il aussi une dimension incitative, active ? L'art. 20 al. 1^{er} comporte-t-il, outre une autorisation d'agir, également une obligation d'agir ? La Cour l'admet³¹. Mais l'essentiel du débat ne porte pas sur

²⁶ Voir les références chez H.M. HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom "sozialen" Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Mohr, Tübingen, 2008, p. 14.

²⁷ E. FORSTHOFF, « Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates », *VfZStRL*, vol. 12, 1954, p. 27. Sur la position de ForsthoFF, voir spéc. H.M. HEINIG, *op. cit.*, p. 22-32.

²⁸ H.D. JARASS, B. PIEROTH, *Grundgesetz*, p. 534.

²⁹ *BVerfGE* 6, 385 ; 13, 17 ; 14, 51 ; 17, 258 ; 48, 79.

³⁰ Voir les précisions chez R. WALTERMANN, *op. cit.*, p. 7. Voir aussi H.D. JARASS, B. PIEROTH, *Grundgesetz*, Art. 20, n° 115, 119, 122.

³¹ L'obligation est reconnue dès la 1^{re} décision de la Cour constitutionnelle portant sur le principe de l'Etat social. Voir *BVerfGE*, I, 97, p. 104 (*Hinterbliebenenrente* I ; 19, 12, 1951) : « Il [le législateur] est certainement obligé, en vertu de la Constitution, de mener une action sociale, de se préoccuper d'un équilibre supportable des intérêts contradictoires et de réaliser des conditions de vie qui soient supportables pour tous ».

l'existence d'une telle obligation, mais sur son contenu et sa portée. Or, à cet égard, la Cour reconnaît une très large marge de liberté au parlement. 4) Selon la Cour, le méta-principe de l'Etat social s'adresse d'abord, et avant tout, au législateur démocratiquement élu. Selon les juges de Karlsruhe, « le principe de l'Etat social (...) fonde l'obligation de l'Etat de veiller à un ordre social juste (cf. par ex. *BVerfGE* 5, 85, 198 ; 22, 180, 204 ; 27, 253, 283 ; 35, 202, 235 s.). (...) Le principe de l'Etat social fixe à l'Etat une mission, mais ne dit rien quant aux modalités selon lesquelles cette mission doit être concrètement réalisée, sans quoi le principe [de l'Etat social] entrerait en contradiction avec le principe de la démocratie »³². En 1949, à l'inverse d'autres méta-principes comme « démocratie », « Etat de droit », etc., le terme de « *Sozialstaat* » ne peut, au-delà de certaines généralités (établir un ordre social juste, venir en aide aux groupes fragiles, défavorisés ; assurer une certaine égalité des chances, etc.), se revendiquer d'aucune définition consensuelle qui se serait cristallisée au cours de l'histoire³³. C'est un terme neuf. Abstraction faite des quelques débuts de théorisation sous la plume de Lorenz von Stein, au XIX^e siècle, et d'Hermann Heller, sous la République de Weimar, le terme ressemble à une feuille blanche. C'est cette difficulté de définition que souligne depuis toujours la doctrine³⁴. Une possibilité, pour fixer le sens de cette notion désormais constitutionnalisée, aurait été d'en définir le sens en référence au droit ordinaire, en référence à la pratique de l'Etat-providence qui, en Allemagne, existe depuis la législation sociale mise en place par Bismarck à la fin du XIX^e siècle. On aurait pu arguer que ce nouveau terme valide les acquis en matière de sécurité sociale³⁵. Or cette voie ne sera retenue par la Cour ni au lendemain de la 2^e guerre mondiale, lorsque la RFA naît dans les décombres et la misère, ni par la suite, lorsque la croissance économique permet à l'Allemagne de se doter, par voie législative et réglementaire, d'un généraux système de sécurité sociale (voir *infra* 5^e).

Le terme inscrit dans la Loi fondamentale ne sert donc ni à rigidifier les acquis en matière de justice sociale, ni à esquiver une direction forte pour l'avenir. Au contraire, la Cour constitutionnelle, depuis ses débuts jusqu'à aujourd'hui, ne cesse d'insister sur le caractère « ouvert » (« *Offenheit, Weite* ») et « indéterminé » (« *Unbestimmtheit* »)³⁶, du concept d'Etat social. Dès lors, dans un Etat démocratique, c'est au jeu politique qu'il revient d'en concrétiser le sens. C'est l'argument clé que la Cour met en avant dès sa première décision portant sur l'Etat social. Dans sa décision du 19 décembre 1951, la Cour, saisie d'une

³² *BVerfGE*, 59, 231, p. 263, *Freie Mitarbeiter* (13.01.1982).

³³ H.F. ZACHER, *op. cit.*, p. 674 et s.

³⁴ H.F. ZACHER, *op. cit.*, p. 661 et s. ; R. HERZOG, « Art. 20 – VIII – Sozialstaatlichkeit », p. 303 et s. ; F.E. SCHNAPP, « Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen ? », *JdS*, 1998, p. 873 et s. ; H.M. HEINIG, *op. cit.*, p. 10 et s.

³⁵ Une telle lecture affleure parfois dans les débats allemands (par ex. R. Herzog, *op. cit.*, p. 309, n° 22 ; J. ISENSEE, « Verfassung ohne soziale Grundrechte », *op. cit.*, p. 367, 375). Elle s'appuie sur une conception qui voit dans la Constitution le réceptacle de normes et d'institutions qui ont fait leurs preuves dans le passé en droit ordinaire. Sur les deux idéaux-types de la « Constitution-trésor » et de la « Constitution-moteur », voir L. HEUSCHLING, « La Constitution formelle », *op. cit.*, p. 294.

³⁶ Voir, par ex., *BVerfGE* 65, 182, 193, *Sozialplan* (19.10.1983).

plainte d'une veuve qui, pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses trois enfants, réclame une réévaluation de sa pension de reversion, répond que « la réalisation de l'Etat social repose, pour l'essentiel, entre les mains du législateur »³⁷. Elle n'admet alors l'éventualité d'un contrôle et d'une censure que si le législateur, « de manière arbitraire », aurait failli à sa mission, ce qui, eu égard à la situation économique de l'époque et au traitement sérieux du cas d'espèce, ne pouvait être affirmé.

5) La liberté (« *Freiheit* ») ou marge de manœuvre (« *Gestaltungsspielraum* ») reconnue par la Cour au législateur est très étendue ; elle parle même, en 1975, d'une « liberté la plus étendue possible (« *möglichst viel Freiheit* »)³⁸. Celle-ci n'est toutefois pas totale. Son pouvoir discrétionnaire peut être évalué notamment dans le fait que la Cour refuse d'attribuer à l'art. 20 al. 1^{er} un effet cliquet (les auteurs parlent de « *Rückschrittsverbot* » ou « *Verschlechterungsverbot* ») en matière de justice sociale. Le concept constitutionnel d'Etat social ne sert pas de garantie du statu quo. Une telle interprétation en référence au passé (mais quel passé : l'Etat-providence bismarckien, weimarien ou nazi ?) aurait été, de toute manière impossible à défendre en 1949, compte tenu de la situation financière de l'Etat à l'époque. Le refus d'une telle lecture peut être illustré, entre autres, par deux décisions. Dans sa décision du 29 mai 1990, la Cour valide la loi qui réduit le montant des allocations familiales versées aux familles aisées : « Eu égard à son caractère ouvert et indéterminé [est visé le principe de l'Etat social], il est impossible en général d'en déduire la garantie de prestations sociales d'un certain niveau. La seule contrainte est que l'Etat crée pour ses citoyens les conditions minimales d'une vie conforme à la dignité humaine »³⁹. Or, ce seuil minimum, que la Cour fait découler de l'art. 1 al. 1^{er} LF (sur ce point crucial, voir *infra* B), ne saurait jouer en l'espèce. Une seconde illustration est la décision de la Cour du 9 avril 1975. Dans cette affaire, la Cour valide la décision du législateur de supprimer certaines caisses locales de la sécurité sociale, en affirmant que « la Loi fondamentale ne comporte aucune garantie constitutionnelle du système existant de sécurité sociale ou, même, de ses principes organisationnels fondamentaux »⁴⁰. L'individu ne saurait invoquer l'art. 20 al. 1^{er} LF pour en déduire le droit à obtenir des prestations sociales selon un certain schéma institutionnel. La nature évolutive de la matière oblige à reconnaître au législateur « la liberté la plus étendue possible ». Il lui est loisible ainsi de fusionner les diverses caisses locales, de substituer au système décentralisé et autonome une administration fédérale centrale⁴¹ ou, à l'inverse, de faire jouer la subsidiarité et de se décharger de certaines tâches de solidarité sur des acteurs privés (églises, associations bénévoles, etc.)⁴². Il peut également,

³⁷ BVerfGE 1, 97, p. 104, *Hinterbliebenente I* : « Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun ».

³⁸ BVerfGE 39, 302, p. 315, AOK (Décision du 9.4.1975).

³⁹ BVerfGE 82, 60, p. 80, *Steuerverfreies Existenzminimum* (29.5.1990). Voir aussi BVerfGE 110, 412, p. 445.

⁴⁰ BVerfGE 39, 302, p. 314, AOK (Décision du 9.4.1975).

⁴¹ *Ibid.*, p. 315.

⁴² Sur ce dernier point, voir BVerfGE 22, 180, p. 204, *Jugendhilfe* (18.7.1967).

en toute liberté, décider de financer ou non une partie du budget de la sécurité sociale par le biais des impôts⁴³.

6) Selon la jurisprudence de la Cour, aucun nouveau droit et aucune nouvelle obligation ne sauraient être déduits immédiatement, par les juges, du méta-principe de l'Etat social⁴⁴. Seul le législateur est habilité de concrétiser l'idéal de l'Etat social en créant tel droit ou telle limite à une liberté. Opérant le lien avec le principe de démocratie, la Cour exige ainsi l'intervention d'une loi (« *Gesetzesvorbehalt* »)⁴⁵ et, ce faisant, s'oppose à toute opération juridictionnelle de matérialisation ou d'objectivation du principe. De façon régulière, elle répète qu'il est impossible à un juge de déduire directement de ce seul principe, sans l'appui d'aucune autre norme (constitutionnelle et/ou législative), une nouvelle norme.

La Cour s'interdit à elle-même un tel épiétisme sur la compétence du parlement ; elle l'interdit aussi aux autres juges, aux juges ordinaires qui parfois, dans le passé, ont fait preuve de plus d'audace. Ainsi, alors même que la Cour de Karlsruhe a reconnu, de manière générale, aux juges ordinaires un large pouvoir prétorien (possibilité de création de nouvelles normes générales), elle a censuré dans sa décision du 19 octobre 1985⁴⁶, pour atteinte à la séparation des pouvoirs, la décision de la juridiction suprême en droit du travail qui, dans le cadre d'une faillite, avait estimé, en l'absence de tout texte législatif, pouvoir accorder un rang privilégié aux créances découlant du plan social par rapport aux autres créances, en se fondant directement sur le principe de l'Etat social. « De manière générale, eu égard à son caractère vaste et indéterminé, le principe de l'Etat social ne contient aucune règle d'action immédiate (*unmittelbare Handlungsanweisungen*) qui, sans aucune base législative, pourrait être transcrite en droit ordinaire par les tribunaux. En ce sens, il est moins accessible à une définition juridictionnelle que les droits fondamentaux (cf. Beuthien, *Sozialplan und Unternehmensverschuldung*, 1980, p. 48; Herzog in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Art. 20, § 25, p. 311 s., biblio.) ; la réalisation de ce principe revient en premier lieu au législateur (cf. BVerfGE 1, 97, 105) »⁴⁷. Quel est alors le rôle des juges à l'égard de ce méta-principe ? Selon la Cour, ce méta-principe peut servir seulement de guide d'orientation lorsque le juge est amené à interpréter une autre norme, qu'il s'agisse d'une autre disposition plus précise et concrète de la Loi fondamentale, à l'instar des divers droits fondamentaux, ou d'une norme législative⁴⁸. C'est ce travail interprétatif qu'il convient, à présent, d'examiner.

⁴³ BVerfGE 113, 167, p. 219.

⁴⁴ Jurisprudence constante. Voir les nombreux exemples cités dans tous les commentaires.

⁴⁵ Voir BVerfGE 59, 231, p. 236 (13.1.1982), *Freie Mitarbeiter*.

⁴⁶ BVerfGE 65, 182, *Sozialplan*.

⁴⁷ BVerfGE 65, 182, p. 193, *Sozialplan*.

⁴⁸ Ce rôle est affirmé par la Cour dès sa première décision relative à l'Etat social (BVerfGE 1, 97) et est repris dans toutes ses décisions ultérieures.

B. La mobilisation des droits fondamentaux interprétés à la lumière du méta-principe de l'Etat social

C'est là que se situe le véritable apport en matière de justice sociale de la Cour de Karlsruhe. C'est dans ce registre qu'elle n'a pas hésité, à l'occasion, de censurer le législateur (ce qu'elle n'a jamais fait au titre du seul méta-principe de l'Etat social). Encore faut-il ne pas exagérer cet apport et avancer de façon prudente. L'idée générale de cette logique consiste à mobiliser les droits fondamentaux afin de mieux protéger, par ce biais, l'idéal de justice sociale. Deux voies doivent, à ce titre, être distinguées.

1) Une première voie part de l'hypothèse qu'une norme *infraconstitutionnelle* (en général une loi) reconnaît un certain droit-créeance. La Loi fondamentale sert alors, par le biais soit d'une interprétation conforme à la Constitution, soit d'une déclaration d'inconstitutionnalité, à amplifier le contenu et/ou le champ d'application personnel de ce droit-créeance à valeur légale.

Ce type de raisonnement peut être illustré aisément par l'usage qu'a fait la Cour constitutionnelle du principe d'égalité (art. 3 al. 1^{er} LF)⁴⁹. Une fois que le législateur a pris la décision de consacrer tel droit subjectif à une prestation sociale, le principe d'égalité peut venir en étendre le bénéfice à certains individus qui, en vertu du régime défini par la loi, en seraient exclus. A ce titre, on peut citer, par exemple, les diverses décisions de la Cour relatives à la loi fédérale sur l'indemnisation des victimes d'infractions pénales et des personnes qui leur sont proches (*Opferentschädigungsgesetz*). Cette loi établit un droit à une pension de veuvage au profit du seul conjoint marié, excluant de ce fait toutes les unions extra-maritales dont le concubinage hétérosexuel. Alors qu'en 2003⁵⁰, la Cour a estimé que l'exclusion des couples de concubins n'était pas contraire au principe d'égalité, elle opère un revirement en 2004, obligeant le législateur à revoir sur ce point la loi⁵¹.

Pour illustrer l'élargissement du contenu d'un droit subjectif garanti par la loi, on peut citer l'importante décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 6 décembre 2005⁵². Le Code de la sécurité sociale allemand (*Sozialgesetzbuch*) reconnaît à tout affilié, en contrepartie de son affiliation obligatoire, le droit de bénéficier de traitements médicaux « adéquats ». Les termes utilisés par la loi restent, en vérité, assez vagues⁵³. Selon l'interprétation retenue traditionnellement par la sécurité sociale et validée de longue date par les juridictions ordinaires de la sécurité sociale (*Sozialgerichte*), le droit subjectif légal des affiliés à un traitement

n'existe qu'à condition qu'il existe un remède dont l'efficacité thérapeutique a été actée, au vu des connaissances établies de la science médicale, par un organe administratif (le « *Gemeinsamer Bundesausschuss* », le comité fédéral commun) composé de représentants de la sécurité sociale, du corps médical et des hôpitaux. Dans le cas d'espèce, la caisse de maladie locale avait refusé à un adolescent atteint de myopathie de Duchenne (DMD), maladie rare et létale, le financement d'un traitement préconisé par son médecin. Ce traitement semblait avoir eu un impact positif sur l'état de santé ou, du moins, sur le bien-être du malade, mais il n'était pas reconnu ni au sein de la science médicale, ni par le comité précité. Dès lors, s'appuyant sur la jurisprudence établie, la caisse de maladie s'était estimée fondée à rejeter la demande de prise en charge. Sa décision a d'ailleurs été validée par les juges sociaux de première instance, invalidée en appel, puis validée en cassation par le *Bundessozialgericht*.

Saisie d'un recours constitutionnel à l'encontre de l'arrêt de cassation, la Cour de Karlsruhe donne raison au plaignant et impose une nouvelle définition, plus large, du droit subjectif légal des affiliés au remboursement de leur traitement médical. La Cour estime que l'interprétation des dispositions du Code retenue par les agents et les juges de la sécurité sociale était contraire, en premier lieu, à l'art. 2 al. 1^{er} LF (le principe général de liberté d'action, « *allgemeine Handlungsfreiheit* ») combiné avec le principe de l'Etat social et, en second lieu, à l'art. 2, alinéa 2, 1^{re} phrase LF (le droit à la vie). Selon le raisonnement novateur de la Cour, l'atteinte à la liberté des individus que constitue l'affiliation obligatoire au régime public de la sécurité sociale n'est justifiable qu'à condition que l'Etat obtempère à son obligation, découlant du principe de l'Etat social, de protéger l'individu en cas de maladie. La Cour tient à préciser, et à rappeler, que, à lui tout seul, l'art. 2 al. 1^{er} LF (pas plus que l'art. 2 al. 2 1^{re} phrase LF) ne confère point à l'affilié un droit subjectif constitutionnel à obtenir tel médicament ou telle prestation ; en revanche, ces deux normes de droit objectif doivent servir de guide lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi, ici le Code de la sécurité sociale qui, lui, reconnaît un certain droit subjectif à des prestations médicales⁵⁴. Or, en l'espèce, eu égard au fait qu'il s'agit d'une maladie mortelle

⁴⁹ § 51 de la décision : « Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG [schützt] den beitragspflichtigen Versicherten vor einer Unverhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung. Daraus lässt sich in der gesetzlichen Krankenversicherung zwar kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf bestimmte Leistungen der Krankenbehandlung ableiten. Jedoch sind gesetzliche oder auf Gesetz beruhende Leistungsansprüche und Leistungsbegrenzungen daraufhin zu prüfen, ob sie im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG gerechtfertigt sind. » Lire aussi § 55 : « Maßstab für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung und seiner fachgerichtlichen Auslegung und Anwendung im Einzelfall sind darüber hinaus auch die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Zwar folgt aus diesen Grundrechten regelmäßig kein verfassungsrechtlicher Anspruch gegen die Krankenkassen auf Bereitstellung bestimmter und insbesondere spezieller Gesundheitsleistungen (vgl. BVerfGE 77, 170 <215>; 79, 174 <202>; BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 5. März 1997, NJW 1997, S. 3085; MedR 1997, S. 318 <319> und vom 15. Dezember 1997, NJW 1998, S. 1775 <1776>.). Die Gestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich jedoch an der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates zu orientieren, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu stellen (vgl. BVerfGE 46, 160 <164>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. Dezember 1997, a.a.O.; Beschluss der 1. Kammer des

⁴⁹ Pour un aperçu de la riche jurisprudence sur le principe d'égalité en rapport avec le droit de la sécurité sociale, voir J. PAPIER, *op. cit.*, p. 145 et s.

⁵⁰ BVerfG, I BvR 1587/99, Décision du 30.7.2003, NJW 2003, p. 3691 ou sur le site internet de la Cour.

⁵¹ BVerfG, I BvR 684/98, Décision du 9.11.2004, NJW 2005, p. 1413 ou sur le site internet de la Cour.

⁵² BVerfG, I BvR 347/98, Décision du 6.12.2005, NJW 2006, p. 891 ou sur le site internet de la Cour. Pour un commentaire, voir T. KINGREIN, « Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtssetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht », NJW 2006, p. 877 et s.

⁵³ Voir, dans la version de l'époque, *Sozialgesetzbuch*, Livre 5, § 1 1^{re} phrase, § 2 al. 1^{er}, § 11 al. 1^{er}, § 27 al. 1^{er}.

(1^{er} élément) et que (2^e élément) le traitement préconisé semble, au vu de certains indices, indiquer au moins un espoir d'une amélioration de l'état de santé de l'affilié⁵⁵, l'interprétation du code de sécurité sociale retenue par l'administration et les juges ordinaires est contraire à la Loi fondamentale. Elle porte atteinte au principe de liberté combiné avec le principe de l'Etat social (l'inadéquation entre ce que l'affilié doit payer et ce qu'il obtient en retour⁵⁶) et à l'obligation de l'Etat de protéger le droit à la vie (la vie humaine doit être la valeur suprême de l'Etat).

2) La deuxième voie de mobilisation des droits fondamentaux est plus radicale et audacieuse : elle consiste, pour le juge, à déduire d'un droit-liberté, consacré explicitement dans le texte de la Loi fondamentale, un droit-créance constitutionnel. Une telle lecture des droits fondamentaux (*Grundrechte*), à la lumière de l'idéal de l'Etat social, a été vivement débattue dès les années 1970 au sein de la doctrine allemande⁵⁷. Elle constitue aujourd'hui, dans les débats internationaux, l'une des techniques les plus en vue afin d'accroître la protection juridique des droits sociaux. L'argument sous-jacent n'est pas sans force de persuasion : ainsi, pour prendre un exemple radical, le refus de prendre en charge financièrement un médicament qui seul est à même de sauver la vie d'un malade (ex. la trithérapie en cas d'infection par le VIH) n'équivaut-il pas, de la part de l'Etat, à une violation du droit à la vie, droit énoncé sous forme d'un droit-liberté (droit de vivre) ?⁵⁸ En Allemagne, la doctrine est, globalement, assez réticente, voire hostile à l'égard d'une telle lecture (*relecture*) des *Grundrechte*. Selon la tradition libérale classique, celle du XIX^e siècle, les droits fondamentaux consacrés dans la Loi fondamentale doivent être interprétés exclusivement comme des « *Abwehrrechte* », des droits défensifs ou négatifs (selon la terminologie française : des « droits-libertés »). Ils permettent à l'individu de protéger sa sphère d'autonomie contre des empiètements venant de l'extérieur, de la part de l'Etat. L'Etat est censé s'abstenir d'agir, d'intervenir. En aucun cas, ces dispositions de la L.F. ne sauraient être interprétées comme énonçant, en outre, de façon implicite, des droits-créances (en allemand : « *Leistungsrechte* », « *Leistungsansprüche* », parfois : « *Teilhaberechte* » au sens de « *Teilhabe an staatlichen Leistungen* »), autrement dit des droits subjectifs constitutionnels habilitant les individus à requérir de l'Etat une prestation afin de jouir, *effectivement*, du droit-liberté explicitement accordé. Une telle lecture du texte de la L.F., où les énoncés des art. 1 à 19 se verraient attribuer deux « couches » de

sens – le sens apparent, premier : le droit-liberté, le sens latent, implicite : le droit-créance, les deux sens étant liés par le souci d'assurer, via le droit-créance, l'effectivité du droit-liberté – est, globalement, rejetée par la majorité des auteurs⁵⁹. Selon Stefan Muckel et Markus Ogorek, il est impossible, par exemple, de déduire de l'art. 12 L.F. un droit au travail, de l'art. 13 al. 1^{er} L.F. un droit à un logement décent⁶⁰.

La Cour constitutionnelle, à son tour, est globalement très réticente à s'engager dans cette voie. Ainsi, en 1951, dans sa décision déjà évoquée *Hinterbliebenrente I*,⁶¹ dans laquelle elle a été amenée à préciser pour la première fois le méta-principe de l'Etat social, elle a également dû évaluer le potentiel social des droits fondamentaux, en particulier de la dignité humaine (art. 1 al. 1^{er}). L'énoncé de cet article – « La dignité de l'être humain est intangible » – est suffisamment vague pour autoriser soit une lecture strictement libérale, soit une lecture libérale et sociale. La seconde phrase évoque bien une action positive de l'Etat puisqu'il lui revient non seulement de respecter cette dignité, mais aussi de la protéger. En 1951, la Cour ne retient que la lecture libérale. Après un retour sur les conditions de naissance, au XVIII^e siècle, de l'idée des droits fondamentaux (où l'Etat est surtout vu comme un oppresseur de ces droits), et en gardant à l'esprit l'expérience nazie, la Cour conclut que les droits fondamentaux sont surtout dirigés contre la puissance publique et que l'idée, plus récente, des droits de créance n'a rencontré que peu d'échos au sein de la Loi fondamentale. En particulier, pour ce qui est de la dignité humaine, « lorsque l'art. 1^{er} al. 1^{er} L.F. énonce 'La dignité de l'être humain est intangible', il n'entend que la défendre, de façon négative, contre des agressions. La seconde phrase 'Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger' oblige certes l'Etat à une action positive de 'protection', mais cela ne vise pas la protection à l'encontre de la misère matérielle, mais à l'encontre d'atteintes de la part de tiers, à l'instar d'actes d'humiliation, de stigmatisation, de répression, etc. »⁶² De même, poursuit la Cour, « l'art. 2 al. 2 L.F. [droit à la vie] ne confère pas à l'individu un droit fondamental à une prise en charge adéquate par l'Etat »⁶³.

Par la suite, en 1972, dans sa célèbre décision relative au *numerus clausus*, elle s'ouvre d'avantage à la logique d'une relecture sociale des droits fondamentaux, mais, au final, le résultat est assez mitigé⁶⁴. Dans cette affaire, elle estime en effet qu'un droit-créance ne peut, logiquement, être déduit d'un droit-liberté qu'à condition que le premier soit indispensable à l'exercice effectif du second (c'est ce qu'elle admet en l'espèce). Mais, tout n'est pas gagné ainsi

⁵⁹ R. GRÖSCHNER, *op. cit.*, p. 122 et s.; R. HERZOG, *op. cit.*, p. 319 et s.

⁶⁰ S. MUCKEL, M. OGOREK, *Sozialrecht*, *op. cit.*, p. 29.

⁶¹ *BVerfGE* 1, 97, *Hinterbliebenrente I*.

⁶² *Ibid.*, p. 113.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *BVerfGE* 33, 303, *Numerus clausus I* (18.7.1972). Sur les logiques contradictoires qui sous-tendent cette décision, voir J. ISENSEE, « Verfassung ohne soziale Grundrechte », *op. cit.*, p. 372.

Ersten Senats vom 22. November 2002, NJW 2003, S. 1236 <1237>; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 19. März 2004, NJW 2004, S. 3100 <3101>). Insofern können diese Grundrechte in besonders gelagerten Fällen die Gerichte zu einer grundrechtsorientierten Auslegung der maßgeblichen Vorschriften des Krankenversicherungsrechts verpflichten (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 14. August 1998, NJW 1999, S. 857 f.). »

⁵⁵ § 64 de la décision. Ce dernier critère de l'existence d'un certain espoir fondé sur des indices empiriques est mis en avant par la Cour pour éviter, implicitement, d'obliger la sécurité sociale à financer toute demande (fantaisiste) de prise en charge.

⁵⁶ § 51 de la décision : « *Unverhältnismässigkeit von Beitrag und Leistung*. »

⁵⁷ Voir les références chez J. ISENSEE, « Verfassung ohne soziale Grundrechte », *op. cit.*, p. 371.

⁵⁸ Sur ce mode de raisonnement et sa prégnance dans divers systèmes (Afrique du Sud, Pérou, CEDH, etc.), voir D. ROMAN, « Les droits sociaux, entre injusticiabilité et conditionnalité », *op. cit.*, p. 290 et s., p. 310 et s.

pour les plaignants individuels. Car une fois le premier obstacle du silence de la LF quant aux droits sociaux dépassé, surgit aussitôt un second obstacle : en effet, selon la Cour, le droit-créance constitutionnel ainsi admis, en principe, peut faire l'objet de limitations légitimes de la part du législateur. Dans cette affaire, la Cour a été saisie, en vertu de l'art. 100 LF, par des juridictions ordinaires qui se sont faites les porte-parole de bacheliers contestant la constitutionnalité du numerus clausus. L'argument de ces bacheliers, dont la demande d'inscription en médecine avait été rejetée en référence au numerus clausus, était le suivant : à quoi sert-il, dans l'art. 12 al. 1^{er} LF, de proclamer la liberté de choisir sa profession, si, *de facto*, pour devenir médecin, le seul moyen est de passer par les bancs des facultés étatiques allemandes⁶⁵ de médecine qui, par manque de capacités d'accueil, ne peuvent accepter qu'un nombre infime de candidats ? Sensible à l'argument, et choqué par le fait que plus de la moitié des bacheliers désireux d'embrasser la carrière de médecin voient leur candidature rejetée, la Cour de Karlsruhe en arrive à établir un lien logique entre un droit-liberté (en l'espèce, l'art. 12 LF) et un droit-créance : « L'art. 12 al. 1^{er} LF combiné avec l'art. 3 al. 1^{er} LF [principe d'égalité] et avec l'exigence de l'Etat social garantit ainsi aux citoyens, remplissant les critères personnels d'admission [être titulaire du baccalauréat], un droit à l'inscription dans les études universitaires de leur choix »⁶⁶. La Cour reconnaît, dans ce type de configuration, un droit-créance à valeur constitutionnelle, à savoir un « droit à l'inscription à l'université (*ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium*) ».

Mais, et ce point est crucial, ce droit à l'inscription dans le cursus de son choix est conçu, par la Cour, comme un « *Teilhaberecht* », ce qui veut dire littéralement un « droit de participation ». Sous ce terme, il faut entendre non pas, comme on serait tenté de le faire classiquement, un droit de participer aux *décisions politiques* de la Cité (droit de vote), mais le droit de participer à la *répartition des prestations offertes par l'Etat* (en termes familiers : le droit de participer au partage du « gâteau »). Mais quelle en est la portée exacte ? S'il s'agit d'un droit de participation au partage des prestations *existantes* (en l'espèce, le nombre de places d'études existantes), la proclamation d'un tel droit subjectif constitutionnel est sans intérêt pour les plaignants puisque ce chiffre a justifié le refus de leur demande d'inscription. La Cour en est consciente et ne s'arrête donc pas à ce niveau. Est-ce à dire, du coup, que ce « *Teilhaberecht* » est un véritable droit subjectif permettant à un requérant d'obtenir, en sa faveur, une place d'étude à l'université, en la matière de son choix, s'il le faut en passant par la justice ? La Cour ne va pas jusque-là et opte pour une solution à mi-chemin. Si le droit de participer, à égalité, au partage des prestations de l'Etat ne se limite pas au partage des ressources existantes, il ne permet pas pour autant d'exiger de l'Etat une augmentation des moyens financiers des universités de façon à ce que le plaignant obtienne, à court ou à

⁶⁵ Comme le reconnaît la Cour, les facultés étatiques avaient *de facto* le monopole de l'enseignement de la médecine en Allemagne. Quant à la possibilité d'étudier à l'étranger, seuls les bacheliers issus des milieux favorisés pouvaient avoir recours à cette solution.

⁶⁶ *BVerfGE* 33, 303, p. 322.

moyen terme, la place d'étude qu'il souhaite⁶⁷. « Même si les droits de participation ne sont pas, de prime abord, restreints à ce qui est disponible au moment précis, ils ne sont pas moins placés sous la réserve de ce qui est possible (*Vorbehalt des Möglichen*), de ce que, pour le dire autrement, un individu peut raisonnablement exiger de la société. Or cette décision relève en premier lieu de la responsabilité du législateur »⁶⁸.

Ces droits de participation ne sont pas des droits absolus, mais des droits relatifs, susceptibles d'être limités par le législateur selon des critères rationnels. L'un de ces critères est précisément le niveau des ressources financières disponibles (« *Vorbehalt des Möglichen* »⁶⁹). Concrètement : au titre de ce droit de participation à valeur constitutionnelle, le bachelier pourra exiger seulement que l'Etat consacre des efforts « raisonnables » à la création de places d'études. Il le droit d'exiger que le « gâteau » (les ressources collectives à partager) ait une taille « raisonnable ». Or, selon la Cour, l'Etat a identifié le problème et a fait d'ores et déjà un effort financier conséquent, particulièrement en matière de médecine⁷⁰. La Cour considère dès lors que l'Etat respecte ses obligations découlant de la Constitution et que le principe même du numerus clausus est conforme à la Constitution. La seule critique que la Cour tire de ce « *Teilhaberecht* » est que les critères du numerus clausus ne sauraient être définis par un règlement interne de l'université ; c'est à la loi qu'il revient d'opérer les choix décisifs sur un sujet aussi crucial pour les droits (ici les « droits de participation ») des citoyens. Seul le législateur peut limiter ces droits (réserve de la loi, interdiction d'une délegation de pouvoir sous forme d'un blanc-seing)⁷¹.

On voit donc que les résultats traditionnels de la relecture sociale des droits fondamentaux restent assez mitigés. Il faut, toutefois, noter un domaine – la protection du minimum vital – où la Cour de Karlsruhe est allé beaucoup plus loin dans la reconnaissance d'un droit-créance constitutionnel. Suite à la Cour administrative fédérale qui était la première à explorer cette voie⁷², la Cour constitutionnelle a progressivement⁷³ abandonné sa jurisprudence restrictive de 1951⁷⁴ en ce qui concerne la dimension sociale de la dignité humaine. Selon la Cour, l'art. 1 al. 1^{er} LF, combiné avec le principe de l'Etat social, confère à chaque individu un droit subjectif constitutionnel au soutien de l'Etat afin de jouir d'un niveau de vie minimum qui soit digne d'un être humain (« *Grundrecht*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 334 : « *Andereiseits verpflichtet ein etwaiger Verfassungsauftrag aber nicht dazu, für jeden Bewerber zu jeder Zeit den von ihm gewünschten Studienplatz bereitzustellen (...)* ».

⁶⁸ *Ibid.*, p. 333 : « *Auch soweit Teilhaberrechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Dies hat in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung zu beurteilen, (...)* ».

⁶⁹ *Ibid.*, p. 336 (« *Teilhaberrechte, wie bereits erwähnt, stehen unter dem Vorbehalt des Möglichen und sind notwendig regelungsbedürftig* »).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 335.

⁷¹ *Ibid.*, p. 336, 345.

⁷² *BVerwGE* 1, 159, 161 ; 5, 27, 31.

⁷³ *BVerfGE*, 40, 121, 133 ; 45, 187, 228 ; 82, 60, 85 ; 113, 88, 108.

⁷⁴ Voir *supra* note 61.

auf *Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums* »⁷⁵). La Cour en a déduit, dans le passé, que la part du salaire nécessaire à cette fin devait échapper à toute imposition⁷⁶. Tout individu, lorsqu'il est dans l'incapacité d'assurer ces besoins existentiels par ses propres moyens, se voit également reconnaître le droit d'obtenir un soutien financier de l'Etat. Récemment, elle a donné une ampleur particulière à ce droit-crédence dans sa célèbre décision *Hartz IV* du 9 février 2010⁷⁷. Saisie d'un recours dirigé contre la vaste réforme (de rationalisation) de l'aide sociale mise en place sous le gouvernement de Gerhard Schröder, la Cour a d'abord donné une définition extensive des dépenses incluses dans ce minimum vital. Celui-ci ne couvre pas seulement les dépenses nécessaires à la stricte survivance physique, à des facteurs matériels tels que « nourriture, vêtement, mobilier, logement, chauffage, hygiène et santé » ; selon la Cour, ce niveau de vie minimum doit englober aussi des dépenses permettant à l'individu « l'entretien de relations inter-humaines et une participation minimale à la vie sociale, culturelle et politique car l'être humain s'inscrit nécessairement dans des relations sociales »⁷⁸. Ce droit à une existence minimale digne d'un être humain est un droit-crédence (en allemand, la Cour parle de « *Leistungsanspruch* » ou « *Gewährleistungsrecht* »⁷⁹), droit-crédence qui est autonome (il découle immédiatement de la Constitution), individuel (il est accordé à chaque individu, à chaque être humain) et indisponible (il s'impose au législateur). Le législateur dispose toutefois d'une marge de manœuvre dans sa concrétisation, en fonction du contexte économique, social, culturel, technologique, etc. Selon la Cour, le montant ne saurait être déduit du texte constitutionnel⁸⁰, mais la Cour se réserve un droit de censure au cas où le montant serait « manifestement insuffisant »⁸¹. En l'espèce, la Cour a déclaré l'inconstitutionnalité partielle de la réforme eu égard à la méthode de calcul utilisée. Celle-ci se doit de respecter de stricts critères de transparence, de flexibilité (l'adaptation aux évolutions du prix de la vie) et d'objectivité (cela n'exclut pas d'avoir recours à des statistiques, mais le calcul se doit de prendre en compte la diversité des cas d'espèce). Or, en l'espèce, la méthode retenue ne prenait pas suffisamment en compte les besoins spécifiques des enfants et l'existence de besoins permanents extraordinaires.

Tout récemment, le 18 juillet 2012, la Cour s'est appuyée sur sa jurisprudence *Hartz IV* pour censurer les dispositions centrales de la loi du 30 juin 1993 (*Asylbewerberleistungsgesetz*) qui, par dérogation au système commun de l'aide sociale, et avec l'objectif évident de limiter l'immigration, déterminait les prestations fournies par l'Etat aux demandeurs d'asile et à diverses autres catégories d'étrangers dont les étrangers irréguliers⁸². La Cour a confirmé à cette

occasion que ce droit fondamental à mener une existence digne d'un être humain était un « *Menschenrecht* », un droit de l'homme, dont tous les êtres humains se trouvant sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne (y inclus donc les étrangers, et même les étrangers sans titre de séjour) sont titulaires⁸³. En outre, et surtout, elle a estimé que le montant des aides versées à ce groupe particulièrement fragilisé et dépendant de l'Etat (ces étrangers, le plus souvent, n'ont pas le droit de travailler ou n'ont pas de travail) était « manifestement insuffisant », n'ayant fait l'objet d'aucune mise à niveau depuis...1993. Ainsi, l'écart, délibérément recherché en 1993, entre ce régime dérogatoire et le système général de l'aide sociale minimale destinée aux nationaux et aux ressortissants de l'UE n'a cessé de se creuser, au point d'atteindre en janvier 2012 une différence de plus de 35 %⁸⁴.

En cette affaire, la Cour constitutionnelle allemande a rendu une décision qui, à coup sûr, au point de vue national et international, mérite le qualificatif de « grande décision ». Sur un sujet aussi sensible et ingrat (défendre les droits des étrangers n'est pas, à l'heure actuelle, un discours socialement très porteur, ni en Allemagne, ni ailleurs), les juges de Karlsruhe ont tenu un discours particulièrement ferme et solide, sur le plan à la fois normatif (celui des principes) et factuel (celui du savoir de ce qui se passe, effectivement, sur le terrain⁸⁵). Elle réfute, sur le pan de la norme constitutionnelle, toute dilution de l'exigence de la dignité humaine au nom des objectifs de la politique migratoire. Sur un ton sentencieux qui se veut être à la hauteur du style lapidaire et en même temps incisif de l'art. 1^{er} al. 1^{er} L.F., elle énonce : « La dignité de l'être humain garantie par l'art. 1 al. 1^{er} L.F. ne saurait être relativisée en fonction de la politique migratoire »⁸⁶. Sensible à l'europeanisation et la globalisation du droit, la Cour cite aussi le droit de l'UE (la directive 2003/9/CE sur les standards minimaux en matière d'accueil des demandeurs d'asile) et divers traités (art. 9 et 15 du Pacte des NU de 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels, la Convention sur les droits des enfants du 20 avril 1992) afin de conforter sa lecture exigeante de la Loi fondamentale⁸⁷. Elle rejette tout faux-fuyant (certains acteurs politiques ont espéré éviter la censure en arguant d'une future modification de la loi) et discours hypocrite (d'aucuns ont argué que le montant alloué aux étrangers était bien supérieur au revenu général dans leurs pays d'origine : or le minimum vital s'apprécie en fonction du prix de la vie en Allemagne ; les étrangers n'ont point besoin d'autant de relations sociales ; leurs besoins sont moindres puisqu'ils ne sont que « de passage », affirmation contredite par les enquêtes sociologiques sur la durée de séjour des étrangers visés). Elle réfute la méthode utilisée par le législateur en 1993 afin d'évaluer les besoins existentiels des étrangers : à l'époque, le parlement s'était contenté d'une

⁷⁵ Voir la formulation désormais canonique dans *BVerfGE* 125, 175, *Hartz IV* (9.2.2010), § 133.

⁷⁶ *BVerfGE* 82, 60, 85 ; 87, 153, 169.

⁷⁷ *BVerfGE* 125, 175.

⁷⁸ *Ibid.*, § 134.

⁷⁹ Le terme de « *Teilhaberecht* », très en vogue dans les années 1970, n'est plus utilisé par la Cour.

⁸⁰ § 138.

⁸¹ § 141.

⁸² *BVerfG*, 1 BvL 10/10 du 18.7.2012, disponible sur le site internet de la Cour.

⁸³ *Ibid.*, § 89.

⁸⁴ *Ibid.*, § 56, § 108 et s.

⁸⁵ La Cour mobilise ainsi diverses études statistiques et sociologiques afin de déconstruire certains mythes relatifs à ces étrangers.

⁸⁶ *Ibid.*, § 121 (« *Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren* »).

⁸⁷ *Ibid.*, § 94.

évaluation schématique et forfaitaire, sans aucune investigation empirique. L'objectif, transparent, des acteurs politiques était, comme le relève la Cour, de décourager tout migrant potentiel. Au final, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la loi au vu des critères de transparence, de flexibilité et d'objectivité définis dans sa décision *Hartz IV*. Elle oblige le parlement à revoir la loi dans les meilleurs délais (une date-limite n'est pas fixée), en indiquant que le législateur ne pourrait opérer une différenciation entre divers groupes sociaux qu'à condition de prouver que les besoins existentiels minimums de ces groupes soient différents. Or, en attendant cette réforme parlementaire dont l'échéance reste assez aléatoire, et au vu de l'importance des enjeux existentiels en cause, la Cour décide, à titre transitoire (§ 124 ss), une revalorisation des aides destinées aux demandeurs d'asile et autres étrangers, en leur appliquant les règles de calcul prévues dans le régime commun d'aide sociale⁸⁸. Dernière facette illustrant la fermeté de la position de la Cour : la revalorisation décidée par la Cour est applicable rétroactivement, à partir de la date du 1^{er} janvier 2011. Selon les juges de Karlsruhe, la rétroactivité se justifie par le fait qu'à partir de la décision *Hartz IV* du 9 janvier 2010, les élus politiques auraient dû se rendre compte de la nécessité d'une réforme de la loi.

⁸⁸ *Ibid.*, § 123 et s.