



Trivium

Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales - Deutsch-französische Zeitschrift für Geistes- und Sozialwissenschaften

30 | 2019

La constitution au tournant des XXe et XXIe siècles

L'arrêt *Lüth* – 50 ans après

Helmuth Schulze-Fielitz

Traducteur : Olivier Joop



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/trivium/6764>

DOI : 10.4000/trivium.6764

ISSN : 1963-1820

Éditeur

Les éditions de la Maison des sciences de l'Homme

Référence électronique

Helmuth Schulze-Fielitz, « L'arrêt *Lüth* – 50 ans après », *Trivium* [En ligne], 30 | 2019, mis en ligne le 18 décembre 2019, consulté le 08 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/trivium/6764> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/trivium.6764>

Ce document a été généré automatiquement le 8 septembre 2020.



Les contenus de la revue *Trivium* sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

L'arrêt *Lüth* – 50 ans après

Helmuth Schulze-Fielitz

Traduction : Olivier Joop

NOTE DE L'ÉDITEUR

Nous remercions M. Helmuth Schulze-Fielitz de nous avoir accordé l'autorisation de traduire ce texte pour le présent numéro.

Wir danken Herrn Helmuth Schulze-Fielitz für die freundliche Genehmigung, diesen Artikel in französischer Übersetzung zu publizieren.

- 1 Même 50 ans plus tard, l'arrêt Lüth, rendu par la Cour constitutionnelle fédérale le 15 janvier 1958, n'a rien perdu de son actualité. Il confère durablement à la liberté d'expression un rang primordial pour le débat public démocratique et marque le point de départ du développement d'une dogmatique des droits fondamentaux spécifiquement allemande, à l'origine d'un renforcement des compétences et de la puissance particulières de la Cour constitutionnelle fédérale. Les raisons qui expliquent l'approche particulière de résolution de conflits entre droits suivie dans l'arrêt Lüth ne laissent pas présager un abandon de cette jurisprudence, abandon qui ne serait d'ailleurs ni souhaitable ni réaliste.

I. Le cas *Lüth* et les strates des problèmes soulevés

1. Les faits de l'espèce

- 2 Erich Lüth était un haut fonctionnaire hambourgeois et chef de l'office de presse de cette ville-État. En 1950, il s'opposa publiquement aux activités du metteur en scène Veit Harlan, qui avait tourné en 1943 le film de propagande antisémite « *Jud Süß* », et exhorta à plusieurs reprises le grand public à boycotter le nouveau film de Veit Harlan, « *Unsterbliche Geliebte* ». La société cinématographique qui avait produit ce film porta plainte devant les tribunaux civils, en invoquant le § 826¹ du Code civil allemand,

directement contre Lüth et exigea que ce dernier s'abstînt d'appeler au boycottage, un appel qu'elle considérait comme contraire aux « bonnes mœurs ». La plainte fut couronnée de succès devant le tribunal régional de Hambourg, et Erich Lüth forma ensuite un recours constitutionnel contre cette décision, au motif que celle-ci violait sa liberté d'expression (garantie par l'article 5, alinéa 1^{er}, 1^{re} phrase de la Loi fondamentale – LF), un recours constitutionnel couronné de succès devant la Cour constitutionnelle fédérale.

2. Les dimensions du problème

- 3 Pratiquement tout juriste allemand a déjà entendu parler de l'arrêt *Lüth* de la Cour constitutionnelle fédérale – aucun cours de droit, aucun manuel de droits fondamentaux n'omet d'y faire référence ; lors du cinquantenaire de l'institution de la Cour constitutionnelle fédérale, le conférencier d'honneur souligna que s'il ne devait retenir qu'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale à emporter avec lui sur une île déserte, son choix se porterait sur l'arrêt *Lüth*¹. Quelle est la signification « historique² » de cette décision ? Les effets de ce « *Big Bang*³ » se manifestent dans plusieurs dimensions thématiques, pour lesquelles l'arrêt a posé des jalons en matière de dogmatique des droits fondamentaux, à savoir (*a minima*) : l'étendue de la liberté d'expression et la possibilité d'imposer des limites à l'expression d'opinions (II.), la théorie des droits fondamentaux et leur dimension objective (III.), entraînant des conséquences majeures en ce qui concerne l'importance de la liberté d'expression dans une démocratie, le rôle des droits fondamentaux en droit privé, le renforcement du rôle de la Cour constitutionnelle fédérale et les débats au sein de la doctrine et portant sur les droits fondamentaux (IV.). S'ajoute une dimension relative à la culture constitutionnelle et au contentieux constitutionnel, fortement marquée par le droit en Allemagne qui, si elle devait se trouver relativisée à long terme, ne pourrait l'être qu'en raison des évolutions à l'échelon international (V.).

II. Portée et possibilité de limiter l'expression d'opinions

1. La conception large de la notion « d'opinion exprimée » protégée par la liberté d'expression

- 4 Un appel au boycott peut-il constituer l'expression d'une opinion protégée par les droits fondamentaux ? L'arrêt *Lüth* apporte à cette question une réponse affirmative (à l'opposé des conceptions prévalant alors en droit civil⁴) :

« L'idée que seule l'expression d'une opinion serait protégée par les droits fondamentaux, mais non les effets voulus ou produits à l'égard de tiers, doit être rejetée. Le sens de l'expression d'une *opinion* est justement de “produire un effet intellectuel sur son environnement”, “d'avoir pour effet la formation d'opinions et de vouloir convaincre dans la société” (Häntzschel, HdbDStR II, p. 655) ... La protection offerte par le droit fondamental s'étend en premier lieu à l'opinion personnelle exprimée au moyen d'un jugement de valeur formulé, opinion par laquelle le locuteur entend exercer une influence sur les tiers. Une distinction entre expression (protégée) d'une opinion et effets (non protégés) de cette opinion serait dénuée de sens⁵. »

- 5 L'arrêt donne une interprétation large à la notion d'expression d'une opinion et par conséquent également au domaine protégé par la disposition de l'article 5, alinéa 1^{er}, 1^{re} phrase LF – confirmant en même temps une tendance jurisprudentielle (désormais établie depuis plusieurs décennies) consistant à interpréter généreusement le champ d'application tombant sous la protection des droits fondamentaux (ce que le Cour avait précédemment déjà fait dans son arrêt *Elfes*⁶) –, ce qui a pour conséquence que toute restriction apportée à un droit fondamental (que ce soit par le législateur ou lors de l'application concrète d'une loi) doit être susceptible, d'une part, d'être justifiée eu égard aux exigences constitutionnelles et, d'autre part, de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. L'arrêt *Lüth* parvient déjà explicitement à une telle conclusion :

« L'expression d'une opinion telle qu'elle vient d'être entendue est, en tant que telle, c'est-à-dire dans sa portée purement intellectuelle, libre ; toutefois, si par l'expression de cette opinion, il est porté atteinte au droit d'un tiers protégé par la loi, et dont la protection mérite de prévaloir sur la liberté d'expression, l'atteinte en question n'est pas justifiée du simple fait qu'elle est commise au moyen de l'expression d'une opinion. Il est alors nécessaire de "mettre en balance les droits" en présence : la liberté d'expression doit s'effacer si des intérêts d'une autre personne dignes de protection possèdent une valeur supérieure et se trouveraient violés en cas d'exercice de la liberté d'expression. La question de savoir si de tels intérêts devant prévaloir sont concrètement en jeu doit trouver une réponse en prenant en considération tous les éléments constitutifs du cas concret à trancher⁷. »

- 6 Les cas impliquant des droits fondamentaux supposent donc de mettre ceux-ci en balance les uns par rapport aux autres, ce qui conduit à un certain degré d'imprévisibilité, due aux éléments particuliers des dits cas, lors de l'application concrète du droit. Parmi les problèmes qui s'ensuivent figure celui de déterminer concrètement les limites des « effets » – le droit fondamental n'est en tout cas pas protégé lorsque son exercice est accompagné de l'exercice actif d'un pouvoir (par exemple, un appel au boycott qui ne se bornerait pas à des arguments intellectuels, mais tenterait de s'imposer par des moyens de puissance économique, ou encore un recours à la violence)⁸. Il n'est alors guère étonnant que certains auteurs aient prôné une acception plus étroite de la portée des droits fondamentaux, permettant notamment d'éviter de procéder à cette opération de mise en balance. Ces voix viennent peut-être de trouver récemment un écho, bien que marginal, jusqu'au sein même de la Cour constitutionnelle fédérale⁹. La jurisprudence relative à la liberté d'expression¹⁰ n'en a toutefois pas encore été affectée ; une limitation du domaine protégé par l'article 5, alinéa 1^{er}, 1^{re} phrase, LF et qui laisserait un « *Lüth* contemporain » sans protection constitutionnelle n'est pas sérieusement débattue.

2. La « généralité » des lois restreignant la liberté d'expression

- 7 L'arrêt *Lüth* apporte à ce jour une réponse de principe à la question de savoir ce qu'il convient d'entendre par le terme de « lois générales » figurant à l'article 5, alinéa 2, LF et imposant des limites aux libertés de communication visées à l'alinéa 1^{er} de l'article 5 LF. Ces lois sont toutes les lois

« qui "n'interdisent pas une opinion en tant que telle, qui ne sont pas dirigées contre l'expression d'une opinion en tant que telle", mais qui "ont pour souci de protéger un droit subjectif en soi digne de protection, indépendamment de l'expression d'une opinion particulière", en d'autres termes qui visent à protéger une valeur commune primant sur l'exercice de la liberté d'expression¹¹ ».

- 8 Cette formulation – elle-même sujette à interprétation – combine deux propositions issues de la science juridique de l'époque de la République de Weimar, *a priori* contradictoires et se distinguant – tout comme ce fut déjà le cas lors de la définition du domaine protégé par les droits fondamentaux – du point de vue de leur clarté et leur accommodation avec le fait de devoir opérer des mises en balance. Selon la théorie du « droit spécial » ([*Sonderrechtslehre*] – formulée pour la première fois par Kurt Häntzschel), une loi n'est pas générale – et donc illicite – lorsqu'elle est dirigée contre une opinion particulière ; en revanche, selon le point de vue remontant à Rudolf Smend, les lois générales protègent des droits qui sont matériellement supérieurs (au sens de l'intérêt général formulé à l'âge des Lumières), parce qu'ils relèvent de l'intérêt indispensable pour la vie commune en société¹². La combinaison évoquée précédemment constitue une formule qui a permis à la Cour constitutionnelle, et à sa jurisprudence ultérieure, d'une part de souligner régulièrement l'objectif d'exclure qu'il y ait des lois spéciales contre le processus de formation des opinions¹³ et d'autre part de partir du principe de la priorité des droits et des intérêts protégés par les lois pénales et civiles¹⁴ et de faire en définitive des limites particulières prévues à l'article 5, alinéa 2, LF un élément examiné dans le cadre du contrôle classique du respect du principe de proportionnalité, sans que ne soit survenu à ce jour un conflit insoluble entre ces deux aspects. La démarche de la Cour ferme ainsi la voie aux possibilités de contournement qui s'ouvriraient si la jurisprudence ne se fondait que sur la théorie du « droit spécial », auquel cas le législateur pourrait, au moyen de la poursuite ciblée d'objectifs en soi justifiables, interdire en apparence involontairement certaines opinions particulières. La difficulté est toutefois que, pour des cas comme le droit manifestement spécial prévu par le § 130, alinéas 3 et 4, du Code pénal allemand et incriminant la négation de la Shoah ou encore l'interdiction d'utiliser les symboles du national-socialisme (§§ 86 et 86a du Code pénal), la théorie du « droit spécial » n'est guère applicable si elle n'est pas complétée par des exceptions et raisonnements auxiliaires¹⁵ ; un problème supplémentaire est que les autres limites à la liberté d'expression explicitement citées de manière autonome à l'article 5, alinéa 2, LF – concrètement, il s'agit des dispositions légales pour la protection de la jeunesse et celle de l'honneur personnel – constituent également des « lois générales » et sont donc incluses dans cette limitation possible de la liberté d'expression.

3. La mise en balance concrète – entre interprétation conforme à la Constitution et examen du respect du principe de proportionnalité

- 9 Tant en raison de l'étendue du domaine protégé qu'en raison de la mise en balance des droits mise en œuvre lors de l'examen du caractère proportionné de restrictions apportées par des lois générales, la technique consistant à mettre en balance les intérêts en présence est centrale pour la résolution de cas impliquant la liberté d'expression. Selon la formulation employée dans l'arrêt *Lüth*, il serait erroné de considérer

« que la définition de la portée matérielle de ce droit fondamental soit précisément laissée à la loi ordinaire (et inéluctablement aussi à la jurisprudence des tribunaux chargés d'interpréter la loi), qui pourrait relativiser ce droit de quelque manière que ce soit. Au contraire, le principe devant s'appliquer également ici est que les lois générales restreignant ce droit fondamental doivent elles-mêmes être examinées à la lumière de la signification de ce droit fondamental et interprétées

d'une manière telle que soient préservées en tous les cas les valeurs particulières qu'il protège et qui, dans une démocratie libérale, doivent aboutir à une présomption de principe en faveur de la liberté d'expression dans tous les domaines, et en particulier dans celui de la vie publique. La relation réciproque qui existe entre ce droit fondamental et la 'loi générale' ne peut alors être interprétée dans un sens qui considérerait que les 'lois générales' puissent unilatéralement limiter la portée de ce droit ; il s'agit au contraire d'une interaction en ce sens qu'aux termes de la Loi fondamentale, ce sont certes les 'lois générales' qui peuvent apporter des restrictions à ce droit fondamental, mais que ces lois doivent elles-mêmes être interprétées sur le fond du choix de valeurs opéré par ce droit fondamental dans le cadre de l'État libéral et démocratique, ce qui a pour conséquence que ces lois doivent à leur tour être limitées dans leurs effets restreignant le droit fondamental¹⁶. »

- 10 Cette pondération méthodologiquement délicate à opérer et dépendant en apparence du « contenu d'une valeur » a initialement été disqualifiée sous le nom de « théorie de la balançoire » (*Schaukeltheorie*), mais, sur le fond, elle correspond toujours à la ligne jurisprudentielle suivie jusqu'à ce jour. Toutefois, il apparaît aujourd'hui plus nettement qu'il y a 50 ans que la Cour combine ici deux figures de dogmatique qui, dans leur principe, sont désormais largement reconnus : le principe de l'interprétation conforme à la Constitution des lois ordinaires (ici en ce qui concerne l'article 5, alinéa 1^{er}, 1^{re} phrase, LF) et le principe de proportionnalité exigeant que toute restriction apportée à un droit fondamental soit proportionnée ; que ce principe vaut également pour le législateur a été explicité par la Cour constitutionnelle fédérale quelques mois après l'arrêt *Lüth*, dans l'arrêt relatif à la liberté professionnelle des pharmaciens (*Apotheken-Urteil*), dans laquelle elle a développé la théorie dite des « trois degrés » (*Drei-Stufen-Theorie*) d'intensité d'une ingérence dans un droit fondamental¹⁷.
- 11 Si l'on reformule ainsi le processus de mise en balance, il est aisément possible de comprendre, non seulement la puissance du modèle de la mise en balance et le caractère adéquat de ce modèle pour la résolution de conflits entre une liberté fondamentale et d'autres droits fondamentaux ou droits protégés par la Constitution, dans des cas autres que ceux relatifs à la liberté d'exprimer une opinion, mais également le fait que ce modèle a, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, été généralisé pour toutes les libertés de communication protégées par l'article 5, alinéa 1^{er}, LF (et, au-delà, pour tous les conflits impliquant des libertés fondamentales). Il s'ensuit cependant un autre problème, consistant à maîtriser de manière rationnelle, pour chaque domaine concerné, ces processus de mise en balance, par exemple dans celui de la conciliation entre la liberté d'expression et la protection de l'honneur personnel¹⁸. La riche jurisprudence établie lors de nombreux cas et les contributions doctrinales correspondantes¹⁹ montrent non seulement qu'il est difficile de délimiter la dimension et l'importance des intérêts politiques et économiques susceptibles d'entrer en conflit avec un droit fondamental, mais également qu'il est, en définitive, quasiment impossible de trouver une formule permettant d'apaiser de tels conflits. En dernier lieu, il convient de mentionner un effet supplémentaire et important en qui concerne le traitement de cas dans le quotidien de l'enseignement universitaire en Allemagne : lorsqu'un étudiant doit traiter un cas relatif à une possible atteinte au droit fondamental protégé par l'article 5, alinéa 1^{er}, LF, il doit, en raison de cette construction dogmatique, procéder à un examen en deux temps pour déterminer s'il y a eu ou non une atteinte injustifiée à ce droit : d'abord, sur le plan du contenu de

la loi elle-même, puis au niveau de l'application concrète de cette loi dans un cas donné²⁰.

III. Les droits fondamentaux en tant qu'éléments objectifs d'un « ordre de valeurs »

- 12 Les développements de la Cour sur les particularités de la disposition de l'article 5 LF ont été encore plus fondamentaux que les effets engendrés par les hypothèses générales de la théorie des droits fondamentaux qui sous-tendent l'arrêt *Lüth* et, depuis, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative aux droits fondamentaux. La formule classique employée par la Cour est la suivante :

« Sans aucun doute, l'objectif premier des droits fondamentaux est de protéger la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique ; ce sont des garanties du citoyen contre l'État. (...) Il est cependant tout aussi vrai que la Loi fondamentale, qui n'entend pas être un ordre juridique axiologiquement neutre (...), a également créé, dans sa partie consacrée aux droits fondamentaux, un ordre objectif de valeurs, et que c'est précisément par l'établissement de cet ordre de valeurs que se manifeste le renforcement de principe de l'autorité des droits fondamentaux. (...) Cet ordre de valeurs, centré sur la personnalité et la dignité humaines, qui s'épanouissent au sein de la société, doit être considéré comme une décision de principe que la Constitution impose à toutes les branches du droit ; le législateur, l'administration et la justice en reçoivent des directives et des encouragements à agir dans un certain sens²¹. »

- 13 Cette jurisprudence exprime la reconnaissance systématique de la dimension objective des droits fondamentaux, qui s'imposent de surcroît à *toutes* les branches du droit. Les termes (que l'on pourrait soupçonner d'être porteurs d'idéologie) d'« ordre de valeurs²² » ou de « système de valeurs » reflètent plutôt l'esprit de l'époque. Ils permettaient de faire écho aux efforts (que la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas repris) que les meilleurs juristes des premières années de la République fédérale fournirent pour tenter de surmonter leur échec collectif durant la période avant 1945, en ayant surtout recours, d'une part, à l'éthique de valeurs philosophique formulée par exemple par Max Scheler et Nicolai Hartmann et, d'autre part, à l'idée du droit naturel (catholique). Ces juristes associaient les causes de cet échec au « relativisme à l'égard des valeurs » sous la République de Weimar, un relativisme qui aurait été confirmé par le droit inique de l'époque nazie²³. En parallèle, cette démarche permettait également de conférer un fondement positif au nouvel ordre juridique des droits fondamentaux en tant que « système de valeurs et d'exigences²⁴ », y compris dans le but de rétablir la réputation morale de l'Allemagne dans le monde²⁵.

14

- 15 Au-delà de cette terminologie ambivalente, que la Cour a d'ailleurs par la suite de moins en moins employée²⁶, la question de fond tient à la teneur des garanties offertes par les droits fondamentaux, en tant qu'« éléments d'un ordre objectif²⁷ », destinés à compléter la dimension première de ces droits en tant que garanties contre l'État sous la forme de droits du citoyen opposables à l'État et exigeant de ce dernier qu'il cesse ou qu'il s'abstienne de certaines mesures²⁸. La dimension objective est censée simplement renforcer la dimension subjective des droits fondamentaux²⁹. Mais, dans la jurisprudence comme dans la doctrine, elle a acquis une importance propre, et non plus uniquement une valeur de complément (ce qui a donné une actualité nouvelle à des

conceptions oubliées des droits fondamentaux). Cette affirmation centrale de l'arrêt *Lüth* fit immédiatement l'objet de critiques, dans le prolongement de querelles de l'époque de Weimar sur des méthodes et des principes : ces critiques percevaient là une « transformation de la loi constitutionnelle » et de sa technicité comme de sa précision – autant de qualités formelles de l'État de droit – au profit d'une dé-formalisation de l'État de droit et d'un raisonnement fondé sur une hiérarchie de valeurs, dans une démarche comparable à la « méthode des sciences humaines »³⁰. Cette critique ne s'est cependant pas imposée, car elle se fonde sur une conception de la Constitution réduite à un ordre étatique formel³¹ n'acceptant pas la force nouvelle de la Loi fondamentale de 1949, conçue comme ordre fondamental de l'État et de la société. – L'importance primordiale, pour la pratique du droit, des prémisses tirées des droits fondamentaux et établies par cette jurisprudence, peut être aisément explicitée au travers des conclusions de théorie du droit tirées déjà dans l'arrêt *Lüth* lui-même, ainsi que dans la jurisprudence des cinquante années qui se sont écoulées depuis.

IV. Conséquences pratiques de la dimension objective des droits fondamentaux

1. La pondération de la liberté d'expression

- 16 Dès lors que les droits fondamentaux sont l'expression de jugements de valeur objectifs, dont la portée et les effets doivent être pris en considération de manière appropriée lors de la mise en balance, se pose la question de l'importance qui doit leur revenir dans chaque cas. Concernant l'article 5 LF, l'arrêt *Lüth* souligne jusqu'à ce jour l'importance tout simplement fondamentale de la liberté d'expression :

« Le droit fondamental de la liberté d'expression, en tant que manifestation la plus directe de la personnalité de l'homme dans la société, est un des droits les plus nobles qui soit (*“un des droits les plus précieux de l'homme”* [en français dans le texte, ndlr], selon l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). Pour un ordre démocratique et libéral, ce droit est tout simplement constitutif, car il rend possibles les débats intellectuels et la lutte des opinions, élément vital pour un tel ordre (Recueil BVerfGE 5, 85 [205]. Il constitue, d'une certaine manière, le fondement pour toutes les autres libertés, *“the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom”* (Cardozo)³². »

- 17 Dès lors que le droit subjectif d'exprimer une opinion, quel que soit le contenu de celle-ci, politique ou non, est considéré objectivement comme « tout simplement constitutif » pour la démocratie, les contributions aux débats d'idées seront revêtues d'une importance plus élevée, étant donné que

« le contenu de ce droit fondamental en tant que porteur d'une liberté fondamentale (...) doit être pris en considération en particulier lorsque ce droit n'est pas utilisé dans le cadre de débats dans un cercle privé, mais dans la sphère publique et que le locuteur veut contribuer à la formation de l'opinion publique (...). La protection d'un droit subjectif privé peut et doit s'effacer d'autant plus fortement que les propos tenus ne sont pas dirigés directement contre ce droit subjectif dans un cadre privé, notamment celui de la vie économique, et ne poursuivent pas un objectif égoïste, mais sont au contraire destinés à apporter une contribution, par une personne pour laquelle il est légitime de s'exprimer, dans le cadre d'un débat d'idées portant sur une question essentielle intéressant le grand public ; dans un tel cas, il convient de présumer qu'il est justifié de faire prévaloir la liberté de parole³³. »

- 18 Contrairement à ce qu'affirment certains critiques³⁴, cette présomption n'aboutit pas tant à accorder un « privilège » à l'expression d'une opinion politique, qu'à reconnaître l'effet particulier d'un propos politique en ce qu'il rend possible la participation au débat démocratique³⁵. Cette appréciation, rendue possible par la dimension objective de la liberté d'expression, assure jusqu'à aujourd'hui l'importance particulière, voire la primauté, de la liberté d'expression, et elle a été étendue à la liberté des médias de masse et à la liberté d'expression artistique. Ce faisant, elle conduit à une dogmatique de plus en plus fine pour tracer les limites des droits en cause dans le cadre d'une mise en balance, notamment dans le domaine de la protection de l'honneur de tiers³⁶ ou de la protection de la sphère privée de personnalités célèbres³⁷.

2. L'effet horizontal « indirect » des droits fondamentaux en droit privé

- 19 Si l'on considère que les droits fondamentaux constituent un droit objectif qui, en tant que droit constitutionnel, s'impose à toutes les branches de l'ordre juridique, alors le principe qui doit s'appliquer également au droit privé est le suivant : les droits fondamentaux sont susceptibles de déployer des effets (également) à l'égard de rapports de droits privés, autrement dit, d'avoir un effet « horizontal » entre les citoyens. L'attitude de la Cour constitutionnelle fédérale reprend une solution de compromis proposée par Günter Dürig et considère que les droits fondamentaux déploient un effet « indirect » à l'égard des tiers, qui s'ajoute à leur rôle de garanties contre les actions de l'État :

« Le contenu normatif des droits fondamentaux en tant que normes objectives se déploie également dans le droit privé, à travers les dispositions directement applicables dans cette branche du droit. (...) Un litige entre personnes privées portant sur les droits et les obligations que ces personnes tiennent en vertu de ces dispositions du droit civil, et sur lesquelles les droits fondamentaux exercent une influence, demeure, sur le fond comme en ce qui concerne la procédure, un litige de droit privé. Le droit qui y est interprété et appliqué est le droit civil, même si l'interprétation de ce dernier doit se conformer au droit public de la Constitution. (...) La jurisprudence peut traduire cette influence des droits fondamentaux notamment lors de l'interprétation de dispositions contenant des "clauses générales", telles celles contenues dans le § 826 du Code civil. Pareilles dispositions emploient en effet, pour l'appréciation d'une action, des notions indéterminées tirées d'un domaine extra-civil, voire extra-juridique, ce qui est ici le cas de la notion de "bonnes mœurs". Or, pour déterminer ce que ces règles sociales exigent dans un cas particulier, il faut avant tout s'appuyer sur l'ensemble des valeurs que le peuple a, à un moment donné de son évolution intellectuelle et culturelle, atteintes et consignées dans sa Constitution. Pour cette raison, et à juste titre, les principes généraux ont été qualifiés de "brèches" par lesquelles les droits fondamentaux s'immiscent dans le droit civil³⁸. »

- 20 La terminologie employée (« effet à l'égard des tiers », « effet horizontal ») ou encore les nuances des débats doctrinaux de l'époque portant sur les effets directs ou indirects des droits fondamentaux ne sont plus si significatifs aujourd'hui. En revanche, la proposition selon laquelle des exigences déduites des droits fondamentaux, en tant que droits individuels de l'homme, sont susceptibles de marquer de leur empreinte primordiale l'ordre juridique adopté par le législateur – que cette influence s'exerce au moyen d'une interprétation et d'une application conformes à la Constitution des lois ou à travers un effet de rayonnement revêtant également les dispositions régissant les

relations de droit privé³⁹ – déploie encore et toujours un effet particulièrement durable. La primauté constitutionnelle est ainsi globale, la portée de l'article 1^{er}, alinéa 3, LF, renforçant encore l'importance de la Loi fondamentale. Parmi les problèmes qui s'ensuivent et qui n'ont à ce jour pas encore été résolus, deux peuvent être cités. Tout d'abord, l'interprétation des dispositions consacrant les droits fondamentaux – dispositions prenant la forme de principes généraux et rédigées au moyen d'énoncés très abstraits – permet-elle encore de déduire de ces dispositions tout ce que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale en déduit ? L'ordre juridique régissant le droit privé, formé au fil des siècles et la doctrine civiliste conservant la mémoire des raisonnements sur la justice, peut-il être chapeauté (les critiques diront « abîmé⁴⁰ ») par l'interprétation de la Loi fondamentale ?

3. Primauté et renforcement du rôle de la Cour constitutionnelle fédérale

- 21 La dimension objective des droits fondamentaux tend à accroître l'importance de la Constitution, mais aussi de la Cour constitutionnelle fédérale en tant qu'institution. Pour reprendre les termes de l'arrêt *Lüth* :
- « La Cour constitutionnelle fédérale (...) doit (...) disposer des outils juridiques (...) permettant d'assurer vis-à-vis de tous les organes de la puissance publique, y compris les tribunaux civils, l'efficacité de la valeur spécifique, pour la démocratie libérale, qui se manifeste à travers ce droit fondamental⁴¹. »
- 22 Les larges compétences de la Cour constitutionnelle fédérale en matière de contentieux constitutionnel, notamment celle de trancher des recours constitutionnels dirigés contre les décisions de justice de tous les ordres de juridiction, permettent à la Cour, au fil des cas concrets qui lui sont soumis, d'imprégner de ses interprétations de la Constitution la totalité de l'ordre juridique. Cette situation aboutit à une « constitutionnalisation » de l'ordre juridique formé par les lois ordinaires⁴². Il en découle un problème non résolu jusqu'à ce jour (et vraisemblablement impossible à résoudre), résidant dans la manière dont il serait possible de distinguer clairement entre une violation du « droit constitutionnel spécifique » – qu'il appartient à la seule Cour constitutionnelle fédérale de juger – et une violation du droit « ordinaire » – relevant de la compétence des juridictions non constitutionnelles. Pour le juriste devant appliquer le droit, la concentration sur le cas individuel et la prise en compte de toutes les circonstances essentielles de ce dernier⁴³ ne constituent justement pas une solution pour disposer de critères prévisibles et faciles à manier ; ce constat est également valable pour ladite « formule de Heck » (*Heck'sche Formel*), selon laquelle une mauvaise interprétation de la loi ordinaire n'est contraire à la Constitution que si « elle repose sur une interprétation dans son principe erronée de la signification d'un droit fondamental, en particulier de l'étendue du domaine protégé par ce droit, et qu'elle présente une certaine importance dans son impact matériel sur le cas concret »⁴⁴. Dans les faits, la situation est dominée par une « réserve de compétence de la Cour constitutionnelle », réserve souvent critiquée et qui fait apparaître la Cour constitutionnelle fédérale comme l'une des juridictions les plus puissantes dans le monde⁴⁵.

4. Prolongements dans les débats doctrinaux relatifs aux droits fondamentaux

- 23 Les débats doctrinaux de théorie des droits fondamentaux qui ont suivi depuis cinq décennies et portant sur les dimensions objectives des droits fondamentaux – souvent, ces débats sont la réponse au développement décomplexé de ces dimensions par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale – ont conduit à un niveau théorique, comportant de fines ramifications dogmatiques, qui n'a guère d'équivalent dans le monde et dont même les juristes spécialisés ont du mal à garder une vue d'ensemble. Dans le cadre de la présente contribution, ces débats ne peuvent être qu'esquissés. De manière schématique, il est possible de distinguer trois lignes de débats, portant respectivement sur l'étendue, la maîtrise et les limites de la mise en balance (a), sur la redécouverte (et la différenciation), la systématisation et la critique des dimensions objectives des droits fondamentaux (b), puis, récemment, sur une nouvelle formulation du contenu objectif des droits fondamentaux par la jurisprudence, traduisant une tendance à insister à nouveau plus fortement sur la dimension des droits fondamentaux en tant que garanties contre l'action de l'État, dimension qui constitue le noyau dur des droits de l'homme (c).
- 24 (a) La conception élargie, sur le plan du principe, du domaine protégé par les droits fondamentaux (y compris en dehors de l'article 5, alinéa 1^{er}, 1^{re} phrase, LF) et le fait que toute ingérence dans un droit fondamental (par le juge ou le législateur) doit être appréciée à l'aune du principe de proportionnalité conduisent à ce que pratiquement chaque cas impliquant un droit fondamental contient un problème de mise en balance. Pour certains, pour lesquels la force du droit (constitutionnel) réside dans sa capacité à proposer des solutions les plus claires possibles et formellement univoques de résolution des conflits, la mise en balance est intolérable – d'autant plus que cette dernière recourt à la notion de « valeurs » cachées derrière les droits fondamentaux. Ces auteurs cherchent à réduire autant que possible le recours à une mise en balance, justement parce que celle-ci entraîne une perte de précision lors de l'application du droit⁴⁶. Cette position, en règle générale, ne conduit cependant qu'à différer les problèmes de mise en balance : lorsque des droits entrent en conflit, une mise en balance devient inévitable⁴⁷. Face à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, la doctrine dominante a choisi de tenter de s'accommoder du caractère inévitable des mises en balance, en formulant des préférences quant à la question de savoir quelle appréciation doit l'emporter lors de l'examen d'un conflit de droits et d'intérêts. Les expressions consacrées dite de la « concordance pratique » (Konrad Hesse⁴⁸) et de « l'équilibre le plus doux pour les deux parties » (Peter Lerche⁴⁹) esquissent encore plus une mission, dont la description, la systématisation et la formulation les plus plausibles jusqu'à ce jour émanent de la plume de Robert Alexy⁵⁰ – sans qu'il ne soit toutefois en mesure de contourner le problème de la dépendance d'une décision concrète des circonstances particulières du cas à trancher, ni même de proposer un guide pratique utilisable qui permettrait de rendre prévisibles les décisions suite à une mise en balance, y compris et en particulier dans des cas litigieux. Dans ce contexte, il est nécessaire de procéder à des concrétisations plus spécifiques et par domaine⁵¹.
- 25 (b) La deuxième ligne de débat porte sur une plus forte différenciation de la dimension objective des droits fondamentaux⁵². L'aspect commun dans ces débats réside dans le

constat que, dans le cadre d'un État providence (*sozialer Leistungsstaat*), la liberté individuelle n'est pas assurée au seul moyen de la protection contre des ingérences de la part de l'État ; elle ne peut, le plus souvent, l'être qu'au moyen de prestations étatiques. L'État n'est plus l'ennemi de la liberté ; il se transforme en soutien et garant de celle-ci. Ces dimensions se déclinent, au-delà de l'effet de rayonnement des droits fondamentaux sur le droit privé susmentionné (« effet indirect »), dans une conception des droits fondamentaux comme relevant d'un ordre institutionnel⁵³, organisationnel ou processuel⁵⁴, en tant que dimension ouvrant la jouissance de prestations (qu'elles soient directes ou « dérivées », c'est-à-dire exigeant préalablement une action de la part de l'État)⁵⁵, ou encore sous la forme d'obligations de protection objectives s'imposant au législateur et exigeant qu'il protège l'individu contre les ingérences de la part de tiers (privés) dans sa vie privée⁵⁶ ; dans un sens large, toutes les dimensions citées, ainsi que d'autres dimensions⁵⁷ renvoient à des manifestations de l'obligation objective de l'État de protéger les citoyens⁵⁸.

- 26 La redécouverte de ces dimensions s'accompagne souvent de demandes plus fortes et controversées à l'endroit du législateur, lequel est supposé mettre en œuvre les exigences tirées des droits fondamentaux. À cette tendance se rattache une seconde critique – toujours aussi virulente –, qui voit dans la compétence ultime de la Cour constitutionnelle fédérale un glissement, impliquant le « passage d'un État parlementaire législatif à un État des juges constitutionnels⁵⁹ ». Toutefois, la voie inverse, consistant à vouloir réduire l'influence de la Constitution⁶⁰, mettrait en danger la force normative de cette dernière, en tant que fondement de l'État *et* de la société – dès lors, il est préférable que la Cour constitutionnelle fédérale et la doctrine constitutionnelle soulignent dans chaque cas les limites concrètes de la fonction de la justice constitutionnelle.
- 27 (c) « L'esprit du temps » contemporain en matière de conception des droits fondamentaux se tourne cependant à nouveau plus fortement vers la dimension défensive de ces droits, en tant que garanties contre l'État. Les préoccupations découlant de la dimension objective sont ici certes reconnues, mais elles sont également largement reformulées, insistant tout à la fois sur la liberté du législateur et sur la dimension subjective et défensive des droits⁶¹. Si cette approche intègre les obligations de protection pesant sur l'État, elle considère superflues les autres dimensions objectives⁶². Le cas *Lüth* pourrait alors aisément être également interprété comme un cas dans lequel une atteinte à un droit fondamental a été censurée⁶³, à travers la restriction de la liberté d'expression fondée sur l'interdiction d'appeler au boycott que le tribunal régional de Hambourg avait cru pouvoir déduire de la disposition du § 826 du Code civil. Une telle évolution n'a cependant pas eu de répercussions manifestes dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale – sans doute parce que la jurisprudence est peu impactée par de telles reformulations dogmatiques.

V. Une mutation de la jurisprudence *Lüth* ?

1. L'arrêt *Lüth* comme symbole de l'évolution constitutionnelle de l'Allemagne fédérale

28 Outre son influence sur les propositions dogmatiques de résolution de conflits, l'arrêt *Lüth* et les conceptions qu'il véhicule peuvent également être considérés – dans la perspective d'un observateur extérieur – comme un symbole de l'évolution constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne en un demi-siècle ; c'est cet arrêt qui marque la « naissance » de la République fédérale⁶⁴. Au départ, le cas *Lüth* symbolise ce qui ne fait plus partie du quotidien du juriste contemporain : le traitement du passé nazi et la construction d'un État libéral, la République fédérale. La moitié des premiers juges de la Cour constitutionnelle fédérale avait émigré durant la période nazie et, forts de leur expérience personnelle dans les États constitutionnels occidentaux, ces juges pouvaient tracer un nouveau cadre d'appréciation, mettant l'accent sur le rôle particulier de la liberté d'expression. L'arrêt *Lüth* a déclenché une « révolution douce⁶⁵ », conduisant à élargir nettement la possibilité de protester et d'exprimer des critiques en public, confiant ainsi l'autorité de trancher entre différentes opinions concurrentes, non plus au juge, mais au processus de formation de l'opinion publique. En même temps, la primauté revendiquée par la Constitution et l'importance des compétences de la Cour constitutionnelle fédérale ont conduit à l'échec de toutes les tentatives de la Cour fédérale de justice et de ses hauts-magistrats – dont certains avaient fait carrière sous le régime national-socialiste – de s'ériger en interprètes premiers de la Loi fondamentale⁶⁶. Dans la pratique, c'est la dimension objective des droits fondamentaux qui a élargi la compétence de contrôle exercée par la Cour constitutionnelle fédérale et fait de celle-ci la juridiction « suprême » par rapport aux juridictions « ordinaires ». En outre, la « juridicisation », souvent critiquée, de la culture politique allemande, autrement dit le fait que la solution à des conflits politiques est souvent recherchée au moyen d'une procédure judiciaire impliquant également la Cour constitutionnelle fédérale, peut être considérée comme l'un des effets du « paternalisme des juges constitutionnels⁶⁷ » ; dans le contexte du lourd héritage du passé politique de l'Allemagne, ce paternalisme juridictionnel peut être interprété comme l'équivalent allemand, du point de vue de la fonction qu'il exerce, de la confiance, mûrie au fil de siècles de tradition démocratique, dont jouissent dans les autres pays les procédures politiques et les institutions qui les mettent en œuvre (la « culture politique »). Par la suite, dans les décennies ultérieures de la République fédérale, la densité du développement des diverses directives imposées au législateur, en vertu de la dimension objective des droits fondamentaux dégagée dans l'arrêt *Lüth* et confirmée par la jurisprudence ultérieure, a suscité des voix critiques croissantes, s'inquiétant du devenir de la démocratie vers un « État des juges⁶⁸ ». Il n'empêche que la jurisprudence *Lüth* reflète toujours la position dominante au sein de la doctrine comme de la jurisprudence.

2. Vers une relativisation de la jurisprudence *Lüth* ?

29 Certes, cette jurisprudence n'est pas à l'abri du changement. Un tel changement ne revêtira toutefois vraisemblablement pas la forme d'une transformation de cette jurisprudence en un simple « fait historique⁶⁹ », mais s'effectuera dans le cadre et dans

le maintien de la doctrine des dimensions objectives des droits fondamentaux : le socle des acquis majeurs de cinquante ans de doctrine allemande sur les droits fondamentaux paraît toujours robuste, ne serait-ce que parce que la Cour constitutionnelle fédérale ne saurait elle-même se priver des outils puissants dont elle dispose (et si jamais elle devait le faire, ce serait alors de manière ciblée, dans un cas concret, et non de manière générale). La critique la plus récente adressée à la jurisprudence *Lüth* est que, du point de vue de la doctrine juridique, elle constituerait une « exception allemande⁷⁰ » ou du moins une approche particulièrement développée en Allemagne. Elle rencontrerait certes un certain écho, du point de vue de la constitution formelle et sous l'influence de la Loi fondamentale et de la Cour constitutionnelle fédérale, dans les États constitutionnels issus d'un régime de type fasciste, comme la Grèce, l'Espagne ou le Portugal, mais elle ne produirait toutefois pas d'effet durable dans les autres États membres de l'Union européenne⁷¹. Un argument contre cette idée relève que cette dimension objective des droits fondamentaux comme ordre de valeurs reflète précisément la reprise, dans l'arrêt *Lüth*, de raisonnements internationaux sur les droits de l'homme⁷², ainsi que l'hypothèse selon laquelle il pourrait exister des évolutions équivalentes dans les autres pays, témoignant des mêmes problèmes liés à la constitutionnalisation du droit⁷³. Dans le cadre d'une harmonisation à long terme des ordres juridiques en Europe, il se pourrait que l'importance doctrinale des dimensions objectives des droits fondamentaux se trouve changée. Pour l'heure, cependant, il est probable que l'influence venant de l'extérieur se limitera à des aspects ciblés (des ajustements) ne concernant que quelques domaines particuliers de la jurisprudence concrète, comme par exemple la question de la protection de la vie privée de célébrités contre les paparazzi⁷⁴. Dans la pratique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle fédérale, il peut également apparaître judicieux que celle-ci, en réponse à la culture démocratique allemande qui s'est enracinée dans la République fédérale depuis 1949, fasse preuve de retenue, dans un cas concret, s'agissant du degré de détail du raisonnement juridique. Cela dit, toutes ces évolutions futures possibles doivent se fonder sur le raisonnement de la jurisprudence *Lüth*, et non en se détournant d'elle : « l'unité dans la diversité » en Europe permet très certainement la coexistence de différentes formes de dogmatiques des droits fondamentaux dans les traditions jurisprudentielles des États membres.

BIBLIOGRAPHIE

Alexy, R. (1985) : *Theorie der Grundrechte*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp.

Alexy, R. (2002) : « Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit », in : *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 61, p. 7-33.

Baldus, M. (2005) : « Frühe Machtkämpfe. Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts », in : Henne, T. / Riedlinger, A. (éd.) : *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, p. 237-248.

- Böckenförde, E.-W. (1990) : « Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik », in : *Der Staat*, 29 (1), p. 1-31.
- Böckenförde, E.-W. (1991) : *Recht, Staat, Freiheit*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp.
- Bull, H. P. (2001) : « Freiheit und Grenzen des politischen Meinungskampfes », in : Badura, P. / Dreier, H. (éd.) : *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 163-191.
- Casper, G. (2002) : « Die Karlsruher Republik », in : *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 35 (5), p. 214-218.
- Cremer, W. (2003) : *Freiheitsgrundrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck (= Jus Publicum, 104).
- Cruz Villalón, P. (2007) : « Vergleich », in : Bogdandy, A. v. / Cruz Villalón, P. / Huber, P. M. (éd.) : *Ius Publicum Europaeum*, t. I, Heidelberg, C. F. Müller, p. 729-778.
- Denninger, E. (2000) : « Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung », in : Isensee, J. / Kirchhof, P. (éd.) : *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII, 2^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, p. 291-320.
- Diederichsen, U. (1997) : « Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz », in : *JURA*, 19 (2), p. 57-63.
- Dreier, H. (1993) : *Dimensionen der Grundrechte*, Hanovre, Hennies & Zinkeisen.
- Dreier, H. (2004) : « Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG », in : Dreier, H. (éd.) : *Grundgesetz – Kommentar*, t. 1, 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, p. 39-138.
- Dürig, G. (1956) : « Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde », in : *Archiv des öffentlichen Rechts*, 81 (2), p. 117-156.
- ForsthoFF, E. (1959) : « Die Umbildung des Verfassungsgesetzes », in : Barlon, H. (éd.) : *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 35-62.
- Goerlich, H. (1973) : *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden, Nomos.
- Grimm, D. (1995) : « Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in : *Neue Juristische Wochenschrift*, 48 (27), p. 1697-1704.
- Häberle, P. (1972) : « Grundrechte im Leistungsstaat », in : *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30, p. 43-141.
- Häberle, P. (1983) : *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3^e éd., Heidelberg, C. F. Müller.
- Habermas, J. (1997) : *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard (= Nrf Essais).
- Henne, T. (2005) : « “Von 0 auf ‘Lüth’ in 6 ½ Jahren”. Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzentscheidung », in : Henne, T. / Riedlinger, A. (éd.) : *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, p. 197-224.
- Hesse, K. (1999) : *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^e éd., Heidelberg, C. F. Müller.
- Hochhuth, M. (2007) : *Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck (= Jus Publicum, 153).
- Hoffmann-Riem, W. (2003) : « Nachvollziehende Grundrechtskontrolle », in : *Archiv des öffentlichen Rechts*, 128 (1), p. 173-225.

- Hoffmann-Riem, W. (2004) : « Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch: Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik », in : *Der Staat*, 43 (2), p. 203-233.
- Hofmann, H. (2003) : « Vom Wesen der Verfassung », in : *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 51, p. 1-20.
- Hollerbach, A. (1960) : « Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung », in : *Archiv des öffentlichen Rechts*, 85 (3), p. 241-269.
- Huster, S. (1996) : « Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht », in : *Neue Juristische Wochenschrift*, 49 (8), p. 487-490.
- Isensee, J. (1997) : « Grundrecht auf Ehre », in : Ziemske, B. (éd.) : *Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, p. 5-48.
- Jarass, H. D. (2001) : « Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbesondere Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung », in : Badura, P. / Dreier, H. (éd.) : *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 35-53.
- Jestaedt, M. (2001) : « Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen – Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung », in : Rill, B. (éd.) : *Grundrechte – Grundpflichten: eine untrennbare Verbindung*, Munich, Akademie für Politik und Zeitgeschehen (= Argumente und Materialien zum Zeitgeschehen, 27), p. 67-80.
- Jestaedt, M. (2007) : « Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen », in : Depenheuer, O. (éd.) : *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, C. F. Müller, p. 253-276.
- Kahl, W. (2004) : « Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik », in : *Der Staat*, 43 (2), p. 167-202.
- Knies, W. (1997) : « Auf dem Weg in den "verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat"? », in : Burmeister, J. (éd.) : *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, p. 1155-1182.
- Kübler, F. (2000) : « Lüth: eine sanfte Revolution (BVerfGE 7, 198 ff.) », in : *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung*, 83 (3/4), p. 313-322.
- Lerche, P. (1999 [1961]) : *Übermaß und Verfassungsrecht*, 2^e éd., Cologne, Goldbach Keip Verlag.
- Lübbe-Wolff, G. (1988) : *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos.
- Maihofer, W. (éd.) (1962) : *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Möllers, C. (2005) : « Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG », in : *Neue Juristische Wochenschrift*, 58 (28), p. 1973-1978.
- Müller, G. (2007) : « Schutzwirkung der Grundrechte », in : Merten, D. / Papier, H.-J. (éd.) : *Handbuch der Grundrechte*, t. 7 (2), Heidelberg, C. F. Müller, p. 59-78.
- Murswiek, D. (2000) : « Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte », in : Isensee, J. / Kirchhof, P. (éd.) : *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII, 2^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, p. 243-290.
- Nipperdey, H. C. (1958) : « Boykott und freie Meinungsäußerung », in : *Deutsches Verwaltungsblatt*, 73, p. 445-452.

- Pietzcker, J. (1990) : « Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff », in : *Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, p. 345-366.
- Poscher, R. (2003) : *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck (= Jus Publicum, 98).
- Rensmann, T. (2007) : *Wertordnung und Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck (= Jus Publicum, 156).
- Roellecke, G. (2000) : « 75 Jahre Grundgesetz », in : *Rechtshistorisches Journal*, 19, p. 632-636.
- Ruffert, M. (2001) : *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck (= Jus Publicum, 74).
- Rühl, U. F. H. (1998) : *Tatsachen – Interpretationen – Wertungen*, Baden-Baden, Nomos.
- Schmitt Glaeser, W. (1996) : « Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot », in : *Neue Juristische Wochenschrift*, 49 (14), p. 873-878.
- Schulze-Fielitz, H. (1994) : « Anmerkung », in : *Juristenzeitung*, 49 (18), p. 902-905.
- Schulze-Fielitz, H. (2004) : « Artikel 5 I, II – Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit », in : Dreier, H. (éd.) : *Grundgesetz – Kommentar*, t. 1, 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, p. 610-750.
- Schuppert, G. F. / Bumke, C. (2000) : *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos (= Forum Rechtswissenschaft, 29).
- Schwabe, J. (1977) : *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, autoédition.
- Staff, I. (2005) : « Das Lüth-Urteil. Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie », in : Henne, T. / Riedlinger, A. (éd.) : *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, p. 315-326.
- Stern, K. / Sachs, M. (1988) : *Staatsrecht III*, t. 1, Munich, C. H. Beck.
- Volkman, U. (2005) : « Veränderungen der Grundrechtsdogmatik », in : *Juristenzeitung*, 60 (6), p. 261-270.
- Wahl, R. (2004) : « Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich », in : Merten, D. / Papier, H.-J. (éd.) : *Handbuch der Grundrechte*, t. 1, Heidelberg, C. F. Müller, p. 745-782.

NOTES

☒. « Quiconque cause un préjudice à autrui par un comportement contraire aux bonnes mœurs est obligé de réparer le préjudice causé ». La qualification de préjudice causé par une atteinte aux bonnes mœurs pour les appels au boycott était une interprétation courante en droit civil (ndt).

1. Casper (2002), p. 215.
2. Böckenförde (1991), p. 87 ; dans le même sens, Wahl (2004), § 19, n^{os} 2 sqq.
3. Alexy (2002), p. 9 ; Knies (1997), p. 1174.
4. BGHZ (3), p. 270 sqq. ; Nipperdey (1958), p. 445 sqq.
5. Recueil BVerfGE 7, 198 (210), cf. Revue NJW 1958, p. 257.
6. Recueil BVerfGE 6, 32 (36 sqq.), cf. Revue NJW 1957, p. 297 ; arrêt relatif à l'article 2, alinéa 1^{er} LF.
7. Recueil BVerfGE 7, 198 (210 sq.).
8. Recueil BVerfGE 25, 256 (265), cf. Revue NJW 1969, p. 1161 – *Blinkfüer* ; BVerfGE 62, 230 (245), cf. Revue NJW 1983, p. 1181 – *appel au boycott* ; références supplémentaires citées par Schulze-Fielitz (2004), n^o 73.

9. Pour l'état des débats, cf. Kahl (2004) et Hoffmann-Riem (2004) ; Möllers (2005), p. 1973 sqq. ; Volkman (2005), p. 261 sqq.
10. Il en va cependant différemment dans un cas (pour l'instant isolé) jugé par une section de la Cour constitutionnelle et qui concernait la liberté d'expression *artistique* du « tagueur de Zurich », cf. Cour constitutionnelle fédérale (section), in : Revue NJW 1984, p. 1293.
11. Recueil BVerfGE 7, 198 (209 sq.).
12. Pour une analyse plus détaillée, cf. Schulze-Fielitz (2004), n° 137 sqq.
13. Recueil BVerfGE 71, 206 (214), cf. Revue NJW 1987, p. 431 – *publication d'un acte de mise en accusation* ; BVerfGE 95, 220 (236), cf. Revue JZ 1998, p. 300 – *obligation d'enregistrement*.
14. Pour une décision récente, et employant une formulation légèrement modifiée depuis longtemps, Recueil BVerfGE 113, 63 (78 sq.), cf. Revue NJW 2005, p. 2912 – *journal Junge Freiheit*.
15. Recueil BVerfGE 90, 241 (251), cf. Revue NJW 1994, p. 1779 – *négarion de la Shoah* ; cette négation est considérée indépendamment du contexte dans lequel elle est proférée et serait à apprécier, comme une allégation factuelle objectivement fautive, qui ne relève pas du domaine protégé par l'article 5, alinéa 1^{er}, LF et ne peut donc faire l'objet d'une mise en balance ; appréciation critique de cette jurisprudence par Huster (1996), p. 487 sqq. ; cf. également Schulze-Fielitz (1994), p. 902 sqq.
16. Recueil BVerfGE 7, 198 (208 sq.).
17. Recueil BVerfGE 7, 377 (404 sqq.), cf. Revue NJW 1958, p. 1035.
18. Pour un aperçu de cette ligne jurisprudentielle vue par un juge constitutionnel, cf. Hoffmann-Riem (2003), p. 190 sqq. et 201 sqq. ; Grimm (1995), p. 1697 sqq.
19. Références supplémentaires citées par Schulze-Fielitz (2004), n^{os} 67 sqq., 124 sqq., 161 sqq. et 277 sqq.
20. Cf. p. ex. Rühl (1998), entre autres p. 52.
21. Recueil BVerfGE 7, 198 (204 sq.) ; analyse détaillée par Rensmann (2007), p. 96 sqq.
22. Appréciation critique par Goerlich (1973), p. 135 sqq. et 140 sqq. ; Habermas (1997), p. 276 sqq.
23. Un aperçu clair au sujet des débats de l'époque se trouve chez Maihofer (1962) ; appréciation critique de la pensée axée sur les valeurs par Böckenförde (1991), p. 71 sqq. et 81 sqq.
24. Cf. notamment Dürig (1956), p. 119 sqq.
25. Rensmann (2007), p. 84 sqq.
26. Wahl (2004), § 19, n° 9 ; Dreier (2004), introduction au n° 94.
27. Hesse (1999), n^{os} 279 sqq. et 290 sqq.
28. Bon aperçu chez Dreier (2004), introduction aux n^{os} 84 sqq. ; développements détaillés chez Stern /Sachs (1988), p. 671 sqq.
29. Dans le même sens, Recueil BVerfGE 50, 290 (337), cf. Revue NJW 1979, p. 699 – *participation des salariés*.
30. ForsthoFF (1959) ; contre cette critique, cf. Hollerbach (1960) ; bon aperçu chez Rühl (1998), p. 53 sqq. ; Dreier (1993), p. 13 sqq.
31. Analyse plus détaillée par Dreier (1993), p. 53 sqq.
32. Recueil BVerfGE 7, 198 (208).
33. Recueil BVerfGE 7, 198 (212).
34. Isensee (1997), p. 36 sqq. ; Schmitt Glaeser (1996), p. 874 sqq. ; pour une contribution récente, cf. Hochhuth (2007), p. 65 sqq.
35. Bon aperçu chez Bull (2001), p. 163 sqq., appréciation critique, *ibid.*, p. 179 sqq.
36. Cf. p. ex. Recueil BVerfGE 93, 266 (289 sqq.), Revue NJW 1995, p. 3303 – « *Les soldats sont des assassins* » (*Soldaten sind Mörder*).
37. Cf. p. ex. Recueil BVerfGE 97, 125 (144 sqq.), Revue NJW 1998, p. 1381 – *Caroline de Monaco II*.
38. Recueil BVerfGE 7, 198 (205 sq.).
39. Analyse détaillée par Ruffert (2001), p. 61 sqq.
40. Diederichsen (1997), p. 60 sqq.

41. Recueil BVerfGE 7, 198 (209).
42. Hofmann (2003), p. 12 sqq. ; Schuppert / Bumke (2000).
43. Recueil BVerfGE 7, 198 (212).
44. Recueil BVerfGE 18, 85 (92 sq.), cf. Revue NJW 1964, p. 1715 – *droit constitutionnel spécifique*.
45. Pour l'une des premières appréciations, cf. Lerche (1999 [1961]), p. 150 : « Urteilsvorbehalt » ; pour une analyse détaillée récente, cf. Hochhuth (2007), p. 46 sqq.
46. Au sujet de cette critique, cf. Böckenförde (1990), entre autres p. 9, 13 et 20.
47. Rühl (1998), p. 372 sqq. et 387 sqq.
48. Hesse (1999), n° 72.
49. Lerche (1999 [1961]), p. 153.
50. Alexy (1985) ; appréciation critique récente par Jestaedt (2007).
51. Par exemple en cas de conflit entre la liberté d'expression et la protection de l'honneur, cf. les références citées, note 18.
52. Bon aperçu chez Dreier (2004), introduction au n° 94 ; Dreier (1993), p. 41 sqq. ; Jarass (2001), p. 39 sqq.
53. Häberle (1983), p. 70 sqq.
54. Recueil BVerfGE 53, 30 (65), cf. Revue NJW 1980, p. 759 – *Mühlheim-Kärlich* ; Häberle (1972), p. 86 sqq. ; Denninger (2000), § 113.
55. Recueil BVerfGE 33, 303 (331 sqq.) – *numerus clausus I* ; Häberle (1972), p. 80 sqq. et 90 sqq. ; Murswiek (2000), § 112.
56. Recueil BVerfGE 39, 1 (36 sqq. et 42 sqq.) – *interruption de grossesse I* ; Ruffert (2001), p. 141 sqq. et 201 sqq.
57. Häberle (1983), p. 369 sqq.
58. Cf. Recueil BVerfGE 92, 26 (46), cf. Revue NJW 1995, p. 2339 – *Registre maritime* ; Rensmann (2007), p. 200.
59. Böckenförde (1990), p. 25 ; appréciation critique par Dreier (1993), p. 60 sqq.
60. Cf. Böckenförde (1990), p. 30 sq.
61. Cremer (2003), p. 66 sqq. et 74 sqq. ; Poscher (2003), p. 153 sqq., 315 sqq. et 387 sqq. ; Lübbecke-Wolff (1988), p. 25 sqq. ; pour l'une des premières affirmations en ce sens, cf. Schwabe (1977), p. 11 sqq.
62. Cremer (2003), p. 191 sqq.
63. P.ex. Dreier (2004), introduction au n° 99 ; Pietzcker (1990), p. 353 sq. et 359.
64. En ce sens, cf. Roellecke (2000), p. 633.
65. En ce sens, cf. Kübler (2000), p. 313 sqq.
66. Cf. Henne (2005), p. 204 sq., 218 sq. et Baldus (2005), p. 243 sqq.
67. Wahl (2004), n° 27.
68. Staff (2005) ; pour des références supplémentaires, cf. note 59.
69. Pourtant, dans tel sens, cf. Henne / Riedlinger (2005), p. 1 sqq. ; Jestaedt (2001), p. 77 sqq. ; ainsi que déjà Isensee (1997), p. 28 sq.
70. Wahl (2004), n° 53 ; cf. toutefois, en ce qui concerne la Suisse, *ibid.*, n° 32 sqq., ainsi que Müller (2007), n° 1 sqq.
71. À cet égard, cf. les développements détaillés chez Wahl (2004), n° 31 sqq. et 39 sqq.
72. Rensmann (2007), p. 68 sqq. et 266 sqq.
73. Cf. Cruz Villalón (2007), n° 50, 85 sq. et 96 sq.
74. Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, cf. Revue NJW 2004, p. 2647 sqq. – *Caroline de Hanovre*.

INDEX

Schlüsselwörter : Bundesverfassungsgericht, Meinungsfreiheit, Grundrechte, Konstitutionalisierung

Mots-clés : Cour constitutionnelle fédérale, liberté d'expression, droits fondamentaux, constitutionnalisation

AUTEURS

HELMUTH SCHULZE-FIELITZ

Helmuth Schulze-Fielitz est professeur émérite à l'Université de Würzburg. Pour plus d'informations voir la notice suivante.