

Au sujet de l'état de nos valeurs constitutionnelles Une considération en temps de régime exécutif conditionné par la pandémie Marcus Andries

n l'année 2019, l'année du jubilé de notre *Grundgesetz* [Loi fondamentale], la conscience du droit de base des Allemands fut Ecnjurée dans de vastes portions du complexe politico-médiatique. Ainsi le président de la Fédération, Frank-Walter Steinmeier proclama-t-il, lors de son discours du 22 mai 2019 : « Notre Loi fondamentale — le livre favori des Allemands — doit précisément s'affirmer lorsqu'on en arrive au plus fort de la discussion. Or dans une telle phase, aurions-nous suffisamment de « patriotes constitutionnels » ? Je pense que oui. »¹ Qu'effectivement depuis un an on en soit arrivé « au plus fort » de la discussion et encore même largement plus loin, cela crève les yeux. De « patriotes constitutionnels », à vrai dire jusqu'à présent — en dehors de ce qu'on appelle les *Hygiene-Demos* [Les manifestations du mouvement anti-confinement, *ndt*], pour autant qu'elles sont autorisées par les autorités locales — sont manifestement peu ou guère publiquement perceptibles. Dans une contribution, à l'invitation de la *Süddeutschen Zeitung* du 22 mai 2020, un an, jour pour jour, après le discours sur la conscience, Steinmeier écrivit, peut être en guise d'encouragement : « La critique n'est pas réservée à des moments libérés du covid-19. » Pour celui qui peut lui faire chorus, tout comme justement à son exigence que « nous avons besoin d'un débat vivant et controversé, d'une forte opposition parlementaire et d'une opinion publique critique »².

Toutefois, ni un débat vivant, pas plus que controversé, ni une forte opposition, voire même une opinion publique critique, ne sont remarquables depuis lors en Allemagne. Mais quand bien même, dans les circonstances d'un ordonnancement juridique parallèle décrété³, si Steinmeier est d'avis que nous sommes une « démocratie vivante dans laquelle le Parlement contrôle les mesures du gouvernement et de l'administration »⁴, alors notre président fédéral se méprend, puisqu'au printemps de l'année passée, le Parlement s'est résigné lui-même à « l'auto-confinement politique total [*politischen Selbst-lockdown*] »⁵ et n'exerce plus aucune fonction de contrôle digne d'être signalée depuis.⁶ L'opposition également ne joue principalement plus aucun rôle. Steinmeier termine sa contribution par ces mots remplis d'espoir : « Construisons [...] sur nos valeurs fondamentales et la promesse que nous donne notre *Grundgesetz* : une vie dans la dignité et la liberté »⁷. Or ce qui reste de cela dix mois plus tard, c'est ce qu'indique l'axiome dégrisant de Steinmeier : « La crise est l'heure de l'exécutif »⁸, qui représente le fond de son propos dans son interview du 6 février 2021. Dans un bilan intermédiaire, il en vient à estimer de manière critique qu'en Allemagne « une atmosphère a pris naissance qui considère les droits fondamentaux comme du ballast et un danger en temps de crise »⁹.

Depuis l'entrée en vigueur de notre *Grundgesetz* [Rappel : depuis 1949, le 8 mai, pour la RFA et le 3 octobre 1990 pour le pays tout entier, *ndt*] nous vivons en Allemagne sous le règne du droit et certes, c'est la ligne de *punch*, d'un état de droit démocratiquement né. Plus jamais l'exécutif — comme les Alliés occidentaux ainsi que les pères fondateurs de notre *Grundgesetz* en tirèrent peut-être la plus importante conclusion, des expériences funestes du troisième Reich ne devrait désormais gouverner d'une manière seigneuriale, au-dessus du peuple [*Volk*], ni être capable de lui garantir de manière paternaliste ou bien même de lui soustraire sa *Grundgesetz*. C'est précisément à cela que notre Constitution ne se prête pas, car, selon Hanno Kube, professeur de droit public : « le paternalisme d'état est catégoriquement étranger à la *Grundgesetz* »¹⁰. Mais une situation de mise en tutelle, décrite de la sorte, s'est instaurée ces derniers mois depuis que le Parlement s'est pratiquement mis lui-même hors-circuit et que la ronde des *Bund-Länder* — se constituant de la Chancellerie et des ministres-présidents des *Länder* — laquelle n'est absolument pas prévue du tout à l'instar d'un organe, dans notre Constitution, qui nous « ouvre » ou nous « ferme » nos droits fondamentaux, à nous citoyens, sans débats publics ni votes.

Actes de gestion de masse au lieu des lois

Parler d'un « putsch » de la part de l'exécutif, cela irait un peu loin il est vrai, étant donné que le « rabougrissement coronaïque »¹¹ du Parlement » a été décidé par lui-même. [sans consultation de ses électeurs, cela revient effectivement à leur faire un « bras d'honneur » en raison de la représentation nationale à laquelle il prétend, *ndt*]. Pourtant au sens strict à cette époque, le peuple n'était plus souverain, comme le prévoit la *Grundgesetz* (Art. 20, 2 GG), puisque que ses représentants s'étaient mis hors-jeu d'eux-mêmes. Les ordonnances juridiques que les *Länder* ont décrétées — sur la base de leur propre loi de protection contre l'infection — dominent beaucoup plus et autorisent « exceptions » et « divergences » aux lois parlementaires désignées comme générales »¹². Les spécialistes parlent ici d'une « vaste dé-parlementarisation du travail législatif »¹³ et renvoient aux singularités qui méritent réflexion des ordonnancements juridiques : ceux-ci ne reconnaissent plus aucune exigence de justification, mais interviennent

1 www.bundespraesident.de/ScharedDocs/Reden/DE/Frank-Walter-Steinmeier/Reden/2019/05/190522-Matinee-OV-GG.html

2 www.sueddeutsche.de/politik/Steinmeier-corona-pandemie-grundrechte-grundgesetz-verfassung-1.4914807

3 Heribert Prantl : *Not und Gebot. Grundrechte in quarantäne [État d'urgence et décret. Droits fondamentaux en quarantaine]* Munich 2021. Cela signifie que dans l'état d'urgence actuel, « des décrets peuvent être promulgués par l'ordonnancement juridique exécutif, qui déroge aux lois en vigueur. » (*ebenda*).

4 Voir la note 2.

5 Heribert Prantl : *Not und Gebot*. p.9.

6 Tout au début de la pandémie coronaïque, en mars 2020, le *Bundestag*, par la constatation d'une « situation épidémique de portée nationale » avait donné au gouvernement et en particulier, au ministre de la santé [qui se retrouve de fait placé en situation de « gestion de la pandémie », *ndt*] une vaste liberté d'action.

7 Voir la note 2.

8 www.bundespraesident.de/ScharedDocs/Reden/DE/Frank-Walter-Steinmeier/Interviews/2021/210206-Interview-Rheinische-Post.html

9 Heribert Prantl : *Not und Gebot*. p.7.

10 <https://verfassungsblog.de/leben-in-wuerde-wuerde-des-lebens> [vivre-en-dignité-dignité de la vie, *ndt*]

11 Heribert Prantl : *Not und Gebot*. p.13.

12 Hans Michael Heinig et al. : *Why Constitution matters — Verfassungsrechtswissenschaft in Zeitender Corona-Krise [Pourquoi la Constitution importe — Science du droit constitutionnel en temps de crise coronaïque]*, dans *Juristen Zeitung* 18, du 18 septembre 2020, p.867.

13 À l'endroit cité précédemment, p.869.

« directement dans les droits des destinataires et ne nécessitent plus aucunes « étapes administratives intermédiaires¹⁴ ». Les spécialistes constatèrent qu'il n'y eut pas un seul débat au *Bundestag* au sujet des atteintes matérielles juridiques portées aux [contenus des, *ndt*] droits fondamentaux, durant ces derniers mois.¹⁵ Ils en tirent un bilan qui donne à réfléchir : « Les restrictions décrétées en vue de lutter contre la pandémie se présentent sous la forme d'actes de gestions des masses dépourvus de fondements pratiques entraînant d'immenses atteintes [aux droits, *ndt*] dont le seul et unique contexte matériel est représenté par les conférences de presse lors desquelles elles ont été publiquement présentées de manière lapidaire. »¹⁶ Même Hans-Jürgen Papier, le président antérieur du Tribunal constitutionnel fédéral, donne déjà à réfléchir dès l'automne 2020 en déclarant : « La clause restrictive du *Bundestag* a [...] été négligée sur la durée de plusieurs mois. »¹⁷ Fondamentalement, Oliver Lepsius, professeur de droit public et de théorie constitutionnelle, critique le « déclin des catégories du penser en droits fondamentaux dans la pandémie coronaique. »¹⁸

La grande majorité du monde politique, mais aussi des acteurs sociétaux, s'est donc adaptée aux impératifs prétendument sans alternatives de la pandémie, plus ou moins sans résistance. À la place des résolutions parlementaires qui prennent naissance à partir des débats publics, c'est une bureaucratie de la santé qui est apparue paralysant tout le pays, non seulement extérieurement, mais plus encore — et cela peut-être de manière pire encore — aussi intérieurement. Avec la « troisième loi pour la protection de la population en situation de pandémie, de portée nationale (votée au *Bundestag* le 18 novembre 2020) la situation s'est en vérité quelque peu améliorée, car : « le législateur entend un examen attentif en l'occurrence des mesures requises pour lutter contre une pandémie de portée nationale et des droits fondamentaux protégés et en fixe avec cela les résolutions essentielles. »¹⁹ Avec cela, la réserve du Parlement a connu de ce fait une prise en compte essentielle.

« Corona » est devenue la nouvelle ennemie extérieure et intérieure de la Nation — comme jusque-là la terreur islamique — qui est censée non seulement de souder la Nation mais encore de justifier toute victime par la violation du droit de liberté et du citoyen. Ce nouvel ennemi a déjà conduit avant tout à un considérable renversement de valeur de notre Constitution. À partir d'une « solidarité » contrainte par l'état, eu égard à la sauvegarde de la vie humaine, la population doit se laisser restreindre massivement dans ses droits de liberté jusqu'à présent dans la pandémie. Par les mesures étatiques de protection contre la corona, des atteintes considérables ont été commises jusqu'à présent dans les droits fondamentaux suivants :

1. dans le libre déploiement de la personnalité / droit général à la personnalité / liberté de la personne (Art. 2 Abs. 1 et 2 GG) — diverses limitations comme l'interdiction de contact, la quarantaine.
2. dans la non-perturbation du libre exercice de la religion (Art. 4 Abs. 2 GG) — interdiction du service divin.
3. dans la liberté de réunion et de manifestation (Art. 8 Abs. 1 GG) — Interdiction de réunion et de manifestation.
4. dans le secret postal et la télécommunication (Art. 10 Abs. 1 GG) — des communications écrites d'éventuelles personnes infectées peuvent être lues en vue d'en prendre connaissance.
5. dans la libre circulation / liberté de mouvement (Art. 11 Abs. 1 GG) — confinement à domicile, quarantaine, interdiction de voyager dans le pays et à l'étranger.
6. dans la liberté de l'industrie du commerce et du travail / droit au libre exercice professionnel (Art. 12 Abs. 1 GG) — fermeture d'entreprises, des commerces et hôtelleries.
7. dans le respect de l'inviolabilité du domicile (Art. 13 Abs. 1 GG) — Des médecins officiels peuvent pénétrer le domicile d'une personne suspectée d'être infectée, sans son accord, afin de pouvoir l'examiner. Des policiers peuvent venir contrôler l'exécution des injonctions de confinement au domicile.
8. dans le respect de l'autodétermination informationnelle (Art. 2 Abs. 1 GG) en lien (Art. 1 Abs. 1 GG) — avec l'obligation de test de détection ou le cas échéant, de preuve d'immunité acquise.

Au profit de la valeur de la vie et de l'intangibilité corporelle (Art. 2 Abs. 2 GG) huit autres valeurs constitutionnelles au moins furent donc restreintes ou bien selon la cas partiellement suspendues. Le droit à la vie et à l'intangibilité corporelle est placé dans une mesure si considérable au-dessus des autres droits, qu'il n'apparaît pas exagéré de parler de « terreur de santé ».

Avec les prémisses supérieures de la politique-corona, à savoir la prévoyance étatique totale de la santé, se pose en outre un problème fondamental, sur lequel renvoie Hinnerk Wißmann, professeur pour le droit public : « Une prévoyance, c'est bien — mais avant tout ce n'est jamais fini. C'est pourquoi elle n'est pas non plus du tout, typiquement et précisément, associée avec l'obligation et l'interdiction complète — car l'état de prévoyance n'en aurait jamais fini d'aller au devant de tous les dangers mortels, s'il commençait un jour à le faire. Le droit constitutionnel a jusqu'à présent reproduit ce discernement en requérant effectivement comme base aux régulations de prévoyance et de risque : causalité, imputation et responsabilité [...] Mais au lieu de relever ces exigences, par exemple, en preuve des faits et des raisons pour l'efficacité des mesures, on attend tout au contraire actuellement que le public soit censé se familiariser à une motivation « dans-le-doute-pour-la-sécurité ». Le concept de prévoyance donc inverse la charge de preuve. Or, on devrait être honnête : une liberté qui doit prouver qu'elle est sans danger, se voit abrogée. »²⁰

Le collectivisme s'impose

14 À l'endroit cité précédemment, p.871.

15 À l'endroit cité précédemment, p.870.

16 À l'endroit cité précédemment, p.871.

17 www.nzz.ch/international/hgans-juergen-papier-warnt-vor-aushoelung-der-grundrechte.Id.1582544

18 <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie>

19 <http://dipht.bundestag.de/dip21/btd/19/239/1923944.pdf>

20 <https://verfassungsblog.de/verfassungsbruch-schlimmer-ein-fehler> [« Tout manquement constitutionnel est pire qu'une faute », ceci est de validité universelle. *ndt*]

D'après la logique de prévoyance absolue, laquelle se révèle à l'extrême dans ce qu'on appelle la stratégie du « *No covid* » ou « *zéro covid* » où l'objectif c'est d'atteindre²¹ finalement zéro infection nouvelle, au moyen d'un changement radical de stratégie, l'état devrait donc prendre ensuite — en tant « qu'état-prévention »²² — d'autres mesures coercitives pareillement conséquentes eu égard à tous les autres risques pour la santé, qui accompagnent l'être humain tels que ceux de mort par les accidents automobiles, la consommation abusive d'alcool, les conséquences du tabagisme, etc : il devrait donc généralement interdire la consommation d'alcool et de tabac. Ce genre de mesures drastiques qui n'ont même pas encore été envisagées jusqu'à présent et à l'avenir, pour diverses raisons, elles ne seront jamais envisagées comme objectif de parti politique d'un quelconque parti gouvernemental.

Reste à constater qu'en pandémie, à partir du droit à la santé, la santé à tous prix est donc devenue une obligation à observer. En tant que conseiller du gouvernement fédéral faisant autorité dans les mesures anti-corona, un virologue comme Christian Drosten opère en n'ayant que le virus devant les yeux et non pas la société formant un tout. En tant que conseillers ici font largement défaut des scientifiques de la société tels que sociologues, psychologues de l'enfance et de l'âge adulte, des scientifiques de l'économie, et avant tout des scientifiques du droit d'état et du droit constitutionnel. Avec raison, le juriste Heribert Prantl met en garde contre le fait que notre démocratie dût devenir une « virocratie ». ²³ Et il insiste : « Les droits fondamentaux ne sont pas un genre de confetti pour les temps heureux qui se trouvent « sous réserve de pandémie »²⁴. Papier, l'ex-président du tribunal constitutionnel fédéral, voit exactement cela aussi : « Ce ne peut être que des arguments médicaux-virologiques et statistiques soient seuls pris en compte et non pas aussi ceux qui relèvent du droit constitutionnel. »²⁵

Après plus d'une année de restriction étatique des droits fondamentaux, un bilan intermédiaire critique peut bien en arriver au résultat que la dignité individuelle de chacun ne représente plus désormais la valeur la plus élevée de notre société, mais c'est plutôt la vie du plus grand nombre possible d'êtres humains, à l'occasion de quoi on entend sous le vocable de « vie », non pas une bonne vie en dignité, mais plutôt la survie biologique toute nue. Dans la controverse liberté et dignité de l'individu *versus* sécurité et santé du collectif, s'est imposée la position anti-individualiste et anti-libérale. Carrément de manière clairvoyante, Prantl avait déjà diagnostiqué en Allemagne, en 2014, la présence d'un « droit fondamental de sécurité » effectif, non écrit en tant que « super droit fondamental. »²⁶ Mais de fait, là-dessus les spécialistes renvoient résolument au fait que : « le droit à la vie n'est pas un « super droit » constitutionnel. » Le président du *Bundestag* aussi, Wolfgang Schäuble, a exactement clarifié en toute détermination ce fait en avril 2020, au début de la pandémie : « Lorsque j'ois dire que tout autre chose doit se retirer devant la protection de la vie, alors je dois affirmer que cela n'est pas juste dans cette absoluité. Les droits fondamentaux se restreignent mutuellement. S'il y a principalement une valeur absolue dans notre *Grundgesetz*, c'est celle de la dignité de l'être humain. Laquelle est intangible. »²⁷

Que le maintien de la vie ne justifie pas toutes les atteintes étatiques portées aux droits de liberté, c'est aussi ce sur quoi insista Papier, à l'automne 2020 : « Aussi celui qui veut protéger la santé et la vie de la population, ne doit pas intervenir de manière quelconque dans les droits fondamentaux. »²⁸ Le philosophe Otfried Höffe enfonça récemment le clou, en pointant le même axe d'effort : « La sécurité des êtres humains est un bien élevé. Mais justement ce n'est pas l'atout, le droit névralgique sur tous les autres droits fondamentaux, avant tout, pas sur la liberté. [...] Au lieu de l'axiome « *in dubio pro securita* », que l'on suive donc de préférence un principe qui sécurise la totalité de nos droits fondamentaux : « *indubio pro libertate* »²⁹. À partir de la logique et de la systématique de notre Constitution, il résulte totalement clairement : Le droit à la vie et à l'intangibilité corporelle n'est donc pas automatiquement « plus fort » que tous les autres droits fondamentaux, au contraire, l'état doit constamment les mettre en équilibre en les traitant avec ménagement.³⁰

Dégradé en simple objet

Dans l'esprit de notre ordonnancement juridique fondamental d'état démocratique et libre, il n'est pas conciliable que l'individu — sous quelque forme que ce soit — doive se « sacrifier » au bien de la communauté. Les droits de liberté qui sont ancrés dans notre *Grundgesetz*, furent jusqu'à présent toujours interprétés comme des droits de protection de l'individu à l'encontre des prétentions outrancières de l'état et jamais comme des droits d'un collectif quelconque. Nous sommes redevables aux Lumières de cette compréhension individualiste de la liberté et avant tout, en premier lieu, à des penseurs tels que Voltaire et Immanuel Kant. Cette conception fut aussi partagée jusqu'à présent aussi par le Tribunal constitutionnel fédéral, dont la justification de jugement peut avoir été empruntée à la loi de sécurité aérienne³¹, laquelle fut âprement discutée dans une controverse extrême dans les années 2004 à 2006. L'abattage ordonné préventivement par l'état d'un avion détourné par des terroristes et qui est apparemment censé être utilisé à l'instar d'une arme de destruction, fut classé anticonstitutionnel par le Tribunal constitutionnel fédéral et le

21 Voir : www.focus.de/gesundheits/news/pandemie-bekaempfung-no-covid-vs-zero-covid-strategie-das-steckt-dahinter-und-so-realistisch-sind-sie_id_12911623.html

22 www.deutschlandfunk.de/staatrechtler-zuausgangsbeschaerungen-vollmann-recht.691.de.html?dram:article_id=474458

23 www.handelsblatt.com/arts_und_style/literatur/pandemiebekaeufung-demokratie-darf-nicht-zur-virolokratie-werden-droht-eine-aushoelung-der-grundrechte/26918856.html?ticket=ST-689497-7SGVw7pZgRUnqfS4HgeT-ap

24 Heribert Prantl : *Not und Gebot*. p.15 & p.17.

25 Voir la note 7.

26 Heribert Prantl : *Glanz und Elend der Grundrechte. Zwölf Sterne für das Grundgesetz [Gloire et misère des droits fondamentaux. Douze étoiles pour la Grundgesetz]* Munich 2014, pp.93 et suiv.

27 www.tagesspiegel.de/politik/bundestags-praesident-zur-corona-krise-schaeuble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-allesunterordnen/25770466.html [Le président du *Bundestag*, au sujet de la crise de la corona, ne veut pas tout subordonner à la protection de la vie]

28 Voir la note 17.

29 www.welt.de/kultur/plus225532045/Corona-und-Grundrechte-Im-Zweifel-fuer-die-Freiheit.html

30 <https://freiheitsrechte.org/corona-und-grundrechte/#rechtsform>

31 § 14 Abs 3 *Luftverkehrsgesetz* (*LuftSiG* sous la rédaction valable avant le 15 février 2006) — www.buzer.de/gesetz/4671/a10-27239.htm

paragraphe correspondant comme caduc.³² Dans l'esprit de l'interdit kantique d'instrumentalisation³³, on argumenta qu'avec l'examen attentif utilitariste de la vie de quelques-uns (ceux qui sont dans l'avion) contre la vie de beaucoup d'autres, (par exemple qui habitent au centre d'une ville attaquée par les terroristes) les occupants innocents de l'avion seraient ainsi rendus « simples objets par l'état »³⁴ et les « personnes concernées en tant que sujets avec dignité et droits inaliénables en seraient ainsi méprisées »³⁵. Il fut alors résolument désavoué que « l'individu, dans l'intérêt de la totalité de l'état, en cas de nécessité, [soit] obligé de sacrifier sa vie »³⁶.

Lorsque l'individu est actuellement réduit, sur la base de sa qualité de « propagateur » potentiel et avec cela de « mettre potentiellement en danger », il se voit pareillement dégradé en simple objet. Le tribunal de première instance de Weimar a déjà constaté ceci en janvier de cette année.³⁷ Il en va pareillement de même avec la résolution finale dans le combat mené contre la pandémie par la vaccination propagée : pour autant que celle-ci ne se produit pas pour sa propre protection à partir d'un libre choix et sans pression morale de la part champ sociétal environnant, mais au contraire pour des raisons de « solidarité », parce qu'elle est censée servir l'immunité collective [la langue allemande parle d'ailleurs dans ce cas et cela est très révélateur « d'immunité de troupeau (*Herdenimmunität*) », *ndt*], l'individu est simplement dégradé en simple objet du bien-être général.

Le danger dans le danger

La pandémie a montré comment une politique peut être fabriquée sur la peur. Un peuple dans la peur se laisse déjà toujours plus aisément manipuler et plier pour endurer des mesures impopulaires. La fabrication de la peur est un instrument de domination connu depuis des lustres. Ainsi à l'Ouest, la peur du communisme à l'Est, entretenue des décennies durant, a cédé la place à celle du terrorisme islamique global. Dans la pandémie les citoyens furent « frappés à blanc » — en étant flanqués par l'activité de propagande de tous les médias dominants en Allemagne — par une terreur hygiénique et de santé pour un régime exécutif. Ce n'est pas le Parlement, démocratiquement légitimé, qui a pris les décisions principales dans cette affaire depuis le printemps 2020, lesquelles déterminent sur la vie et la mort, comme le plan de vaccination selon un triage en catégories, ce qui ne va pas sans être extrêmement problématique au plan éthique, mais au contraire le ministre fédéral de la santé, avec son « ordonnance de vaccination contre le corona-virus »³⁸. Progressivement les citoyens s'habituent ainsi à ce que l'état normal soit totalement dans le sens du gouvernement « l'état d'urgence [*sanitaire, ndt*], — ce qui est hautement préoccupant. Celui-ci est prolongé et prolongé à nouveau ... pour finir jusqu'au 3 mars 2021, date à laquelle nous nous trouvons toujours en état d'urgence depuis désormais plus d'un an. La fin est ouverte. Le citoyen mis en tutelle, qui pense de manière critique et passait jusque-là pour vertueux, et qui se trouvait renvoyé aux plans de formation des écoles de l'état comme objectif formel d'enseignement, est devenu un frein [Pour être précis : « *hemmeschuh* » littéralement « qui jette des bâtons dans les roues », ici ce sont les rouages d'un exécutif autoritaire, *ndt*], voire même quérulent et perturbateur, le citoyen se voit disqualifié comme « penseur de traverse (*Querdenker*) » et finalement *persona non grata* de la communauté conforme au plan gouvernemental. En mars 2020 déjà, Thorsten Kingreen, professeur de droit public, avait renvoyé à ce danger : « La rhétorique d'unilatéralité et de fermeté, typique en temps de crise, est ennemie du débat : le questionnement critique passe pour de la perturbation d'un consensus conjuré. *You'll never walk alone [vous ne marcherez jamais seul]* : car qui voudrait déjà se tourner contre l'appel à la cohésion et à la solidarité ? On doit pourtant faire tout ce qui est humainement possible pour lutter contre le virus ! Ce chemin vers le *dirty A-Word* n'est alors plus loin cependant : l'absence d'alternative — un instrument de mauvaise réputation certes, mais à qui on peut se fier pour ne pas devoir discuter plus précisément des décisions politiques d'humeur massacrate.³⁹ »

Cette évolution problématique de la mentalité se révèle aussi dans l'usage de nouveaux concepts et nouvelles tournures. Lorsque la Chancelière put méditer, tout d'abord sans aucune contradiction, sur le fait que sans la réalisation de telles ou telles autres conditions, il ne pût y avoir de « nouvelles libertés »⁴⁰, alors cette phrase fut une expression du fait que « la politique glisse aussi dans le rôle de ce qui est justifié par l'éducation »⁴¹. En outre, le fait s'y exprime que dans la conscience des êtres humains, l'état véritablement nouveau — pour préciser la vie sous une forme de restriction des droits de base et de liberté — est devenu entre temps l'état normal auquel on s'est habitués. Or Prantl caractérise ce phénomène comme « le danger dans le danger » : le citoyen s'est habitué au fait que de violentes restrictions des droits civils relèvent des stratégies de gestion d'une crise »⁴². La même chose vaut pour le concept de *Lockerungen* [inspiré de l'anglais « *to lock* (verrouiller) et de *locker*, (casier de consigne automatique) » qui est plus intense qu'un « confinement » à domicile en français, *ndt*] sous telles ou telles autres suppositions. Ce qui valait jusqu'à présent : Les droits fondamentaux ne sont pas des privilèges que l'on puisse ou doive mériter par une action déterminée ou bien au moyen d'un comportement déterminé. »⁴³ Nous acquérons ces droits en naissant *qua* [= en tant que, *ndt*] êtres humains, et non pas, par exemple,

32 Bundesverfassungsgericht (BverfG) : *Urteil des Ersten Senats vom 15 februar 2006 [Jugement du premier sénat du 15 février 2006]* — www.bverfg.de/e/rs20060215_1bvr035705.html

33 Ainsi désignée comme seconde sous-formulation de l'impératif catégorique. Voir Immanuel Kant : *Fondement de la métaphysique des bonnes mœurs* (1785), Akademische Ausgabe, Vol. IV, p.429.

34 Voir la note 33, Rn. 121.

35 À l'endroit cité précédemment, Rn.124.

36 À l'endroit cité précédemment, Rn.135.

37 Amtsgericht Weimar : *Jugement du 11 janvier 2021* — <https://openjur.de/u/2316798.html>

38 www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1851894/e195f7a8ee3e463e5947c8254b6be1d5/2021-02-08-impfverordnung-neu-data.pdf?download=1

39 <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes>

40 www.bundestkanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/pressekonferenz-von-bk-in-merkel-bgm-mueller-und-mp-soeder-nach-dem-impfstoffgesprach-am-1-februar-2021-1850082 — À cause des réactions critiques Merkel se vit contrainte, le lendemain, de prendre ses distances vis-à-vis d'une telle formulation, voir www.merkur.de/politik/angela-merkel-ard-corona-tv-kanzlerin-deutschland-impfung-sonderrechte-neue-freiheiten-90189896.html

41 www.welt.de/debatte/kommentare/plus-225614023/angela-Merkel-Die-kuehle-Bagatellisierung-der-Freiheitsbeduerfnisse.html

42 Heribert Prantl : *Not und Gebot*, p.101.

43 À l'endroit cité précédemment, p.19.

par une vaccination.⁴⁴ Ils ont toujours à valoir, raison pour laquelle ce sont aussi des « droits **fondamentaux** ». Nonobstant cela pour les derniers mois, il faut poser le diagnostic dégrisant voire angoissant : « Il n’y eut jamais, en un laps de temps aussi bref, de si nombreuses atteintes disproportionnées portées aux droits fondamentaux. »⁴⁵ Et ce qui vaut avec Kingreen : « Ce dont nous avons besoin [...] pour des raisons juridiques autant que politiques, c’est de la disposition inconditionnelle à préserver notre état démocratique, précisément dans cette situation extraordinaire, du « *Whatever it takes* [en anglais dans le texte : à savoir du « quoi qu’il en coûte », *ndt*] ». Sinon à la prochaine crise, peut-être de nature toute différente, nous aurons à entendre ceci : « Nous avons pourtant procéder ainsi aussi lors de la crise de la corona. »⁴⁶

À de nombreuses reprises il nous a été donné d’entendre que « l’urgence ne connaît aucun commandement ». Or c’est le contraire qui est le cas : « L’injonction d’urgence est le principe même de l’instauration de la proportionnalité »⁴⁷. Lors des atteintes du législateur dans les droits fondamentaux, d’après la compréhension constitutionnelle que l’on a jusqu’à présent, il faut constamment contrôler pour savoir si la proportionnalité a bien été conservée : « Le principe de proportionnalité exige qu’une atteinte portée aux droits fondamentaux serve un but légitime et qu’un moyen approprié (à savoir légitime) soit requis et mis en œuvre pour ce faire. »⁴⁸ Ce principe vaut autant pour le droit constitutionnel que pour le droit public. Certains jugements singuliers des tribunaux démontrent que les trois critères désignés — pertinence (*geeignetheit*), nécessité (*erforderlichkeit*) et adéquation (*Angemessenheit*) n’ont pas toujours été respectés, telle par exemple la levée du couvre feu nocturne dans le Bade Wurtemberg en vigueur de la mi-décembre 2020, jusqu’au jugement arrêté à la mi-février 2021.⁴⁹ « Le succès spécialisé », avertit Hans Michael Heinig, professeur de droit public, « ou bien l’acceptation de l’action du gouvernement, appréhendée de manière démoscopique, le « *output* [en anglais dans le texte, *ndt*] », ne fondent aucune légitimation dans l’esprit du droit. Cela vaut aussi en temps de crise. Vu au plan démocratique, les succès de l’exécutif dans la maîtrise de crise ne lui procure nonobstant aucune légitimation particulière. »⁵⁰

Au début de la pandémie déjà, des voix presque prophétiques par leur mise en garde, étaient à entendre qui renvoyaient à ce propos à ce qui se trouvait en jeu à partir d’une vision de juristes constitutionnels et de théoriciens de la démocratie. Ainsi la juriste Anita Kladfi exprimait le souci, le 3 avril 2020 : « Malgré la crise-corona, aucun état policier temporaire n’est autorisé à naître, dans lequel on puisse contrôler la rue à tout moment par la police. »⁵¹ Or c’est exactement cet état qui entre temps est devenu une réalité avec le « freinage d’urgence de la Fédération », car en cas de la généralisation de l’interdit de sortir, l’idée d’une liberté reposant sur un droit fondamental est renversée : « Ce n’est pas le citoyen qui doit se justifier pour l’usage de ses libertés, mais l’état, au contraire, pour la restriction de cette liberté. Cette charge de justification se renverse dans l’accomplissement pratique. Le citoyen doit soudainement se justifier devant la police lorsqu’il met un pied dehors. »⁵²

Le coup le plus récent

Le 21 avril 2021, le *Bundestag* vota la « quatrième loi pour la protection de la population lors d’une situation épidémique de portée nationale » et le « freinage fédéral d’urgence ». Certaines règles particulières interviennent de manière unilatérale au niveau de la Fédération si, dans un arrondissement rural, ou bien dans une ville par elle-même, sur trois jours successifs, l’incidence de 100 est franchie. Avec cela, un centralisme s’oppose largement à l’idée du fédéralisme qui ne prend plus en vue en différenciant concrètement les circonstances et possibilités depuis le lieu, mais qui est une expression d’une sorte de « gouvernance pénétrante et nivelante » d’en haut. L’élément particulier en est décrit par Christoph Möllers, professeur de droit public et l’un des experts compétents auditionnés au *Bundestag* avant l’adoption de la loi : « En l’espèce, la loi intervient profondément et sans autre degré d’exécution dans l’horizon d’action concret, protégé concrètement par les droits fondamentaux, de tous les citoyens. Or une telle réglementation est sans exemple. »⁵³ Comme obstacle majeur à d’éventuelles poursuites judiciaires, la loi exclut le passage devant le Tribunal administratif fédéral en tant que loi parlementaire, (comme cela est possible avec les ordonnances) et laisse juste la voie ouverte vers le Tribunal constitutionnel fédéral. Selon l’estimation des services scientifiques du *Bundestag*, cette loi est certes conforme à la Constitution.⁵⁴ Les experts compétents invités à une audition au *Bundestag* en vinrent par contre à des estimations complètement hétérogènes. Le spectre des prises de position s’étendit depuis « des restrictions proportionnées des droits fondamentaux » (Michael Brenner) jusqu’à « législation d’urgence » (Ulrich Vosgerau).⁵⁵ Manifestement le problème complexe et contestable représente lui-même pour les spécialistes une matière nouvelle et difficile.

En l’espace d’une semaine, 240 plaintes constitutionnelles et motions d’urgence furent adressées au Tribunal constitutionnel fédéral de Karlsruhe contre la loi ou selon le cas en signal d’alarme — des politiques de presque tous les partis (en dehors de ceux CDU/CSU), parmi lesquels 80 membres de la fraction FDP du *Bundestag*, mais aussi par exemple, de la Société pour les droits de liberté (*GFF : Gesellschaft Für Freiheitsrechte*). Un flot de plaintes de ce genre contre une seule et unique loi n’a jamais eu lieu jusqu’à présent. Cela peut être interprété comme un signe qu’un nombre notable de citoyens ont développé au cours de la pandémie une conscience croissante des valeurs de liberté qui sont en train de se jouer relativement à la Constitution. Selon

44 Voir le débat pour la restauration des droits fondamentaux (« confinements », « privilèges ») pour les vaccinés et guéris, qui commença timidement en janvier 2021 et s’élargit nettement avec le nombre croissant des vaccinés.

45 Heribert Prantl : *Not und Gebot*, p.17.

46 Voir la note 40.

47 Heribert Prantl : *Not und Gebot*, p.39.

48 www.zjs-online.com/dat/artikel/2018_2_681.pdf

49 www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/gericht-hebt-naechstliche-ausgangsbeschaerung-ab-11-februar-2021-auf

50 <https://verfassungsblog.de/parlamentarismus-in-der-pandemie>

51 www.bpb.de/politik/innenpolitik/coronavirus/307395/grundrechte

52 www.sueddeutsche.de/politik/grundrechte-coronavirus-lockerungen-1.4892342

53 www.bundestag.de/resource/blob/834614/9ace24a12b228c12a677f4b05aec4865/19_14_0323-2-Prof-Dr-Moellers_viertes-BevSchG-data.pdf

54 www.bundestag.de/resource/blob/831634/8bea2d9b13fb7f2c8ffce0532e58ef97/WC-3-068-21-pdf-data.pdf

55 www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw-pa-gesundheit-bevoelkerungsschutzgesetz-834052

l'expertise de la juriste constitutionnelle, Anna Katharina Mangold, l'interdiction de sortie concerne toujours est-il « le droit fondamental à l'inaliénabilité corporelle, le droit fondamental du mariage et de la famille, le droit de personnalité général et des libertés d'action générales. »⁵⁶ Néanmoins le Tribunal constitutionnel fédéral a rejeté les plaintes le 5 mai 2021 et il tolère en outre avec cela les interdictions de sortie. Il est vrai que le Tribunal établit clairement : « Avec cela il n'est pas résolu que la restriction de sortie soit conciliable avec la *Grundgesetz*. Une telle résolution, le Tribunal constitutionnel ne peut guère la prendre à la hâte. »⁵⁷ On devra donc attendre de savoir si les « Gardiens supérieurs de la Constitution » suivront ou pas aussi dans cette affaire l'esprit des jugements antérieurs. Avec cette loi l'attitude utilitariste et matérialiste, qui s'est tout d'abord déjà manifestée dans la pandémie, continue de s'inscrire au prix d'une orientation sur des valeurs idéelles.

Die Drei 3/2021.

(Traduction Daniel Kmiecik)

Dr. Marcus Andries est mathématicien diplômé, directeur spécialisé en philosophie/éthique au séminaire d'enseignant de l'état à Rottweil ainsi que des professeurs de lycée pour la philosophie, l'éthique et les mathématiques.

56 <https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2021/04/GFF-Gutachten-Ausgangssperren.pdf>

57 www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-033.html