

V. CONCLUSION

Aussi impressionnantes que puissent être ces conquêtes dans le domaine social, il y a tout lieu d'attirer l'attention sur le fait qu'il reste encore un long chemin à parcourir avant d'aboutir à une communauté sociale parfaite. Une harmonisation des régimes de sécurité sociale est considérée actuellement, en raison de la diversité de ces régimes, comme étant pratiquement impossible. La politique sociale continue d'être principalement du ressort des Etats membres⁴⁸. Il faut cependant rappeler que les traités communautaires y compris l'Acte unique donnent clairement pour mission à la Communauté et aux Etats membres de renforcer la cohésion sociale, d'assurer le progrès social et la justice sociale⁴⁹. L'article 2 du traité CE exige un haut degré de protection sociale. Dans l'article 136 § 1 (ex-article 117) sont consacrés comme objectifs de la Communauté et des Etats membres entre autres l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, et une protection sociale adéquate. L'article 137 (ex-article 118) permet aujourd'hui dans une mesure plus large qu'avant le traité d'Amsterdam de prendre des mesures communautaires, afin de réaliser des objectifs sociaux.

La Cour de Justice est prête à y apporter sa contribution et elle est en mesure de le faire. Il n'en reste pas moins qu'en raison de la spécificité des droits sociaux, c'est au législateur communautaire qui peut disposer de ressources budgétaires de la Communauté et des Etats membres qu'en incombe la charge principale. Le législateur communautaire est en mesure de procéder à une pondération des différents facteurs et d'apprécier les conséquences de mesures sociales. Il apparaît parfois confronté à des difficultés et à des retards, voire à des revers mais avance progressivement vers une communauté sociale. Le traité de Maastricht en est le témoignage. Il convient à cet égard de ne pas sous-évaluer le caractère programmatique des droits sociaux fondamentaux. Ils indiquent les objectifs à atteindre. Un traité comme la Charte sociale européenne a donc lui aussi une importance essentielle, même s'il n'en résulte pas pour les justiciables des droits sociaux directement applicables.

48 CJCE (arrêt du 9 juillet 1987), affaires 291, 283-285 et 287/85 (*Bundesrepublik Deutschland/Commission*): "Politique migratoire - Compétence de la Communauté", *Rec.* 1987, p. 3203 et notamment p. 3251, qui souligne toutefois la nécessité d'une concertation entre les Etats membres.

49 Art. 130 a, alinéa 1 du Traité CE, deuxième considérant du Préambule au Traité CE et troisième considérant du Préambule de l'Acte unique.

CONCEPTION ET ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX

La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne

par

Wolfgang Däubler*

III. ÉNUMÉRATION, CLASSIFICATION ET NATURE JURIDIQUE DES DROITS SOCIAUX

1. Les droits sociaux fondamentaux "Einklagen"

2. Droits sociaux fondamentaux

a) Droit à l'existence

b) Droit au travail

c) Droit à la sécurité sociale

d) Droits sociaux fondamentaux

e) Droits sociaux fondamentaux

f) Droits sociaux fondamentaux

g) Droits sociaux fondamentaux

h) Droits sociaux fondamentaux

i) Droits sociaux fondamentaux

j) Droits sociaux fondamentaux

k) Droits sociaux fondamentaux

l) Droits sociaux fondamentaux

m) Droits sociaux fondamentaux

n) Droits sociaux fondamentaux

o) Droits sociaux fondamentaux

p) Droits sociaux fondamentaux

* Professeur à l'Université de Brême.

I.	CONCEPTION ET EVOLUTION HISTORIQUE DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX	53
A.	Conception du "droit social fondamental"	53
B.	Evolution historique	57
II.	SOURCES DES DROITS SOCIAUX	59
A.	Droit interne	59
1.	Constitution	60
2.	Lois	60
3.	Autres normes	61
4.	Conventions collectives	62
5.	Coutume	63
6.	Jurisprudence	63
B.	Droit communautaire	64
C.	Droit international	65
III.	ENUMERATION / CLASSIFICATION ET NATURE JURIDIQUE DES DROITS SOCIAUX	66
1.	La République fédérale comme "Etat Social"	66
2.	Droits à des prestations sociales	67
a)	Droit à l'existence	67
b)	Droit au travail	69
c)	Droit à la sécurité sociale	71
d)	Droit aux soins médicaux	72
e)	Droit au logement	73
f)	Droit à la formation	74
3.	Libertés sociales	75
a)	Libertés fondamentales et relation de travail	75
b)	Liberté de travail	77
c)	Liberté syndicale	78
d)	Droit à une rémunération suffisante et à des conditions de travail dignes	78
e)	Droit à la cogestion	80
4.	Egalité	80
a)	Droit à un traitement égal dans la relation de travail	80
b)	Principe général d'égalité	81

c) Egalité entre hommes et femmes	82
5. Autres droits	83
a) Droits des fonctionnaires	83
b) Egalité entre enfants légitimes et enfants naturels	83
c) Subvention des écoles privées	84
IV. PERSONNES PROTEGEES / TITULAIRES DES DROITS SOCIAUX	85
A. Personnes physiques	85
1. Citoyens	85
2. Etrangers	85
B. Personnes morales / Groupes de personnes ou unions sans personnalité juridique	87
V. DESTINATAIRES DES REGLES GARANTISSANT DES DROITS SOCIAUX	88
A. Pouvoirs publics	88
B. Particuliers	88
VI. PROTECTION DES DROITS SOCIAUX	90
A. Formes de protection	90
1. Mécanismes juridictionnels	90
a) Protection à l'égard du législateur	90
b) Protection à l'égard des actes de l'Administration	91
c) Protection à l'égard des actes des juridictions	92
d) Protection à l'égard d'actes des particuliers	92
2. Mécanismes non juridictionnels	92
a) Moyens parlementaires	92
b) Procédures non contentieuses devant l'Administration	93
c) Droit d'adresser des pétitions aux autorités	93
d) Droit à l'audition préalable	93
e) Droit de demander des renseignements	93
f) Ombudsman ou institutions semblables	94
g) Autres mécanismes de protection	94
B. Contenu de la protection	94
a) Autorités habilitées à limiter/restreindre les libertés sociales	95
b) Principe de proportionnalité	95
c) Abus des droits sociaux	95
d) Possibilité de réalisation des droits sociaux sans intervention de l'Etat	96

e) Fondement juridique et contraintes budgétaires pour les prestations sociales	96
f) Sanction de la carence de l'Etat dans la mise en œuvre d'un droit social garanti par la Constitution	96
g) Principe d'égalité et extension des mesures favorables	97
h) Discrimination positive ("Affirmative action")	97
i) Discrimination indirecte	97
j) Renversement de la charge de la preuve	98
k) Formes de réparation spécialement adaptés	98
VII. MODIFICATION DES DROITS SOCIAUX	98
1. Révision constitutionnelle	98
2. Traités internationaux et lois postérieures	99
3. Protection de l'acquis social	99
VIII. TENDANCES / PROJETS DE REFORME	100
IX. BIBLIOGRAPHIE	101

I. CONCEPTION ET EVOLUTION HISTORIQUE DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX

A. Conception du "droit social fondamental"

Les droits sociaux, notamment le droit au travail, le droit à la sécurité sociale et le droit au logement souffrent toujours d'un "mépris répandu" des juristes – c'est Helmut Simon, ancien juge à la Cour Constitutionnelle allemande, qui, dans une contribution¹, caractérise ainsi la situation. En fait, les libertés publiques ont attiré l'attention de la doctrine d'une façon beaucoup plus accentuée. Une raison de ce "déséquilibre" peut être l'absence quasi totale des droits sociaux dans le texte de la Loi fondamentale. Néanmoins, la doctrine s'est penchée sur le phénomène des droits sociaux pour arriver à certains résultats provisoires.

La notion de droit social reste toujours un peu obscure². Il n'existe pas de définition généralement acceptée. On retrouve pourtant dans la doctrine divers éléments qui reflètent un consensus plus ou moins partagé.

La reconnaissance d'un droit social implique une activité de l'Etat visant à créer des conditions favorables au libre épanouissement de la personnalité³, ailleurs décrit par un "élargissement" des activités possibles de l'individu⁴. D'autres auteurs parlent d'une façon moins spécifique de la création et de

- 1 H. SIMON, "Plädoyer zur verfassungskräftigen Anerkennung sozialer Rechte", *Arbeit und Recht* (=AuR), 1992, p. 289; dans le même sens, Th. RAMM, "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", in BÖCKENFÖRDE / JEKEWITZ / RAMM (éds.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, p. 20.
- 2 R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 458; K. LANGE, "Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen", in BÖCKENFÖRDE / JEKEWITZ / RAMM, *op. cit.*, p. 49; D. MURSWIEK, "Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte", in ISENSEE / KIRCHHOF (éds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg, 1992, N° 5; H.-J. WIPFELDER, "Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte", *Zeitschrift für Rechtspolitik* (=ZRP), 1986, p. 140.
- 3 K. LANGE, *op. cit.* (note 2), p. 49; D. MURSWIEK, *op. cit.* (note 2), N° 2; V. également R. ALEXI, *op. cit.* (note 2), p. 458.
- 4 D. MURSWIEK, *op. cit.* (note 2), N° 2; H.-J. WIPFELDER, *ZRP*, 1986, p. 140.

la sauvegarde de certaines conditions de l'existence humaine⁵ ou d'un "soutien actif des hommes" par l'Etat⁶. Ce soutien est normalement (mais pas forcément) une *prestation sociale*; on doute que le droit de vote ou d'autres procédures de participation aux décisions du pouvoir public fassent partie des "droits sociaux"⁷. Normalement, des "*libertés sociales*", telle la liberté syndicale, ne sont pas considérées comme des droits sociaux, mais certains auteurs utilisent une notion vaste qui englobe ce groupe de droits⁸.

La construction juridique part de la distinction d'une part entre les *libertés publiques* [*Freiheitsrechte*] qui ne demandent de l'Etat que le respect de la sphère individuelle, et d'autre part les *droits sociaux fondamentaux* [*Teilhabe-rechte*] qui demandent une activité "positive"⁹. Leur structure est donc différente: le législateur et l'administration doivent créer l'accès et la participation aux biens en cause comme le logement, un poste de travail, etc. Dans la doctrine, on a pourtant souligné que le respect des libertés publiques requiert lui aussi certaines activités de l'Etat, comme par exemple la création de tribunaux permanents¹⁰.

L'obligation de l'Etat ne peut pas être définie d'une façon précise dans la Constitution. Les conditions dans lesquelles la liberté individuelle se réalise changent selon les circonstances individuelles; les mesures applicables dépendent de la situation économique du pays, qui peut subir des changements notamment à cause de la conjoncture. Il incombe de surcroît au Parlement de décider des priorités dans le budget public. Une garantie précise d'un droit social transformerait le procès politique en ce sens que ce serait la Cour Constitutionnelle qui déciderait en dernier ressort sur les priorités politiques – un rôle qu'elle ne peut pas jouer faute de légitimité suffisante et faute d'instruments nécessaires pour analyser un problème social sous

5 E. LORENZ, "Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte", *Juristische Blätter*, (=JBl), 1981, p. 16; H. SIMON, *op. cit.* (note 1), *AuR*, 1992, p. 289.

6 H.-J. WIPFELDER, *op. cit.* (note 2), *ZRP*, 1986, p. 140.

7 D. MURSWIEK, *op. cit.* (note 2), N° 6.

8 V. P. BADURA, *Staat*, 14, 1975, pp. 17, 27, 31.

9 J. ISENSEE, "Verfassung ohne soziale Grundrechte: Ein Wesenszug des Grundgesetzes", *Staat*, 19, 1980, p. 373; W. MARTENS, "Grundrechte im Leistungsstaat", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (=VVDSiRL), 30, 1972, p. 11.

10 K.-J. BIEBACK, "Sozialstaatsprinzip und Grundrechte", *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (=EuGRZ), 1985, p. 663.

tous ses aspects. La doctrine est donc unanime en ce que les droits sociaux fondamentaux doivent garder une certaine généralité et ne donnent pas en principe de *droits subjectifs* aux individus¹¹. Cependant, ce principe connaît des exceptions dont la portée reste relativement vague. De plus, on est aujourd'hui d'accord sur le fait que l'absence de droits subjectifs ne signifie pas que les droits sociaux soient sans valeur juridique. C'est sur ce point qu'il y a plusieurs tentatives d'explication.

– Des droits sociaux peuvent constituer un *programme* qui lie soit tous les pouvoirs publics ou qui ne lie que le législateur; dans ce dernier cas, on parle d'une *obligation de légiférer* [*Gesetzgebungsauftrag*].

– Dans le débat actuel, les droits sociaux prennent souvent la forme d'une *disposition qui définit le but des activités de l'Etat* [*Staatszielbestimmung*].

– Une partie plutôt conservatrice de la doctrine conçoit certains droits sociaux comme des "*garanties institutionnelles*" que le législateur peut modifier mais non abroger¹².

Dans tous ces cas, le contrôle judiciaire exercé par la Cour Constitutionnelle est limité: La Cour ne peut statuer que si le législateur (ou d'autres organes de l'Etat) est resté inactif ou s'il a négligé ses obligations d'une façon grave et évidente¹³. En outre, une activité qui veut mettre en pratique le droit social a certains effets secondaires: elle exclurait la suppression de certaines institutions sans compensation¹⁴ et l'exclusion sans raison suffisante de certains groupes sociaux¹⁵.

– Des *droits subjectifs* peuvent être accordés par le législateur¹⁶ et le sont souvent¹⁷.

11 E.-W. BÖCKENFÖRDE, in BÖCKENFÖRDE / JEKOWITZ / RAMM, *op. cit.* (note 1), pp. 10 ss.; K. HESSE, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland", *EuGRZ*, 1978, p. 434; D. MURSWIEK, *op. cit.* (note 2), N° 49 ss.

12 J. LÜCKE, "Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge", *Archiv des öffentlichen Rechts* (=AöR) 107, 1982, pp. 19 ss.; Th. RAMM, *op. cit.* (note 2), p. 30.

13 E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* (note 1), p. 14; dans le même sens, D. MURSWIEK, *op. cit.* (note 2), N° 56.

14 E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* (note 1), p. 14.

15 W. MARTENS, *op. cit.* (note 9), p. 21.

16 K. HESSE, *op. cit.* (note 11), p. 434.

17 V. *infra*, III.

- Une *garantie constitutionnelle* est concevable en ce qui concerne ce qui a été appelé *minimum vital*¹⁸.
- Dans la doctrine, il a également été fait état de la jouissance gratuite de certains services publics (enseignement gratuit, soins médicaux gratuits) qui serait, bien sûr, soumise à la capacité des institutions en cause¹⁹.
- Par voie d'interprétation, des *droits subjectifs* sont parfois déduits des garanties institutionnelles; c'est surtout le cas de la garantie des principes traditionnels du "statut" des fonctionnaires dans l'art. 33 al. 5 de la Loi fondamentale qui constitue par exemple le fondement juridique d'un droit à un salaire adapté à la fonction²⁰.

Les droits sociaux sont normalement attribués au *status positivus* au sens de la doctrine de *Jellinek*²¹. Les références ne sont pourtant pas très courantes; la doctrine elle-même est mise en doute par *Häberle* qui critique le maintien de ses éléments absolutistes²².

Les droits sociaux font l'objet de deux sortes de *classification*.

L'une se réfère à la "*sphère*" dont ils relèvent. On distingue ainsi²³:

- les droits concernant le *travail salarié*: C'est surtout le droit au travail, mais aussi le droit à des conditions de travail humaines, à une juste rémunération, à une formation professionnelle suffisante, à une protection spéciale pour les travailleurs défavorisés.
- les droits concernant la *sécurité sociale*: C'est surtout l'assurance sociale mais aussi l'accès aux soins médicaux.
- Les droits concernant l'*épanouissement socio-culturel*: C'est le droit à

18 J.-P. MÜLLER, "Soziale Grundrechte in der schweizerischen Rechtsordnung, in der europäischen Sozialcharta und den UNO-Menschenrechtspakten", in BÖCKENFÖRDE / JEKEWITZ / RAMM, *op. cit.* (note 1), p. 61.

19 W. MARTENS, *op. cit.* (note 9), p. 25.

20 Exemple: BVerfGE 53, pp. 257, 306, "Recht auf amtsangemessene Alimentierung". [BVerfGE=Recueil officiel de la Cour Constitutionnelle, Volume et pages].

21 D. MURSWIEK, *op. cit.* (note 2), p. 12.

22 P. HÄBERLE, "Grundrechte im Leistungsstaat", *VVDStRL*, 30, 1972, p. 80 ("Die Statuslehre ist von ihrem spätabsolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen")["cette doctrine doit se déplacer de la tête postabsolutiste aux pieds démocratiques"].

23 D. MURSWIEK, *op. cit.* (note 2), N° 42.

la formation et le droit de jouir des résultats du progrès scientifique et de ses applications.

- Les droits concernant les *conditions de vie*: Un niveau de vie adéquat qui comprend logement, vêtements et nourriture suffisants; la protection de l'environnement.

La deuxième distinction porte sur le *fondement juridique*.

- D'une part, il y a des droits qui sont directement déduits de la Constitution comme le droit au minimum vital.
- D'autre part, il y a des droits dont l'existence dépend d'une activité préalable de l'Etat; par exemple le droit d'accéder à la sécurité sociale présuppose l'existence d'un tel organisme. La distinction part de la notion du droit subjectif, donc d'un sous-groupe des droits sociaux fondamentaux.

B. Evolution historique

Sur le *plan constitutionnel*, les droits sociaux ne peuvent guère se fonder sur une tradition favorable.

En effet, le Projet de Constitution élaboré après la Révolution de 1848 [*Paulskirchenverfassung*] ne mentionnait pas le droit au travail; une telle initiative restait minoritaire²⁴. Le seul droit social concernait les écoles: l'art. 155 prévoyait la création d'un nombre suffisant d'écoles publiques, et l'art. 157 garantissait l'enseignement gratuit dans les écoles primaires.

La Constitution du "Reich" de 1871 ne contenait ni libertés publiques ni droits sociaux. La seule exception résidait dans l'art. 3 al. 6 qui garantissait à tout citoyen allemand la protection du Reich vis-à-vis des pays tiers. Les Constitutions des *Länder* n'étaient pas plus riches; la Constitution de Prusse de 1850 ne contenait que des dispositions analogues à celles du Projet "révolutionnaire" de 1849.

Le texte de la Constitution de Weimar semblait rompre dans ce domaine avec le passé. Sa deuxième partie garantissait sous le titre "droits et obligations fondamentaux des Allemands", des libertés publiques au titre de nombreux droits sociaux. Pour ne citer que les plus importants²⁵:

24 K. LANGE, *op. cit.* (note 2), p. 50.

25 Constitution du 11 août 1919, *Reichsgesetzblatt* (=RGBl), p. 1383.

- L'art. 151 al. 1 a subordonné la "liberté économique" aux principes de la justice "dans le but de garantir une vie digne pour tous".
- L'art. 155 prévoyait une politique dans le but de garantir à chaque citoyen un logement adéquat. L'expropriation des terres en était l'un des moyens licites.
- Selon l'art. 163, tout Allemand "devrait" avoir la possibilité de gagner sa subsistance par son propre travail; si l'Etat ne pouvait pas l'offrir, la personne recevait les moyens nécessaires.
- L'art. 165 prévoyait la création de conseils des travailleurs au niveau de l'entreprise, de la région et du Reich. Les entrepreneurs devaient avoir les mêmes droits au niveau de la région et du Reich. Les organisations des travailleurs et du capital étaient reconnues.
- L'art. 146 al. 3 prévoyait l'enseignement gratuit à tous les niveaux scolaires pour ceux qui n'avaient pas les moyens nécessaires pour en payer les frais.

La pratique a minimalisé ces garanties. La jurisprudence les a considérées comme des *programmes* dont l'inexécution restait sans aucune conséquence: même dans les cas où le texte de la disposition constitutionnelle contenait une obligation claire du pouvoir public, la jurisprudence ne parlait que d'une "annonce" d'une législation future²⁶. *Willibalt Apelt* a établi un lien entre cette jurisprudence et la renaissance des forces conservatrices survenue après la fin de la vague révolutionnaire²⁷.

L'époque fasciste n'a pas connu de constitution écrite; le texte de Weimar restait formellement en vigueur. Des auteurs juridiques réclamaient à haute voix la réalisation d'un droit au travail²⁸, confondant ainsi celui-ci avec le plein emploi.

Depuis 1939, les travailleurs ne pouvaient plus quitter leurs postes de travail sans autorisation préalable. Une obligation universelle de travailler dans un système qui punissait toute activité "déloyale" n'avait plus rien de commun avec un droit au travail.

Après 1945, les Constitutions de certains *Länder* ont repris les idées de

26 Pour plus de détails, v. K. LANGE, *op. cit.* (note 2), pp. 52 ss.

27 W. APELT, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 2^{de} éd., 1964, pp. 352 ss.

28 R. JOERGES, *Deutsches Arbeitsrecht*, 1936, pp. 161 ss.; v. également M. RATH, *Die Garantie des Rechts auf Arbeit*, Göttingen, 1974, p. 45 note 85.

Weimar. Les inventaires des droits sociaux dans les Constitutions de la *Hesse*, de la *Rhénanie-Palatinat*, de la *Bavière* et de *Brême* étaient plus précis que celui de 1919. Doctrine et jurisprudence ont pourtant gardé leur scepticisme; les applications pratiques restaient modestes²⁹. Après 1949, les *Länder* ont vu leurs compétences se restreindre de plus en plus dans le domaine économique; à quelques exceptions près, la *Loi fondamentale* ne contient pas de droits sociaux, et la législation fédérale prévaut. Les Constitutions ne gardent leur valeur que dans le domaine de la formation scolaire et universitaire.

Une "revitalisation" du débat s'est produite lors de l'élaboration des Constitutions des nouveaux *Länder* formés avec la fin de la République Démocratique Allemande³⁰. Mais les conséquences pratiques ne se sont pas encore manifestées.

Le modeste bilan du développement constitutionnel risque de produire l'impression erronée que des droits sociaux étaient quasi inexistantes. Exemple le plus connu, l'assurance sociale établie par *Bismarck* montre que sur le plan de la législation, la situation était toute autre. Les activités du législateur ne portaient pourtant pas le nom d'un "droit" social —une telle dénomination aurait été en contradiction avec la conception étatiste et paternaliste de la politique sociale qui a dominé jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale.

II. SOURCES DES DROITS SOCIAUX

A. Droit interne

Des droits sociaux au sens large se trouvent dans toutes les sources du droit. L'expression "droit social fondamental" est cependant réservée à des garanties constitutionnelles. Vu l'étendue de la recherche qui ne se limite pas au droit constitutionnel, il semble adéquat de fournir quelques informations préalables sur toutes les sources du droit qui pourraient contenir des dispositions importantes dans le contexte de la présente étude.

29 K. LANGE, *op. cit.* (note 2), pp. 54 ss.

30 V. M. SOMMER, "Landesverfassungsrecht nach der deutschen Vereinigung", *AuR*, 1992, pp. 291 ss.

1. Constitution

Le texte de la Loi fondamentale ne contient que très peu de droits sociaux. Sans entrer dans les détails, il convient de noter que:

- L'art. 6 accorde une protection spéciale à la famille et prévoit l'égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels.
- L'art. 33 garantit les principes traditionnels du "statut" des fonctionnaires.
- L'art. 3 proclame le principe d'égalité et met l'accent sur l'égalité entre hommes et femmes [*Gleichberechtigung*].
- Les art. 20 et 28 énoncent le principe de l'Etat Social [*Sozialstaatsprinzip*] dont la portée pratique est considérable³¹.
- Les droits sociaux traditionnels tels le droit au travail et le droit au logement ne sont pas mentionnés.

Dans la jurisprudence et la doctrine, il y a parfois une tendance à interpréter certains droits fondamentaux dans une perspective de rapprochement avec les droits sociaux. La garantie de la dignité de l'homme dans l'art. 1 de la Loi fondamentale est considérée par exemple comme le fondement juridique d'un droit au minimum vital³².

2. Lois

Les lois fédérales contiennent de nombreuses dispositions qui accordent à l'individu un droit social. Il suffit de rappeler l'exemple de la sécurité sociale dont le fondement légal se trouve dans le "code social" [*Sozialgesetzbuch*] et dans quelques autres lois.

Les lois doivent respecter la Constitution; il y a là une *hiérarchie des normes* très claire. Si les dispositions de la loi laissent une certaine marge d'interprétation, le juge doit choisir une interprétation conforme à la Constitution [*Verfassungskonforme Auslegung*]. Si une telle "harmonisation" n'est pas possible, la loi anticonstitutionnelle ne peut s'appliquer. Si la loi date d'une époque préconstitutionnelle, le juge la traite comme frappée de nullité. Si la loi a été promulguée après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, le juge est alors tenu de faire un renvoi préjudiciel à la Cour

31 V. *infra*, III. 1.

32 BVerfGE 40, pp. 121, 133.

Constitutionnelle. Celle-ci décide définitivement et avec effet *erga omnes* si la loi est conforme à la Constitution ou non.

Dans le *domaine des droits sociaux*, le problème de la constitutionnalité des lois se pose surtout dans le contexte du principe d'égalité: l'exclusion d'un certain groupe de certaines prestations sociales est-elle justifiée ou non? En outre, la jurisprudence a accordé la qualité de "propriété", au sens de l'art. 14 de la Constitution, à tous les droits sociaux, surtout à ceux émanant de l'assurance sociale, qui sont fondés sur des contributions individuelles³³. La réduction ou la suppression de certaines prestations se réfère donc toujours à un élément du droit constitutionnel.

3. Autres normes

Les *règlements* [*Rechtsverordnungen*] doivent respecter la Constitution et les lois; de la sorte, la *hiérarchie des normes* trouve son prolongement.

Des règlements sont admis uniquement dans le cadre d'une autorisation législative qui précise le contenu, la portée et le but de la norme à énoncer (art. 80 de la Loi fondamentale). Seuls le Gouvernement fédéral, un ministre fédéral et le Gouvernement d'un Land peuvent être autorisés à édicter un règlement.

Les "*décrets-lois*" n'existent pas; leur utilisation abusive vers la fin de la République de Weimar a été le motif décisif de l'abandon de cet instrument.

Si un règlement est en contradiction avec la Constitution ou une loi, le juge est tenu d'énoncer une interprétation qui établisse une conformité avec les sources supérieures. Si le texte du règlement ne permet pas une telle solution, le juge traitera le règlement comme une norme nulle et tranchera le conflit sur la base de règles conformes à la Constitution et à la loi.

Certains organismes de droit public comme une caisse d'assurance-maladie peuvent créer des *normes autonomes* qui doivent respecter toutes les règles d'un rang supérieur (Loi fondamentale, lois, règlements).

Le droit fédéral prime le droit des *Länder* (art. 31 de la Loi fondamentale). Ce principe s'impose sans distinction de la "dignité" respective de la source:

33 BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (=NJW), 1986, p. 39 (concernant l'assurance-vieillesse); BVerfG, NJW, 1986, p. 1159 (sur l'assurance-chômage).

un règlement émanant du ministre fédéral du travail peut déroger ainsi à une disposition constitutionnelle d'un *Land*.

Des "règlements internes" de l'administration existent sous des noms très différents [*Verwaltungsverordnungen, Richtlinien, Erlasse*]. Ils ne sont pas une source du droit au sens formel mais ont un *effet analogue*: si l'Administration n'observe pas la "directive" en cause, elle porte atteinte au principe d'égalité; le citoyen concerné pourrait demander un traitement égal devant la juridiction administrative³⁴.

4. Conventions collectives

L'autonomie des partenaires sociaux est garantie par l'art. 9 al. 3 de la Loi fondamentale. Bien que le texte de cette disposition ne fasse aucune allusion à l'autonomie collective, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle la considère comme un élément implicite de la liberté syndicale³⁵. Les effets des conventions collectives sont fixés par la Loi sur les conventions collectives [*Tarifvertragsgesetz*] qui date de 1949³⁶.

Les conventions collectives ont une portée normative; elles fixent des salaires et des conditions de travail, et ont un effet immédiat et contraignant sur les relations de travail. Elles ne lient pourtant que les membres des organisations contractantes; des travailleurs non syndiqués et les employeurs qui ne sont pas membres d'une association patronale ne sont pas touchés juridiquement par la convention. En pratique, les associations patronales représentent 90% des employeurs; ceux-ci appliquent les conditions fixées dans la convention collective sans tenir compte de l'affiliation syndicale – autrement ils constitueraient une pression sur les non syndiqués pour s'inscrire à un syndicat.

Les conventions collectives doivent respecter tout le droit émanant de l'Etat; dans la *hiérarchie des normes*, elles possèdent une position inférieure. On risque pourtant de sous-estimer leur importance pratique en s'arrêtant à cette constatation. En effet, les lois permettent normalement la fixation des

34 *BVerwGE*, 14, pp. 307, 310; *BVerwGE*, 34, pp. 278, 280 ss. [*BVerwGE*=Recueil officiel du Tribunal Administratif Fédéral, volume et pages].

35 *BVerfGE* 4, pp. 96 ss.

36 Version actuelle chez M. KITTNER, *Arbeits- und Sozialordnung*, 23^e éd., Köln, 1998, N° 32.

conditions plus favorables aux travailleurs dans des conventions collectives, si bien que des éléments essentiels du niveau de vie comme la durée hebdomadaire du travail, se trouvent uniquement dans les conventions³⁷. En outre, le législateur doit respecter le "noyau de l'autonomie collective" garanti par la Constitution: Une réglementation complète d'une matière qui ne laisserait plus aucune marge de manœuvre aux partenaires sociaux serait conforme à la Constitution uniquement si un besoin urgent du bien public exigerait une telle forme de législation³⁸.

Les conventions collectives s'interprètent en conformité avec la Constitution, les lois, les règlements, etc. En cas de contradiction définitive, le juge ne les applique pas³⁹. Il faut pourtant signaler que la juridiction du travail accorde le droit aux partenaires sociaux de restreindre des droits fondamentaux dans la même mesure que le législateur⁴⁰.

5. Coutume

Le droit coutumier est reconnu comme source de droit mais la coutume ne joue pratiquement aucun rôle dans le *domaine des droits sociaux*.

6. Jurisprudence

Conformément aux autres systèmes "continentaux", les décisions des tribunaux ne constituent pas une source de droit; formellement le droit allemand ne connaît pas de "case-law". La seule exception se trouve dans le paragraphe 31 de la Loi sur la Cour Constitutionnelle [*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*]⁴¹ qui attribue à certains jugements de la Cour "force de loi"; ce sont surtout les cas dans lesquels la Cour statue sur la constitutionnalité de certaines dispositions.

Dans la pratique, le système allemand se rapproche de plus en plus des

37 V. BISPINCK / WSI-Tarifarchiv WSI-Mitt., 1992, p. 478: 37,5 heures par semaine en 1992. Situation peu changée en 1997: v. BISPINCK WSI-Mitt. 1998, p. 80.

38 Pour plus de détails, v. W. DÄUBLER, *Tarifvertragsrecht*, Baden-Baden, 1993, N° 349 ss.

39 Bundesarbeitsgericht (=BAG), *Arbeitsrechtliche Praxis* (=AP [Recueil le plus répandu des arrêts du Tribunal Fédéral du Travail]) N° 21, sur le § 1 du TVG [Tarifvertragsgesetz=loi sur les conventions collectives].

40 W. DÄUBLER, *op. cit.* (note 38), N° 404.

41 *BGBI*, 1971, I, p. 105.

systèmes anglo-saxons. Les arrêts des tribunaux de dernière instance ont une portée normative "de fait": Toutes les personnes et organisations concernées, les individus, l'administration, les partenaires sociaux, etc., se conforment régulièrement à la jurisprudence. Sachant qu'un futur litige sera décidé dans le sens de la jurisprudence existante, on est porté à considérer les arrêts comme des règles définitives. Des controverses juridiques naissent souvent à cause d'un prétendu *obiter dictum*, phénomène très courant car les tribunaux allemands pratiquent souvent un style qui rapproche les jugements des articles scientifiques⁴². La méthode appliquée est d'apparence moins positiviste que celle des tribunaux français ou italiens; il y a de moins en moins un catalogue exhaustif d'arguments admissibles.

Dans le *domaine des droits sociaux*, la liberté relative du juge a eu un effet créateur, surtout sur le plan constitutionnel.

B. Droit communautaire

Les tribunaux allemands acceptent la primauté du droit communautaire. En cas de conflit, c'est le droit communautaire qui prévaut⁴³. On essaie pourtant d'éviter un tel conflit par voie d'une interprétation conforme aux règles du droit communautaire. Cette méthode s'applique à toutes les normes du droit national y compris les conventions collectives⁴⁴. Le Tribunal Fédéral de Travail à même pris en considération une recommandation de la Commission⁴⁵, acceptant ainsi la jurisprudence correspondante de la Cour de Justice des CE⁴⁶.

Jusqu'au milieu des années 80, les tribunaux du travail avaient des difficultés à prendre connaissance du droit communautaire et à l'intégrer dans leur jurisprudence. Les renvois préjudiciels en vertu de l'art. 177 du Traité CEE étaient très rares; les autres juridictions semblaient beaucoup plus ou-

42 Selon l'étude de H. KÖTZ (*Rebels Zeitschrift*, 52, 1988, pp. 647 ss.) un arrêt du "Bundesgerichtshof" contient en moyenne 13 références à la doctrine, tandis que la *Supreme Court* américaine atteint une moyenne de 7,1 contre 1,45 seulement pour les tribunaux anglais.

43 *BVerfGE* 73, p. 339.

44 BAG, *Der Betrieb* (=DB), 1992, p. 2557.

45 BAG, *DB*, 1993, p. 444.

46 CJCE, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (=NZA), 1991, p. 283.

vertes⁴⁷. La situation s'est entre-temps normalisée, bien que l'on constate toujours que dans toutes les juridictions la grande majorité des procédures selon l'art. 177 émane d'un nombre très restreint de tribunaux et même de chambres⁴⁸.

C. Droit international

En ce qui concerne l'application du droit international, le bilan est beaucoup moins positif. L'Allemagne a ratifié la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁴⁹ de même que la *Charte sociale européenne*⁵⁰, ainsi que de nombreuses *Conventions de l'Organisation Internationale du Travail*⁵¹.

Dans la pratique des tribunaux, l'importance de ces normes est mince. Elles ne sont pas considérées comme directement applicables; quelques arrêts ont du moins concédé que les conventions sont des "directives d'interprétation"⁵². Mais on ne trouve aucun arrêt dans lequel une convention internationale aurait été l'élément décisif dans l'interprétation d'une norme du droit interne⁵³. Normalement, les conventions sont mentionnées comme un argument supplémentaire qui confirme la solution découlant du droit allemand⁵⁴.

47 Conformément à l'étude empirique de J. SCHWARZE (*Die Befolgung von Vorabentscheidungen des EuGH durch deutsche Gerichte: Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme*, Baden-Baden, 1988, p. 12), les tribunaux allemands ont effectué 388 renvois préjudiciels dans les années 1965-1985; les tribunaux de finance se sont adressés 216 fois à la Cour de Justice, les tribunaux administratifs 71 fois, contre 6 fois seulement pour les tribunaux du travail.

48 Entre 1965 et 1985, les trois quarts des renvois émanaient de 13 tribunaux seulement, J. SCHWARZE, *op. cit.* (note 47), p. 12.

49 BGBl, 1973, II, p. 1570.

50 BGBl, 1964, II, p. 1262.

51 V. DÄUBLER / KITTNER / LÖRCHER, "Internationale Arbeits- und Sozialordnung", *Ausgewählte und eingeleitete Dokumente*, 2^{de} éd., Köln, 1994, N° 200-275.

52 Résumé avec des références plus détaillées chez DÄUBLER, "Völkerrecht und Arbeitsrecht in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte", in *Festschrift 100 Jahre Arbeitsgerichtsverband*, Neuwied, 1993, pp. 624 ss.

53 V. W. DÄUBLER, *ibid.*

54 V. p. ex. la référence sélective aux conclusions du *Comité d'experts* dans le cadre de la *Charte Sociale*: Les opinions favorables au *lock-out* (en principe licite en Alle-

Les syndicats demandent une application plus stricte du droit international mais il est peu probable que la jurisprudence s'y conforme (par exemple à la garantie du droit au travail dans l'art. 1 de la Charte sociale ou à la garantie du droit de grève dans l'art. 6 § 4 de la même Charte)⁵⁵.

III. ENUMERATION / CLASSIFICATION ET NATURE JURIDIQUE DES DROITS SOCIAUX

1. La République fédérale comme "Etat Social"

Selon l'art. 20 de la Loi fondamentale, "*la République fédérale est un Etat Social*". La Constitution définit ainsi le but suprême de toute activité de l'Etat. L'art. 20 ne peut être ni modifié ni abrogé; même une décision unanime du législateur ne pourrait porter atteinte à cette disposition (art. 79 al. 3 de la Loi fondamentale).

Le principe de l'Etat Social est un principe de droit qui lie *tous les organes de l'Etat*⁵⁶. Ils ont le devoir de sauvegarder la justice et l'humanité dans toute la vie sociale⁵⁷, et ils doivent s'efforcer d'atteindre une égalité réelle⁵⁸.

Dans la pratique, c'est au législateur qu'il incombe surtout de prendre les mesures nécessaires. L'individu pourrait directement se fonder sur le principe de l'Etat Social pour en déduire des *droits subjectifs*, dans le cas où le législateur aurait négligé son devoir d'une façon arbitraire⁵⁹. Cela n'a

magne) y sont citées (BAG, AP, N° 64 sur l'art. 9 GG *Arbeitskampf*) tandis que les opinions sur la grève dite sauvage (illicite en Allemagne) ne se retrouvent nulle part. V. E.-M. HOHNERLEIN, in JASPERS / BETTEN (éds.), *25 Years European Social Charter*, Deventer, 1988, pp. 124 ss.

55 V. p. ex. l'arrêt du Tribunal Fédéral de Travail du 22 mars 1989 (5 AZR 151/88) dans lequel le tribunal a accepté un salaire de 8,50 DM par heure (dans un domaine sans conventions collectives) sans se référer à la garantie de l'art. 4 § 1 de la *Charte sociale européenne* et à l'opinion du *Comité d'experts* selon laquelle le minimum tolérable est de 68% du salaire moyen, aucunement atteint en l'espèce.

56 BVerfGE 1, pp. 97, 105.

57 BVerfGE 5, pp. 85, 206.

58 *Ibid.*

59 BVerfGE 1, pp. 97, 103.

pas encore été le cas et ne le sera sans doute jamais. Il n'empêche que le principe de l'Etat Social est juridiquement important à trois égards:

- L'art. 20 de la Loi fondamentale donne une légitimation pour restreindre certaines libertés comme le droit de la propriété privée. Le principe de l'Etat Social ne limite pourtant pas automatiquement certains droits fondamentaux; il faut l'intervention du législateur⁶⁰.
- Le principe de l'Etat Social est une directive pour le comportement de l'administration et des tribunaux. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit s'orienter vers le principe de l'Etat Social, et l'interprétation des normes doit emprunter la même voie⁶¹.
- Ni le législateur ni la juridiction ne peuvent supprimer des prestations ou des institutions tendant à réaliser l'Etat Social sans créer de compensation. Dans une situation de pénurie, il serait possible de diminuer le niveau des prestations, mais il faudrait en revanche respecter le principe d'égalité⁶².

Le principe de l'Etat Social n'est que très peu concrétisé par la Constitution elle-même⁶³. Il faut donc recourir aux lois et aux autres sources de droit pour présenter un tableau relativement complet de la situation actuelle en Allemagne.

2. Droits à des prestations sociales

a) Droit à l'existence

Le texte de la Loi fondamentale ne prévoit pas expressément une obligation pour l'Etat d'accorder un minimum de biens pour assurer la subsistance des personnes se trouvant sur le territoire national.

60 BVerfGE 59, pp. 231-263.

61 BVerfGE 3, pp. 377, 381.

62 Les limites exactes d'une diminution de prestations sociales restent obscures. En ce qui concerne le principe d'égalité, v. O.-E. KEMPEN, "Arbeitnehmerschutz, Tarifverträge und Beschäftigungsförderungsgesetz", *AuR*, 1985, p. 374 se référant à BVerfG, *Betriebs-Berater (=BB)*, 1984, p. 2047, selon lequel un "sacrifice" peut être demandé seulement à des personnes liées par des intérêts ou d'autres éléments communs.

63 V. M. KITTNER in *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, t. 1, 2^{de} éd., Neuwied, 1989, Art. 20 §§ 1-3 IV N° 52.

La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle a pourtant déduit de l'art. 1 de la Loi fondamentale, qui garantit la dignité de l'homme, un *droit subjectif* aux moyens nécessaires à l'existence de l'individu. Dans un arrêt du 18 juin 1975, la Cour a statué que l'assistance sociale fait partie des obligations d'un Etat Social "*qui vont de soi*"; et qu'une existence "*digne*" doit être assurée⁶⁴. Du fait de la diversité des moyens offerts pour atteindre ce but, c'est le législateur qui décide des instruments et de l'importance de l'aide, s'il ne s'agit pas du "*minimum indispensable*"⁶⁵. Ce minimum est donc obligatoire et pourrait le cas échéant être invoqué devant la juridiction administrative.

L'obligation pour l'Etat de garantir ce niveau minimal est concrétisée par la Loi sur l'assistance sociale [*Bundessozialhilfegesetz*]⁶⁶ si bien que la portée concrète du minimum constitutionnel n'a jamais été fixée par la jurisprudence.

La loi se prononce en faveur de la subsidiarité: l'individu est destinataire d'assistance sociale seulement si ses propres moyens sont insuffisants et si les membres de sa famille (conjoint ou conjointe, parents, fils et filles) ne sont pas capables de l'entretenir⁶⁷. La loi fait une distinction entre l'aide générale à la subsistance [*Hilfe zum Lebensunterhalt*] et l'aide dans des situations spécifiques [*Hilfe in besonderen Lebenslagen*] comme la maladie, la préparation à une activité professionnelle, etc. Le montant de l'aide est fixé par ordonnance⁶⁸, ce qui rend le système plus flexible. Dans la doctrine, on se demande si le législateur ne devrait pas au moins fixer les critères selon lesquels sont définis les besoins de l'individu (panier de la ménagère)⁶⁹.

64 BVerfGE 40, pp. 121, 133 ("*Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein*") ["conditions minimales pour une existence humaine digne"]. Dans ce sens, v. également R. ALEXY, *op. cit.* (note 2), p. 398.

65 BVerfGE 40, pp. 121, 133: "*Ebenso hat er, soweit es sich nicht um die bezeichneten Mindestvoraussetzungen handelt, zu entscheiden, in welchem Umfang soziale Hilfe unter Berücksichtigung der vorhandenen Mittel und anderer gleichrangiger Staatsaufgaben gewährt werden kann und soll.*" ["Il doit en outre décider, tant qu'il ne s'agit pas des conditions minimales nommées, de l'importance de l'aide sociale qui peut et doit être octroyée, eu égard aux moyens existants et autres obligations équivalentes de l'Etat"].

66 Dans son état du 20.1.1987, BGBl, I, pp. 401, 494.

67 § 2 Bundessozialhilfegesetz.

68 "Regelsatzverordnung", sur la base du § 22 du Bundessozialhilfegesetz.

69 V. pour plus de détails F. ROSCHER in *Lehr- und Praxiskommentar zum Bundessozial-*

b) Droit au travail

La Loi fondamentale ne connaît pas de garantie du droit au travail.

Il n'en est pas de même des Constitutions de quelques *Länder*, mais la jurisprudence, elle, est très restrictive: il s'agirait de purs programmes dont l'inexécution n'a aucune conséquence juridique⁷⁰. L'art. 1 de la Charte sociale européenne n'a pas trouvé d'écho auprès des tribunaux. Il est improbable que dans le cas théorique d'une inactivité totale de l'Etat dans la politique de l'emploi, les tribunaux constatent une non-observation des Constitutions ou de la Charte.

La Loi sur la stabilité économique [*Stabilitätsgesetz*]⁷¹ prévoit que les autorités fédérales et régionales doivent poursuivre quatre buts dans leurs politiques économiques et sociales: *Stabilité des prix, niveau élevé de l'emploi, équilibre dans le commerce extérieur et croissance économique stable et raisonnable*. Ce n'est donc pas le plein emploi mais le "niveau élevé" de l'emploi que le gouvernement doit atteindre. La loi concrétise l'art. 109 de la Loi fondamentale selon lequel la politique budgétaire de l'Etat fédéral et des *Länder* doit observer les nécessités de l'équilibre macro-économique.

La Loi sur la promotion de l'emploi [*Arbeitsförderungsgesetz*]⁷² prévoit dans son § 1 un principe semblable: L'administration du travail est tenue, dans le cadre de la politique économique et sociale du gouvernement, de poser l'objectif d'un niveau élevé de l'emploi. Le texte de la loi ajoute l'amélioration de la structure du marché du travail. Dans la jurisprudence et dans la doctrine, on n'a jamais prétendu qu'une mesure concrète du gouvernement ou de l'administration du travail serait contraire à cette disposition. Des critères un peu plus concrets que le texte de la loi n'ayant pas été formulés, on ne peut prévoir si une politique néolibérale extrême se

hilfegesetz, 5^e éd., Baden-Baden, 1998, § 22 N° 11 ss.

70 Landesarbeitsgericht (=LAG) Bayern, AP, N° 1 sur le § 611 BGB (Beschäftigungspflicht); Bayerischer Verfassungsgerichtshof, *Juristen-Zeitung* (=JZ) 1961, p. 168; Hessischer Verwaltungsgerichtshof *Entscheidungssammlung* (ESVGH), 22, pp. 13, 17. (Le dernier a souligné que la garantie du droit au travail "peut" contenir des institutions de placement et l'aide aux chômeurs en tant que tels).

71 *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft* du 8.6.1967, BGBl, I, p. 582.

72 La Loi date du 25 juin 1969 (BGBl, I, p. 582). Elle a été remplacée à partir du 1 avril 1997 par le Livre III du Code social qui contient dans son § 1 une disposition semblable. Texte chez M. KITTNER, *Arbeits- und Sozialordnung*, *op. cit.* (note 36), N° 31 III.

heurtera à des obstacles juridiques; et il semble peu probable que les tribunaux soient disposés à exercer un tel contrôle.

Par conséquent, un droit au travail n'existe pas non plus sur le plan de la législation. Le droit allemand ne connaît pas d'obligation clairement exprimée de créer un nombre de postes de travail susceptible de supprimer le chômage. L'administration du travail s'occupe du placement et du financement de mesures de formation professionnelle supplémentaires –deux tâches d'une haute importance qui ne sont pourtant pas directement liées au concept du droit au travail. Il en va de même pour l'assurance-chômage dont les règles se trouvent elles aussi édictées dans la loi sur la promotion de l'emploi.

Dans la doctrine, les garanties du droit au travail dans les Constitutions des *Länder* et dans la *Charte sociale européenne* sont utilisées dans trois domaines "secondaires" qui n'affectent pas le problème fondamental du déséquilibre dans le marché du travail:

- Selon certains auteurs, le droit au travail garantit au moins l'égalité des chances dans l'accès aux postes de travail. L'employeur n'a donc pas le droit de poser à un candidat des questions sans rapport avec le poste prévu (affiliation syndicale, vie privée, maladie qui n'a aucune influence sur le travail, etc.)⁷³.
- Le droit au travail définit une protection efficace contre le licenciement. Cela inclut le droit du salarié de continuer effectivement son travail, s'il a contesté la légalité de son licenciement devant la juridiction du travail⁷⁴.
- Le droit au travail permet de restreindre certaines libertés de l'employeur. Le législateur peut se fonder sur le droit au travail et donc sur une valeur quasi constitutionnelle pour obliger les entrepreneurs à embaucher un certain nombre de chômeurs; sa marge de manœuvre devient plus grande parce qu'il délimite les frontières entre deux "libertés" de valeur supérieure. Le droit au travail surmonte les obstacles qui empêchent une politique efficace de l'emploi [*Ermöglichungsrecht*]⁷⁵.

73 D. LEIPOLD, *AuR*, 1971, p. 166.

74 U. MAYER, in *Jahrbuch für Sozialökonomie und Gesellschaftstheorie*, 1978, pp. 123 ss.; M. COEN, *Das Recht auf Arbeit und der Bestandschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses*, Köln, 1979.

75 W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht* 2, 11^e éd., Reinbek, 1998, pp. 71 ss.

Jusqu'à nos jours, la jurisprudence n'a pas suivi ces propositions. Dans les premier et deuxième cas, elle arrive aux mêmes résultats sur la base d'autres arguments, en se référant surtout à la protection de la personnalité du travailleur⁷⁶.

c) Droit à la sécurité sociale

Le § 4 du Livre I du Code de la sécurité sociale donne à "chacun" un droit d'accès à l'assurance sociale "dans le cadre du code".

Il faut donc d'emblée en considérer les possibles exceptions et restrictions: Tout travailleur salarié est automatiquement assuré contre les accidents du travail et l'individu est protégé, même si l'employeur n'a pas payé les cotisations. De leur part, les employeurs ont le droit de s'assurer volontairement s'ils participent aux activités. L'assurance-accident est organisée par branches; la victime d'un accident reçoit les prestations prévues par la loi, comme des soins médicaux ou une rente. En cas de désaccord, ce sont les tribunaux de sécurité sociale qui tranchent; l'assuré a un droit subjectif aux prestations prévues.

Les assurances qui couvrent les risques "maladie", "vieillesse" et "invalidité" sont moins générales. Elles ne s'appliquent pas aux travailleurs salariés travaillant moins de 15 heures par semaine et ne gagnant pas plus de 630 DM (en 1999). Ce groupe de travailleurs à temps partiel a un droit d'accès à l'assurance-vieillesse (§ 7 Livre VI du Code de la sécurité sociale) mais doit payer une partie des contributions lui-même. Ce droit d'accès n'existe pas pour l'assurance-maladie (§ 9 Livre V du code de la sécurité sociale). Des personnes qui gagnent plus de 8.000 DM (environ) ne sont pas obligées de participer à l'assurance-vieillesse et à l'assurance-maladie mais possèdent un droit de s'inscrire volontairement.

L'accès à l'assurance-chômage était encore plus restreint: il fallait travailler au moins 18 heures par semaine, le montant du salaire ne jouant aucun rôle.

76 Sur le droit de l'employeur de se renseigner sur le travailleur *BAG*, *AP*, N° 2 sur le § 123 *BGB*; W. DÄUBLER, *Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte*, 3^e éd., Köln, 1993, § 7; sur l'obligation de l'employeur de réintégrer provisoirement le travailleur licencié dans l'entreprise si celui-ci a gagné son procès en première instance *BAG* (Chambres réunies), *DB*, 1985 pp. 2197 ss.

Depuis 1997, les conditions sont les mêmes que dans l'assurance-vieillesse et l'assurance-maladie, mais la loi ne permet pas d'inscription volontaire. Les exceptions au détriment des travailleurs à temps partiel concernant surtout les femmes, il semblait fort douteux que les règles allemandes fussent conformes au droit communautaire. Le Tribunal de sécurité sociale [*Sozialgericht*] de Hanovre a posé cette question à la Cour de Justice des CE⁷⁷ qui n'a pourtant pas vu d'infraction au Traité CE⁷⁸. Il suffit de noter que le droit allemand ne prévoit pas de droit universel à la sécurité sociale. Il en résulte que des personnes qui ne cherchent pas d'emploi rémunéré (et notamment les femmes au foyer) sont exclues du système de la sécurité sociale.

d) Droit aux soins médicaux

Le droit d'obtenir le traitement médical nécessaire n'est garanti comme tel ni dans la Loi fondamentale ni dans une loi spéciale.

Ceux qui participent à l'assurance-maladie sont soignés conformément aux dispositions du Code social. Le § 27 du Livre V du Code garantit le traitement "nécessaire"; en cas de désaccord, ce sont les tribunaux de sécurité sociale qui se prononcent. La protection de l'assurance-maladie comprend le conjoint ou la conjointe et les enfants mineurs; 90% de la population sont ainsi protégés.

Si des personnes qui ne participent pas à l'assurance-maladie ne disposent pas de moyens pour payer le traitement médical nécessaire, c'est l'assistance sociale qui recouvre les frais. Le système médical existant est donc accessible à tout le monde.

Le libre accès ne prend pas en compte le problème d'une carence, soit d'appareils, soit de personnel qualifié. Au début des années 70, on s'est demandé si l'Etat ou l'organisme compétent de l'assurance-maladie était tenu d'augmenter les places du "rein artificiel". La juridiction de la sécurité sociale a condamné un organisme à payer la somme nécessaire au malade pour se procurer un tel appareil⁷⁹. Au cours des années 80, les tribunaux ont constaté qu'il n'y avait pas assez de médecins spécialisés pour guérir certaines maladies psychiques. Ils ont alors obligé l'organe de sécurité

77 SG Hannover, *BB*, 1993, p. 1593.

78 CJCE, *NZA* 1996, p. 179.

79 SG Berlin, *JZ*, 1971, p. 422.

sociale ou d'assistance sociale à payer un traitement dispensé par un psychologue, prestation normalement en dehors du système de celles couvertes par la sécurité sociale⁸⁰. Dans les deux cas, la jurisprudence s'est surtout penchée sur l'obligation légale des organismes de sécurité sociale de trouver les ressources nécessaires pour soigner les assurés [*Sicherstellungsauftrag*], sans indiquer quelle aurait été la solution si les circonstances avaient empêché les personnes concernées de se procurer un rein artificiel ou l'aide d'un psychologue. En outre, on ne sait pas exactement si un assuré peut demander des soins médicaux dispensés uniquement à l'étranger.

En règle générale, le débat porte sur l'interprétation des normes du Code de sécurité sociale; la garantie du "droit à la vie et à la santé" dans l'art. 2 al. 2 de la Loi fondamentale ne joue pratiquement pas⁸¹.

e) Droit au logement

L'ordre juridique allemand ne connaît pas de "droit au logement", en ce sens que l'Etat devrait garantir à chacun un logement convenable.

L'art. 13 de la Loi fondamentale mentionne uniquement "l'inviolabilité" du logement [*Unverletzlichkeit der Wohnung*] se référant ainsi à un logement déjà existant. Il existe cependant des mécanismes spécifiques à une politique du logement, mais ils ne sont pas perçus comme l'émanation d'un "droit au logement".

Deux sortes de mesures méritent d'être mentionnées. *D'une part*, l'Etat finance la construction de logements de façon directe ou indirecte. L'intervention directe visait surtout dans les années 50 et 60 à la construction de logements sociaux [*sozialer Wohnungsbau*], l'intervention indirecte consistant en des privilèges fiscaux assez importants. *D'autre part*, l'Etat accorde une allocation de logement [*Wohngeld*] à tous ceux qui ne sont pas capables de payer leur loyer sans mettre en danger le revenu familial.

Depuis 1989, l'immigration a créé de nouveaux problèmes, car le fait d'être sans abri est toujours contraire aux lois de police. En l'occurrence, l'Administration met des réfugiés dans des bâtiments publics comme des casernes;

80 *BSGE*, 48, pp. 258 ss.

81 Sur l'interprétation de l'art. 2 al. 2 de la Loi fondamentale, v. la monographie de G. HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, C.F. Müller, Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987.

pour certaines personnes il y a des foyers d'hébergement. Le droit à un "abri" fait en effet partie du minimum d'existence.

f) Droit à la formation

Dans son art. 12, la Loi fondamentale garantit le *libre choix des postes de formation* [*Freie Wahl der Ausbildungsstätte*] mais reste silencieuse sur le problème du nombre suffisant de places à pourvoir.

Des lois fédérales comme les Constitutions et lois des *Länder* prévoient le droit à une formation adéquate selon les capacités de chacun⁸². Dans la pratique, il faut faire la distinction entre le problème de l'accès à des institutions existantes et celui de l'insuffisance des ressources.

Conformément à la législation des *Länder*, la scolarité obligatoire est de neuf ou dix ans. Pour des raisons budgétaires, le nombre d'instituteurs et de professeurs ne répond pas aux exigences de la pédagogie moderne, mais l'enseignement en tant que tel reste assuré. L'analphabétisme existe dans certaines parties de la population immigrée et des cours adaptés à ce groupe de personnes leur sont sans aucun doute fort utiles.

L'assistance sociale intervient quand les moyens financiers familiaux ne suffisent pas à l'entretien de l'écolier. Si l'enfant veut poursuivre sa formation scolaire jusqu'au baccalauréat (ce qui implique 13 années de scolarisation au total) il peut lui être octroyé une bourse, sous certaines conditions⁸³.

Dans le secteur universitaire, la place de l'individu est relativement forte. Tout titulaire du baccalauréat a en principe un droit d'obtenir une place à l'Université. Dans la plupart des disciplines, il y a pourtant un *numerus clausus* [*quota*]: il faut remplir certaines conditions (bonnes mentions ou durée d'attente relativement longue) pour être définitivement admis. Vu le quasi-monopole de l'Etat dans le système universitaire, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle a déduit de l'art. 12 de la Constitution une obligation du législateur de fixation de critères d'admission et de non-exclusion de groupes entiers de candidats: Chacun doit avoir sa

82 V. HEYMANN / STEIN, "Das Recht auf Bildung. Dargestellt am Beispiel der Schulbildung", *AöR*, 97, 1972, p. 185; v. aussi L. R. REUTER, "Soziales Grundrecht auf Bildung?", *Deutsches Verwaltungsblatt* (=DVBl), 1974, p. 12.

83 La base juridique en est le texte législatif *Bundesausbildungsförderungsgesetz* dans sa forme du 9.4.1976 (*BGBI*, I, p. 989) modifiée ultérieurement.

chance⁸⁴. La Cour s'est penchée sur la question de savoir si l'Etat est tenu selon la Constitution de créer de nouvelles places à l'Université, sur la base de l'argument qu'une liberté est "sans valeur" si les conditions de fait pour en tirer jouissance ne sont pas remplies⁸⁵. Elle n'a pourtant pas pris de décision définitive, laissant ainsi le champ ouvert à toute sorte de réflexions théoriques. Elle a statué qu'un droit subjectif de l'individu n'est "concevable" que dans le cas d'une infraction manifeste de l'Etat à ses obligations⁸⁶.

Lorsque les parents n'ont pas de revenus suffisants, on l'a vu, l'étudiant reçoit une bourse de la part de l'Etat. Le fondement juridique en est la Loi sur l'aide à la formation [*Bundesausbildungsförderungsgesetz*, connue sous le nom de *Bafög*]⁸⁷, les montants concrets étant fixés par règlement. Les études en tant que telles sont normalement gratuites, mais des propositions de modification de ce régime à cause de difficultés budgétaires voient le jour. Si le jeune préfère recevoir une formation professionnelle en dehors de l'Université, il doit dans la grande majorité des cas suivre le "modèle dualiste de formation": L'enseignement pratique se fait en entreprise et l'enseignement théorique dans une école publique. C'est à l'individu de trouver une place d'"apprenti" chez un entrepreneur public ou privé: il dépend donc de la bonne volonté des employeurs. A l'embauche, il n'y a aucune protection spéciale; ce ne sont que les principes généraux du recrutement du personnel, et surtout les interdictions de discrimination, qui accordent un minimum de protection. Une "obligation légale de créer des postes" n'est pas à l'ordre du jour -les réflexions concernant le secteur universitaire n'ayant aucune répercussion dans ce domaine.

3. Libertés sociales

a) Libertés fondamentales et relation de travail

En principe, la jurisprudence accepte le *droit des travailleurs d'exprimer*

84 *BVerfGE* 43, pp. 291 ss.

85 *BVerfGE* 33, pp. 303, 331: "Das Freiheitsrecht wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos." ["Cette liberté serait sans valeur, sans une possibilité réelle de pouvoir l'invoquer"].

86 *BVerfGE* 33, pp. 303, 333.

87 V. note 82.

librement leurs opinions au cours du travail dans l'entreprise ou dans l'administration⁸⁸.

Elle accepte également le droit de refuser un travail pour raisons de conscience. Ainsi, trois médecins pacifistes qui avaient été licenciés pour refus de coopération dans la production d'un médicament utilisable surtout dans une guerre nucléaire avaient introduit un recours: se fondant sur l'art. 4 de la Constitution qui garantit la liberté de conscience, le Tribunal Fédéral du Travail a déclaré le licenciement illégal⁸⁹.

D'autres libertés ont joué un rôle beaucoup plus réduit. Bien que le journaliste jouisse lui aussi de la liberté de presse, il ne peut faire jouer ce droit que dans le cadre de la "ligne générale" du journal fixée par le propriétaire ou par le rédacteur en chef⁹⁰.

Dans le domaine scientifique, la liberté de la science commence à être objet de réflexion⁹¹.

Par ailleurs, l'attention de la doctrine se concentre sur des cas qui sont connus aux Etats-Unis sous le nom de *whistleblowers*: Un travailleur s'adresse à l'Administration, à la presse ou au public en général pour dénoncer ainsi l'inobservation de règles concernant la protection de l'environnement par son employeur⁹².

L'exercice des libertés dans la relation du travail est gravement entravé par les intérêts de l'employeur.

D'après la jurisprudence du Tribunal Fédéral du Travail, la liberté d'opinion est limitée par les "principes généraux" du droit du travail de sorte qu'une critique ne doit pas être provocatrice⁹³ ni ne doit ternir la réputation de l'employeur dans l'opinion publique⁹⁴. La difficulté de définir la frontière entre "liberté" et "ordre" apparaît dans les cas concernant le badge *Stoppt Strauß*: Un insigne d'un diamètre de 14 cm était "provocateur" et justifiait

88 V. BAG, DB, 1982, p. 2143.

89 V. BAG, DB, 1989, p. 2538.

90 V. l'analyse de H. PLANDER, "Die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Einstellung und Kündigung von Redakteuren und anderen Tendenzträgern", *AuR*, 1976, pp. 289, 299.

91 W. DÄUBLER, "Die Wissenschaftsfreiheit des Arbeitnehmers", *NZA*, 1989, pp. 947 ss.

92 V. Sp. SIMITIS, "Die verordnete Sprachlosigkeit: Das Arbeitsverhältnis als Kommunikationsbarriere", in *Festschrift SIMON*, Baden-Baden, 1987, pp. 329 ss.

93 BAG, NJW, 1978, p. 1875.

94 BAG, AP, N° 2 sur le § 134 BGB.

un licenciement tandis qu'un autre ne mesurant que 4 cm était toléré (et le licenciement déclaré illégal)⁹⁵.

La liberté de conscience connaît elle aussi des limites. Si le conflit entre la tâche et les convictions de l'individu était prévisible, ce dernier ne peut invoquer sa liberté de conscience. Par ailleurs, la jurisprudence accepte le licenciement si l'employeur ne trouve pas de collègues prenant la place de l'objecteur ou si la personne en cause ne peut plus faire de travail utile dans l'entreprise⁹⁶.

b) Liberté de travail

L'art. 12 de la Loi fondamentale garantit le libre choix du poste de travail [*freie Wahl des Arbeitsplatzes*]. Les pouvoirs publics n'ont donc pas le droit d'obliger des individus à une certaine activité, exception faite de personnes condamnées à une peine de prison.

La Cour Constitutionnelle comprend les termes de "libre choix" dans leur plus vaste acception, qui inclut le droit de garder et de changer un poste de travail. Le législateur ne peut donc supprimer des relations de travail existantes que dans des conditions spécifiques⁹⁷. Dans la relation de travail, l'art. 12 est important à trois égards:

- Le travailleur a le droit de résilier son contrat. Le § 622 du Code Civil n'exige pas l'existence d'une raison "juste" ou d'une autre condition. Les délais de résiliation peuvent être prolongés mais le § 624 du Code Civil prévoit un droit de résiliation après 5 ans, qui ne peut être modifié par contrat.
- Le travailleur a le droit à une deuxième relation de travail ou à une activité supplémentaire si la relation de travail "primaire" n'en est pas affectée⁹⁸.
- La jurisprudence n'admet pas de clauses dans le contrat de travail qui obligerait le travailleur à rembourser les prestations sociales s'il

95 U. ZACERT, "Plaketten im Betrieb - Ausdruck von Meinungsfreiheit oder Störung des Betriebsfriedens?", *AuR*, 1984, p. 289.

96 U. MAYER, "Arbeits- und sozialrechtliche Probleme der Gewissensfreiheit", *AuR*, 1985, pp. 105 ss.

97 BVerfG, NJW, 1991, p. 1667.

98 BAG, DB, 1977, p. 544.

quitte l'entreprise avant une certaine date. Le Tribunal Fédéral du Travail a développé un système de règles, y compris de délais, très détaillé⁹⁹; la jurisprudence se rapproche ainsi du caractère de la législation.

c) Liberté syndicale

La Loi fondamentale garantit dans son art. 9 al. 3 la *Koalitionsfreiheit*, à savoir la *liberté de s'associer* en formant des syndicats ouvriers et des associations patronales. Il s'agit d'une part d'une *liberté* que l'Etat doit respecter, et d'autre part d'un *droit social* concernant le comportement de l'employeur et des syndicats.

Les droits découlant de l'art. 9 al. 3 ont une *Drittwirkung* [effet à l'égard des tiers], et possèdent le même effet juridique entre personnes privées et dans la relation entre l'individu et l'Etat.

L'art. 9 al. 3 concerne l'*autonomie collective*, donc le droit de conclure des conventions collectives et d'organiser des grèves dans le cadre de négociations collectives¹⁰⁰.

La Cour Constitutionnelle a confirmé la jurisprudence du Tribunal Fédéral du Travail qui a admis sous certaines conditions le *droit des employeurs au lock-out*¹⁰¹.

La jurisprudence a également déduit de la *Koalitionsfreiheit* une *participation syndicale au système de représentation des intérêts des travailleurs* dans les comités d'entreprise [*Betriebsräte*] et au niveau de l'entreprise¹⁰².

La liberté de l'art. 9 al. 3 donne à la fois une structure démocratique aux relations de travail et un cadre juridique au marché du travail.

d) Droit à une rémunération suffisante et à des conditions de travail dignes

La *rémunération* des travailleurs est fixée par convention collective. Environ 90% des salariés sont dans la pratique protégés par des conventions. Comme celles-ci sont normalement conclues au niveau de la branche, les

99 Résumé chez W. DÄUBLER, *Arbeitsrecht 2*, op. cit. (note 75), no. 895 ss.

100 BVerfGE 4, pp. 96 ss.; BVerfG, *AuR*, 1992, p. 29.

101 BVerfG, *AuR*, 1992, p. 29.

102 BVerfGE 19, pp. 303, 313; BVerfGE 50, pp. 290 ss.

entreprises importantes payent souvent des rémunérations supplémentaires¹⁰³. L'instrument juridique de la rémunération est le contrat de travail. 10% des travailleurs sont donc hors conventions et ne sont pas protégés par un salaire minimum. Le SMIC est inconnu en Allemagne, une échelle mobile n'existe pas non plus. Dans les cas extrêmes de salaires très bas, ceux-ci sont considérés comme une atteinte à la morale; la clause contractuelle est frappée de nullité et remplacée par un salaire adéquat, normalement celui de la convention collective¹⁰⁴. Ce seuil est pourtant très élevé¹⁰⁵.

En ce qui concerne les *conditions de travail*, il faut noter que la *protection de la santé des travailleurs* fait l'objet de mesures législatives très détaillées¹⁰⁶. Un recours direct à la garantie du droit à la santé de l'art. 2 al. 2 de la Loi fondamentale n'est introduit que très rarement, il n'a une certaine importance que dans le domaine de la protection des non-fumeurs, où il n'y a pratiquement pas de règles spécifiques¹⁰⁷. Les règles sur l'hygiène du travail donnent des *droits subjectifs* au travailleur, qu'il peut invoquer devant la juridiction du travail.

Dans le *domaine des autres conditions de travail*, ce sont une fois de plus les conventions collectives qui sont le moyen essentiel pour en fixer un niveau acceptable. Le rôle de la jurisprudence y est cette fois relativement modeste. Une clause générale prévoyant un droit à l'humanisation des conditions de travail est discutée dans la doctrine¹⁰⁸ mais reste sans répercussions auprès des tribunaux. Le § 75 al. 2 de la Loi sur l'organisation de l'entreprise [*Betriebsverfassungsgesetz*], disposant que l'employeur et le comité d'entreprise collaborent en vue de faciliter le libre développement de la personnalité des travailleurs, a lui aussi une portée assez restreinte.

Le *droit au congé annuel* fait partie des conditions de vie dignes. La loi prévoit quatre semaines par an¹⁰⁹, les conventions collectives, elles, fixent

103 W. DÄUBLER, *Tarifvertragsrecht*, op. cit. (note 38), N° 573 ss.

104 BAG, AP, N° 29 sur le § 138 BGB.

105 Selon l'arrêt du LAG Düsseldorf (BB, 1978, p. 256) un salaire qui est à plus de 40% au-dessous du niveau de la convention collective est contraire à la morale.

106 Résumé chez ZÖLLNER / LORITZ, *Arbeitsrecht*, 5^e éd., München, 1996, §§ 29-32.

107 V. Verwaltungsgericht (=VG) Würzburg, NJW, 1981, p. 243 et Arbeitsgericht (=ArbG) Hamburg, DB, 1989, p. 1142.

108 W. ZÖLLNER, "Mitbestimmung und menschengerechte Arbeitsgestaltung", RdA, 1973, pp. 212 ss.

109 *Bundesurlaubsgesetz* du 8.1.1963 (BGBl, I, p. 2) avec modifications ultérieures.

presque 6 semaines¹¹⁰. Un "droit au congé" [*Recht auf Urlaub*], au sens traditionnel d'un droit social obligeant l'Etat, n'existe pas.

e) Droit à la cogestion

Le texte de la Loi fondamentale est silencieux quant à un éventuel droit de cogestion ou de cogestion des travailleurs.

Les Constitutions de certains *Länder* font néanmoins état d'une telle garantie¹¹¹.

La doctrine a déduit de la garantie de la dignité de l'homme un *principe général de cogestion* qui donne aux travailleurs la possibilité d'influencer sur pied d'égalité les décisions de nature économique. Si le législateur n'introduit pas de cogestion paritaire, le principe peut être réalisé par voie de conventions collectives¹¹². Personne ne prétend donc qu'il existe un droit subjectif pour demander au législateur la création de mécanismes de cogestion, voire d'un modèle concret.

La *cogestion au sein du comité d'entreprise* est réglementée par la Loi sur l'organisation de l'entreprise¹¹³, tandis que la *cogestion au conseil de surveillance* [*Aufsichtsrat*] l'est par diverses lois¹¹⁴, version actuelle chez M. KITTNER, *Arbeits- und Sozialordnung*, *op. cit.* (note 36), N° 26 ss.. L'élargissement revendiqué par les syndicats est un sujet politique et non un problème d'application de la Constitution.

4. Egalité

a) Droit à un traitement égal dans la relation de travail

Aux termes du § 75 al. 1 de la Loi sur l'organisation de l'entreprise,

110 R. BISPINCK / WSI-Tarifarchiv, *Tarifbewegungen in Westdeutschland im Jahr 1991: WSI-Mitteilungen*, 1992, p. 140.

111 K. LANGE, *op. cit.* (note 2), p. 56.

112 W. DÄUBLER, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten*, 3^e éd., Frankfurt-Köln, 1976.

113 *Betriebsverfassungsgesetz* du 15.1.1972 (*BGBI*, I, p. 13), version actuelle chez M. KITTNER, *Arbeits- und Sozialordnung*, *op. cit.* (note 36), N° 12.

114 V. surtout la "*Montanmitbestimmungsgesetz*" et la "*Mitbestimmungsgesetz*".

l'employeur est tenu à un *traitement non discriminatoire* de ses travailleurs [*Gleichbehandlungsgrundsatz*]. "Egalité" en ce sens signifiant qu'une distinction entre différents travailleurs n'est admissible que sur la base d'une raison juste [*sachlicher Grund*]. Un comportement arbitraire y compris un comportement injustifié est donc interdit¹¹⁵. Le principe s'applique à l'entreprise, donc à l'unité technique de production. La jurisprudence admet l'obligation d'éviter d'injustes différenciations au niveau de l'entreprise, mais n'y inclut pas le groupe d'entreprises¹¹⁶.

b) Principe général d'égalité

L'art. 3 al. 1 de la Loi fondamentale reconnaît le principe d'égalité: "*Tous les hommes sont égaux devant la loi*" [*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*]. C'est une règle qui lie tous les organes de l'Etat y compris le législateur.

La jurisprudence en a fait une interdiction de comportement arbitraire¹¹⁷. Pour pouvoir discriminer diverses personnes ou divers groupes de personnes, le législateur et l'administration sont tenus d'arguer d'une "raison juste", le critère étant décrit dans la formule "*en considérant l'idée de la justice*"¹¹⁸. Cette "justice" doit en outre être définie par référence aux autres dispositions de la Constitution. Le *principe de l'Etat Social* peut ainsi légitimer des mesures en faveur de personnes économiquement faibles¹¹⁹.

L'art. 3 al. 1 ne contient pourtant pas d'obligation de l'Etat de créer une égalité de chances ou de prendre des mesures vers une plus grande égalité économique —la jurisprudence allemande n'essayant pas d'assimiler cette disposition à l'art. 3 de la Constitution italienne.

115 Résumé chez M.-L. HILGER, "Zum Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht", *RdA*, 1975, pp. 32 ss.

116 BAG, AP, N° 15 sur le § 242 *BGB* (Gleichbehandlung [égalité de traitement]).

117 *BVerfGE* 9, pp. 201, 206.

118 *BVerfGE* 46, pp. 224, 233: "*Bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise*". [*D'une manière de voir sous-tendue par une conception de la justice*].

119 V. le résumé chez H. ZACHER, "Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip", *AöR*, 93, 1968, pp. 341 ss.; M. KITTNER, *Alternativkommentar zum GG*, *op. cit.* (note 63), Art. 20 §§ 1-3 IV N° 57.

La seule conséquence dans le domaine de notre étude en est le contrôle de l'exclusion de certains groupes de l'accès à des prestations sociales: La Cour Constitutionnelle a ainsi déclaré inconstitutionnelle une clause de l'assurance-accident selon laquelle l'embryon humain n'était pas protégé¹²⁰.

c) Egalité entre hommes et femmes

Une pareille interprétation restrictive n'existe pas dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes [*Gleichberechtigung*].

L'interdiction de discrimination se trouve dans l'art. 3 al. 3 (auprès d'autres interdictions telles celles fondées sur la race, l'origine, la conviction politique et syndicale), et le principe général dans l'art. 3 al. 2 de la Loi fondamentale ("Hommes et femmes ont les mêmes droits" – "Männer und Frauen sind gleichberechtigt").

Dans la jurisprudence, ce principe a été conçu comme un mandat visant à établir l'égalité dans la vie sociale¹²¹. Le législateur est tenu de garantir les mêmes chances d'emploi aux femmes. Il lui est interdit d'énoncer des règles figeant ou perpétuant les rôles traditionnels de l'homme et de la femme. Des désavantages de fait peuvent être compensés par voie de règles favorisant les femmes¹²². La Cour Constitutionnelle ne s'est pas encore prononcée sur le problème de savoir si une règle préférentielle prévoyant l'embauche et la promotion des femmes en cas de qualification équivalente des candidats masculins – à condition que les femmes ne dépassent pas un certain *quota* – est conforme à la Constitution¹²³.

120 BVerfGE 45, pp. 376, 385.

121 BVerfG, NZA, 1992, p. 270.

122 BVerfG, NZA, 1992, p. 271.

123 V. H. PFARR, *Frauenförderung und Grundgesetz*, Baden-Baden, 1988. La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a accepté le *quota* "flexible" dans l'arrêt Marschall (DB 1997, p. 2383).

5. Autres droits

a) Droits des fonctionnaires

L'art. 33 al. 5 de la Loi fondamentale dispose que le statut des fonctionnaires doit être fixé par le législateur "en considération des principes traditionnels" en vigueur. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle en a fait une "garantie institutionnelle" de la fonction publique [*Beamten-tum*]¹²⁴. De cette garantie, la Cour a déduit le principe de la permanence de l'emploi, ou "d'être nommé à vie" [*Lebenszeitprinzip*] et certains droits subjectifs des fonctionnaires tel le droit à un salaire conforme à la fonction [*amtsangemessenes Gehalt*]¹²⁵ ou le droit à une protection générale dans l'exercice de sa fonction, mais aussi contre des risques comme l'accident, la maladie, etc. [*Fürsorgepflicht*]¹²⁶.

En contrepartie, le fonctionnaire est lié par une vaste obligation de fidélité qui lui interdit de faire grève¹²⁷ ou de jouer un rôle actif dans un parti "hostile" à la Constitution¹²⁸.

Les lois sur le statut des fonctionnaires doivent répondre à ces principes. Le cas échéant, le fonctionnaire peut revendiquer ses droits par voie de requête constitutionnelle [*Verfassungsbeschwerde*]. Pour deux millions de travailleurs environ, il y a donc des droits sociaux dans le sens de droits subjectifs; le texte plutôt modeste de la Constitution n'a pas été considéré comme un obstacle définitif.

b) Egalité entre enfants légitimes et enfants naturels

En vertu de l'art. 6 al. 5 de la Loi fondamentale, le législateur est obligé de créer les mêmes conditions de vie pour les enfants légitimes et les enfants naturels¹²⁹. La Constitution n'a pas prévu de délai pour accomplir ce mandat.

124 V. BVerfGE 44, p. 249.

125 BVerfGE 8, pp. 1, 16.

126 BVerfGE 43, pp. 154, 167.

127 BVerfGE 44, pp. 249, 264.

128 BVerfGE 39, p. 334. Analyse critique chez W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2*, op. cit. (note 75), N° 1745 ss.

129 Le texte est rédigé d'une façon un peu plus compliquée: "Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen".

La Cour Constitutionnelle a pourtant décidé en 1967 que le législateur était tenu d'avoir supprimé, avant 1969, la législation traditionnelle discriminatoire –soit vingt années après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale¹³⁰. Il convient de signaler que cette décision a été prise sur la base d'une requête constitutionnelle et que la sanction prévue dans l'arrêt en cas de non-respect de cette décision n'était pas évidente: Après 1969, les tribunaux ordinaires auraient été obligés de ne plus appliquer les normes traditionnelles et de les remplacer par des règles respectant l'égalité entre enfants naturels et enfants légitimes (on aurait probablement appliqué les règles concernant les enfants de parents divorcés) –la sanction est pourtant restée théorique car le législateur est intervenu en 1969 exactement¹³¹.

c) Subvention des écoles privées

L'art. 7 al. 4 de la Loi fondamentale garantit le *droit de fonder des écoles privées* et subordonne cet exercice à certaines conditions (y compris une autorisation préalable).

Le Tribunal Administratif Fédéral a déduit de l'art. 7 al. 4 un *droit subjectif d'être subventionné*¹³² –autrement les écoles privées n'auraient aucune possibilité d'avoir professeurs et écoliers. Dans les années 70 et 80, la jurisprudence a pourtant réduit ce droit; il semble qu'il ne paraît y avoir qu'une obligation de l'Etat de sauver l'institution de l'école privée¹³³.

Enfin, en dehors de ce chapitre, la question de la *nature juridique* des droits sociaux a été déjà traitée lors de l'examen de la notion des droits sociaux (v. *supra* I.A.).

Kindern”. [“Il faut que la législation pourvoie aux mêmes conditions de développement physique et mental et à une même place au sein de la société pour les enfants nés hors mariage comme pour les enfants légitimes”].

130 BVerfGE 25, pp. 167, 178 ss.

131 Gesetz über die Rechtsstellung nichtehelicher Kinder du 19.8.1969 (BGBl, I, p. 1243), entrée en vigueur le 1er juillet 1970.

132 BVerwGE, 27, pp. 360, 362.

133 Pour plus de détails, v. L. GRAMLICH, “Privatschulförderung in der Krise”, *Juristische Schulung* (=JuS), 1985, p. 607.

IV. PERSONNES PROTEGEES / TITULAIRES DES DROITS SOCIAUX

A. Personnes physiques

1. Citoyens

Les droits sociaux énumérés *supra* (III) sont protégés pour les *citoyens allemands*. Cette notion englobe les *réfugiés des pays de l'est appartenant au peuple allemand, mais dépourvus de la nationalité allemande*. Cette appartenance est définie dans l'art. 116 de la Constitution. Il faut souligner à cet égard que cette disposition est interprétée dans son sens large, si bien que des descendants de ce groupe de personnes y sont compris, même s'ils ne possèdent plus aucun lien avec la culture allemande.

Certains droits sociaux dépendent du fait que la *personne* en cause exerce un *travail salarié*; tel est le cas pour l'accès à la sécurité sociale ou pour le droit de cogestion dans l'entreprise. L'exercice de la liberté syndicale est réservé à ceux qui travaillent, qui ont travaillé ou qui cherchent un emploi.

2. Etrangers

Le *principe de l'Etat Social* s'applique aux *étrangers se trouvant sur le territoire national*. Le législateur peut donc restreindre les droits découlant de la sécurité sociale dans le cas d'un citoyen étranger qui quitterait l'Allemagne¹³⁴. Cela signifie aussi qu'il n'y a pas de principe universel de “territorialité”.

Au regard des divers droits sociaux, la position des ressortissants étrangers n'est pas uniforme:

- Le *droit au minimum d'existence* est accordé à *toute personne se trouvant en Allemagne*, mais un étranger, en vertu du § 46 N° 6 de la Loi sur les étrangers [*Ausländergesetz*] peut être expulsé s'il requiert l'assistance sociale. Abstraction faite des conventions internationales qui excluent ce risque, la procédure d'expulsion commence dès lors que le particulier a bénéficié de cette assistance pendant quelques mois.

134 BVerfGE 51, pp. 1, 27 ss.

- Sur les aspects (limités) d'un *droit au travail*, on ne fait pas de distinction entre nationaux et étrangers. Les questions des permis de séjour et de travail seront examinées plus loin.
- La *sécurité sociale* ne se réfère pas à la nationalité mais uniquement au travail salarié. Ceci vaut non seulement pour les cotisations mais aussi pour les prestations. Il y a pourtant *deux exceptions*: L'une, déjà mentionnée, concerne l'*exportation des droits à des prestations*. L'autre concerne le *placement*; bien qu'ayant versé les mêmes cotisations à l'assurance-chômage, les citoyens étrangers (à savoir les ressortissants non communautaires) n'ont que peu de chances d'obtenir un nouveau poste de travail, car les citoyens allemands bénéficient d'une priorité de placement. Il existe toutefois une *exception (de l'exception)* de plus en plus importante: Un étranger qui possède un *permis de travail "spécial"* (accordé normalement après 5 ans de travail) a les mêmes droits que les nationaux auprès du bureau de placement.
- Les éléments d'un *droit au logement* ne se limitent pas aux seuls nationaux. Les privilèges fiscaux par exemple sont eux aussi accordés aux citoyens étrangers.
- En ce qui concerne la *formation*, l'art. 12 de la Loi fondamentale se réfère uniquement aux Allemands alors que les garanties de scolarité énoncées dans les Constitutions des *Länder* englobent les étrangers résidant en Allemagne. Si l'accès aux Universités est en principe libre, dans les cas où il existe un *numerus clausus*, un *quota* de 10% est par exemple prévu pour les citoyens étrangers. En outre, dans la formation technique, si la possibilité d'obtenir un poste d'apprentissage ne dépend pas de la nationalité, la décision de l'employeur d'embaucher ou non n'est pratiquement soumise à aucun contrôle juridique¹³⁵.
- La *liberté de conscience* (art. 4) et la *liberté d'opinion* (art. 5) sont des droits humains; la nationalité n'y joue aucun rôle.
- En revanche, la "*liberté de travail*", qui se fonde sur l'art. 12, est donc réservée aux Allemands, mais il est peu concevable qu'il soit permis à l'employeur de fixer dans le contrat de travail avec un étranger des clauses qui seraient inadmissibles dans un rapport avec des Allemands. Par ailleurs, le § 75 al. 1 de la Loi sur l'organisation de l'entreprise

135 V. *supra* III 2 f.

- interdit toute discrimination pour cause de la nationalité, principe qui, d'après la doctrine, s'applique aussi aux conditions de travail fixées au moment de l'embauche¹³⁶.
- La *liberté syndicale* est un droit de l'homme qui ne distingue pas entre nationaux et étrangers.
- Il en est de même pour le *droit à une rémunération adéquate, à des conditions dignes de travail et à la cogestion*.
- Les *règles du droit du travail* ne se réfèrent pas à la nationalité –principe qui peut être interprété comme découlant de la solidarité mais également de la nécessité pour le travailleur allemand de ne pas admettre de concurrence "déloyale" venant d'une main-d'œuvre à bas prix.
- Enfin, le principe du § 75 al. 1 de la Loi sur l'organisation de l'entreprise (*égalité de traitement*) a été déjà mentionné (v. *supra* III 4 a).
- L'emploi (mais non la conclusion du contrat de travail) dépend d'un *permis de travail* qui est accordé conformément d'une part aux dispositions de la loi sur la promotion de l'emploi et d'autre part au règlement sur le permis de travail [*Arbeitsverlaubnisverordnung*] qui édicte des règles très précises¹³⁷. Un contrat conclu sans permis n'est pas nul mais le refus définitif du permis justifie le licenciement¹³⁸. L'absence d'un *permis de séjour* n'affecte pas le contrat de travail mais l'expulsion rend caduque toute réflexion sur les effets juridiques éventuels.

B. Personnes morales / Groupes de personnes ou unions sans personnalité juridique

Les droits sociaux protègent des individus. Il est peu concevable d'accorder le minimum vital ou l'accès à l'Université à une personne morale.

- Cependant, l'art. 19 al. 3 de la Loi fondamentale étend les droits fondamentaux à des *personnes morales de droit privé* si ceux-ci sont appli-

136 P. BERG, in DÄUBLER / KITTNER / KLEBE, *BetrVG-Kommentar*, 6^e éd., Köln, 1998, § 75, N° 7; FITTING / KAISER / HEITHER / ENGELS, *BetrVG-Kommentar*, 19^e éd., München, 1998, § 75, N° 11.

137 "Verordnung über die Arbeitsverlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer", *BGBI.* 1980, I, p. 1754, version actuelle chez M. KITTNER, *Arbeits- und Sozialordnung, op. cit.* (note 36), N° 9.

138 BAG, *NJW*, 1977, p. 1023.

cables "selon leur essence" [*ihrem Wesen nach*]. Tel est le cas du *droit de propriété* et de la *liberté d'entreprise* qui peuvent donc freiner des activités législatives basées sur le principe de l'Etat Social. Les personnes juridiques jouissent également de tous les droits concernant les *procédures judiciaires*.

- Les *personnes morales de droit public*, comme à titre d'exemple un organisme de sécurité sociale, ne sont pas titulaires des droits fondamentaux¹³⁹ car ce serait une protection de l'Etat contre lui-même. Tous les droits concernant les *procédures judiciaires* leur sont cependant accordés¹⁴⁰.
- Les *groupes de personnes assimilés à des personnes morales*, tels les *syndicats*, possèdent les mêmes droits qu'une personne morale de droit privé. Un syndicat peut à son tour se fonder sur la liberté syndicale de l'art. 9 al. 3 de la Loi fondamentale et ester en justice comme une personne morale¹⁴¹.

V. DESTINATAIRES DES REGLES GARANTISSANT DES DROITS SOCIAUX

A. Pouvoirs publics

Les droits sociaux s'exercent envers l'Etat et ses unités décentralisées. Leur qualité juridique a été décrite dans la première partie de cette étude¹⁴², les détails ayant été donnés lors de l'énumération des divers droits¹⁴³.

B. Particuliers

Le problème de l'effet à l'égard des tiers [*Drittwirkung*] est presque toujours débattu dans le cadre des libertés publiques. Dans le présent contexte, ce

139 *BVerfGE* 45, pp. 63, 78 en indiquant des exceptions en faveur des Universités, de stations de radio, etc.

140 *BVerfGE* 21, pp. 362, 373.

141 *BGHZ*, 50, pp. 325, 329.

142 *V. supra* I A.

143 *V. supra* III.

sont les *libertés sociales* et le *principe d'égalité* qui attirent le plus l'attention de la doctrine.

La *liberté syndicale* est le seul droit fondamental qui possède une *Drittwirkung* expressément fixée dans la Constitution. C'est donc l'employeur qui doit respecter l'affiliation syndicale de ses travailleurs et leurs activités syndicales – toute mesure discriminatoire et toute disposition du contrat de travail restreignant ce droit étant directement interdites par la Constitution. Pour les autres droits fondamentaux, la situation est moins claire.

La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fait état d'un "système de valeurs" exprimé dans les droits fondamentaux qui doit être respecté, même dans les relations entre particuliers¹⁴⁴. Dans la pratique, ces valeurs constitutionnelles ont un effet considérable dans l'*interprétation des clauses générales*: principe du respect de la bonne foi, interdiction des actes contraires aux bonnes mœurs, cause grave justifiant un licenciement sans préavis, etc. La jurisprudence relative au droit du travail donne par cette voie aux travailleurs le droit d'invoquer les droits fondamentaux dans un litige avec l'employeur; quant au problème qui pourrait se poser, ce serait plutôt celui des limites de ces droits¹⁴⁵. La liberté d'opinion et la liberté de conscience peuvent servir d'exemple à cet égard¹⁴⁶.

Les *droits sociaux au sens propre* ont pour objet une prestation de l'Etat; une obligation des tiers est par définition exclue. Il est pourtant concevable que la protection de l'individu dans un certain domaine implique des droits envers l'Etat comme envers des particuliers. Le droit à une rémunération équitable est une contribution importante à la sauvegarde du minimum vital. De même, la moitié des cotisations à la sécurité sociale payées par l'employeur sont un élément important dans la réalisation d'un droit aux soins médicaux. Enfin, les règles du Code civil qui protègent le locataire et qui restreignent ainsi la liberté du propriétaire sont elles aussi une contribution à un état de choses que l'on peut nommer "droit au logement".

144 *BVerfGE* 7, pp. 198, 203 ss.

145 Pour plus de détails, v. W. DÄUBLER, *Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte*, 3^e éd., Köln, 1993, N° 85 ss; Th. DIETERICH, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München 1998, "Vorbem. zum GG", N° 37 ss.

146 *V. supra* III 3 a.

VI. PROTECTION DES DROITS SOCIAUX

A. Formes de protection

1. Mécanismes juridictionnels

a) Protection à l'égard du législateur

Le contrôle de la constitutionnalité des lois est confié à la Cour Constitutionnelle. Elle a le droit d'annuler ou de déclarer inconstitutionnelle une loi ou une disposition légale. Il s'agit donc d'un contrôle "répressif", exception faite des lois qui autorisent le Président fédéral à ratifier un traité international.

La Cour Constitutionnelle peut être saisie par diverses autorités de saisine et suivant des procédures différentes.

- Ainsi, un tiers des membres du *Bundestag*, le Gouvernement fédéral ou le Gouvernement d'un *Land* peut introduire un recours de "contrôle abstrait de la constitutionnalité" [*abstrakte Normenkontrolle*].
- Si un *juge* d'une juridiction quelconque estime qu'une loi sur laquelle il doit se fonder pour sa décision est contraire à la Constitution, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la Cour Constitutionnelle qui se prononcera sur la conformité ou non de la loi à la Constitution, ceci constituant le "contrôle concret de la norme" [*konkrete Normenkontrolle*].
- L'*individu* peut lui aussi invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi mais doit normalement le faire devant le juge d'instance. Si la juridiction compétente ne partage pas ses vues, il peut s'adresser directement à la Cour, une fois toutes les voies de recours épuisées. Ce "détour" n'est pas nécessaire si la loi elle-même porte atteinte directement et immédiatement à ses droits fondamentaux. Dans les deux cas (avec ou sans examen par d'autres juridictions), c'est la requête constitutionnelle [*Verfassungsbeschwerde*] qui est à sa disposition¹⁴⁷.

Le contrôle de la constitutionnalité concerne la conformité avec toutes les normes de la Loi fondamentale.

- Si le législateur n'a pas rempli une obligation qui se trouve implicite-

147 Pour plus de détails, v. les §§ 90 ss. de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*.

ment ou explicitement énoncée dans la Constitution, la Cour lui ordonnera de se conformer à ses devoirs¹⁴⁸.

- Si la Cour constate qu'une loi est inconstitutionnelle, elle l'*annule*, mais cette règle connaît des *exceptions*: Lorsqu'une *norme est contraire au principe d'égalité*, la Cour se limite à constater le fait et demande au législateur de trouver une nouvelle solution. Cette pratique a été suivie dans un arrêt concernant l'inégalité des délais de préavis pour ouvriers (2 semaines) et employés (6 semaines): Les règles existantes ont été déclarées inconstitutionnelles, la Cour n'y voyant pas de raison justifiant cette distinction; une annulation des dispositions sur les délais de préavis aurait l'effet pervers d'enlever toute protection aux travailleurs¹⁴⁹. Le même raisonnement a prévalu quand la Cour a constaté que l'interdiction du travail nocturne des femmes était contraire à la Constitution: Elle n'a donc fait qu'une simple constatation, car une "libéralisation" totale du travail nocturne aurait été en contradiction avec la protection de la santé dans l'art. 2 al. 2 de la Loi fondamentale¹⁵⁰.
- Dans certains cas, la Cour a expressément autorisé les tribunaux compétents à trouver une solution eux-mêmes quand le législateur ne crée pas de nouvelles règles¹⁵¹.
- Dans l'arrêt récent sur l'avortement, la Cour a même défini un système de normes à appliquer jusqu'à décision nouvelle du législateur¹⁵² - solution peu concevable dans d'autres ordres juridiques.

b) Protection à l'égard des actes de l'Administration

Selon l'art. 19 al. 4 de la Loi fondamentale, toute personne s'estimant lésée dans ses droits peut s'adresser aux tribunaux. Il y a une juridiction administrative générale, une juridiction spécialisée de sécurité sociale [*Sozialgerichte*] et une juridiction spécialisée des finances qui se prononce sur les

148 V. *supra* III 5 b: égalité des enfants naturels.

149 BVerfG, NJW, 1990, p. 2246.

150 BVerfG, NZA, 1992, p. 270.

151 V. l'exemple de l'arrêt sur les délais de préavis (*supra* note 148) et l'arrêt sur l'égalité des enfants naturels (*supra* note 129).

152 BVerfG, NJW, 1993, p. 1751.

litiges concernant les impôts [*Finanzgerichte*]. La procédure est réglemen-tée par des lois spéciales.

c) Protection à l'égard des actes des juridictions

Au regard des *fonctions administratives des tribunaux*, la protection est normalement assurée par le moyen de recours spécifiques.

Lorsqu'un tribunal n'observe pas une règle de l'Etat de droit [*Rechtsstaat*] dans la *procédure*, la personne concernée peut introduire un recours et finalement s'adresser à la Cour Constitutionnelle.

En cas de *faute du juge*, le citoyen peut demander des dommages et intérêts à condition qu'il ne s'agisse pas du contenu d'un jugement; dans le cas contraire, il n'y a qu'une responsabilité (théorique) pour violation intentionnelle de la loi.

d) Protection à l'égard d'actes des particuliers

Les tribunaux ordinaires décident des droits qu'un individu possède par rapport à autrui. Les conflits entre salariés et employeurs sont soumis à la compétence des tribunaux du travail.

2. Mécanismes non juridictionnels

a) Moyens parlementaires

Le Parlement peut (et doit dans certains cas) adopter une loi pour réaliser le but fixé par un droit social. Si dans la pratique un problème survient, le Parlement peut ouvrir une consultation [*hearing*] à laquelle prennent normalement part des experts et des représentants des associations des personnes concernées. Le Parlement peut de surcroît citer le *Gouvernement* ou un *Ministre* pour lui soumettre des *questions*. Dans les cas graves, le Parlement peut désigner une *commission d'enquête*.

Le citoyen peut *s'adresser* à son *député* et lui poser toute question souhaitable.

Au niveau communal et à celui de la plupart des *Länder*, un certain pourcentage de la population peut *pétitionner* pour obliger le Parlement à discuter sur certains problèmes ou à prendre une décision.

b) Procédures non contentieuses devant l'Administration

Conformément à la Loi sur la procédure administrative [*Verwaltungsverfahrensgesetz*], loi uniforme dans la Fédération comme dans les *Länder*, l'Administration doit *discuter de certains projets* avec les personnes intéressées. Cela se produit surtout dans le cadre de la planification urbaine ou à l'occasion d'un programme de construction de centrales nucléaires ou d'autres installations dangereuses.

Dans le *domaine des droits sociaux*, cette forme de "participation" n'a pratiquement aucune importance. L'inspection du travail se réunit à intervalles réguliers avec les employeurs, les syndicats et les comités d'entreprise pour mieux cerner les questions et concilier –si nécessaire– des intérêts divergents. Ceci est d'une importance certaine en ce qui concerne la protection de la santé des travailleurs.

c) Droit d'adresser des pétitions aux autorités

Selon l'art. 17 de la Loi fondamentale, tout citoyen a le droit de s'adresser aux autorités compétentes et au Parlement pour des requêtes ou des plaintes. Il y a au sein du Parlement une commission spéciale chargée de ces "pétitions". Le résultat est en règle générale plutôt modeste.

d) Droit à l'audition préalable

Conformément à la Loi sur la procédure administrative, chacun a droit à être entendu si l'administration veut prendre un acte au détriment de ses droits subjectifs. Toutefois, ce principe connaît des exceptions, si la personne a déjà été informée ou si l'audition préalable est très difficile à réaliser: l'Administration peut alors agir sans que la personne ait été entendue.

e) Droit de demander des renseignements

Le citoyen peut demander des renseignements aux autorités. L'art. 15 du Livre I du Code social prévoit une obligation générale des organismes compétents de donner les informations nécessaires à l'individu. Le § 14 de la même loi enjoint aux autorités de prodiguer des conseils à la personne

en cause afin de faciliter l'exercice de ses droits et de lui permettre de mieux connaître ses obligations.

f) Ombudsman ou institutions semblables

L'Ombudsman ou une institution comparable n'existe pas dans le domaine des droits sociaux.

Le droit allemand ne prévoit qu'un responsable des forces armées [Wehrbeauftragter] chargé des réclamations des soldats ainsi qu'un responsable de la protection des données personnelles informatisées [Datenschutzbeauftragter].

Un "chargé des affaires sociales" n'existe pas et n'a jamais été envisagé.

g) Autres mécanismes de protection

Les syndicats s'engagent en faveur de la plupart des droits sociaux. Comme ils représentent surtout le monde du travail, leur intérêt primordial se concentre sur les droits en relation étroite avec le travail salarié. Cela n'exclut pas qu'ils prennent position sur l'assistance sociale et les problèmes de logement. Mais les décideurs savent qu'il serait malaisé pour les syndicats de mobiliser leurs membres pour exercer une pression dans ce domaine. Les syndicats demandent en général que soit donnée une base constitutionnelle aux droits sociaux, ce qui leur permettrait de disposer d'une meilleure légitimation pour leurs revendications. Cette démarche concerne notamment le droit au travail¹⁵³.

D'autres "groupes de pression" (les associations de pensionnés, par exemple) n'ont qu'une influence réduite.

B. Contenu de la protection

Dans le système juridique allemand, les tribunaux sont l'instance la plus importante pour la sauvegarde des droits sociaux. En outre, ils peuvent dans

153 V. l'analyse critique de O.-E. KEMPEN, "Die Zweischneidigkeit des Rechts auf Arbeit: Reflexionen über eine wenig reflektierte Forderung", in DÄUBLER / BOBKE / KEHRMANN (éds.), *Arbeit und Recht. Festschrift für Gnade*, Köln, 1992, pp. 57 ss.

une certaine mesure créer, par voie d'interprétation, des droits sociaux, ou en réduire la portée. La question a surtout été développée dans le chapitre III.

a) Autorités habilitées à limiter/restreindre les libertés sociales

Quand une liberté sociale a le caractère d'un droit fondamental, les restrictions doivent en être fixées par le législateur [Gesetzesvorbehalt]. Dans les relations avec des tiers et surtout dans la relation de travail, les limites sont dans la pratique fixées par le juge¹⁵⁴.

b) Principe de proportionnalité

La proportionnalité [Verhältnismäßigkeit] est la limite la plus importante apportée aux restrictions imposées à toutes les libertés, y compris les libertés sociales. Dans les relations entre particuliers, le concept traditionnel de proportionnalité se transforme: il s'agit de créer une harmonie relative des droits fondamentaux divergents des individus en cause¹⁵⁵.

c) Abus des droits sociaux

Dans le droit public allemand, l'abus des droits ne joue pas un rôle important. Une tentative de fraude dans le domaine des prestations est passible de sanctions pénales. Les libertés (sociales et autres) ont des limites qui peuvent être franchies dans certains cas, qui ailleurs seront traitées sous la notion d'abus de droit. Si par exemple la liberté d'opinion du travailleur ne justifie pas une critique qui pourrait porter atteinte à la réputation publique de l'employeur, on voit mal où serait la place d'une limite supplémentaire d'un "abus de droit".

L'art. 18 de la Loi fondamentale prévoit une procédure spéciale devant la Cour Constitutionnelle pour "enlever" un droit fondamental à un individu en cas d'abus. Pourtant, il est à signaler que la procédure n'a été jamais utilisée.

154 V. *supra* III 3 a.

155 V. C.-W. CANARIS, "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis* (=AcP.) 184, 1984, pp. 201 ss.

d) Possibilité de réalisation des droits sociaux sans intervention de l'Etat

L'énumération des droits sociaux a montré que certains sont normalement réalisés par le biais d'activités se déroulant en dehors de l'Etat; la création de conditions de travail dignes par voie de conventions collectives peut servir d'exemple. *L'intervention de l'Etat* est pourtant toujours nécessaire si l'employeur ne remplit pas ses obligations: Des mesures de pression privées comme la grève et le droit de rétention sont assez limitées.

e) Fondement juridique et contraintes budgétaires pour les prestations sociales

Le § 31 du Code social prévoit que les prestations sociales dépendent d'une autorisation donnée par une *loi*. Sauf disposition contraire, un organisme de sécurité sociale ou une administration communale responsable de l'assistance sociale n'a pas le droit de procéder à des "générosités": Les prestations doivent correspondre aux montants prévus par la loi ou le règlement applicable.

Si le citoyen a un *droit subjectif*, l'administration ne peut pas invoquer de *contraintes budgétaires*¹⁵⁶; cela n'est possible que si la prestation dépend du pouvoir discrétionnaire de l'Administration [*Ermessensleistungen*].

Si une règle *ne respecte pas le principe d'égalité*, elle peut être étendue au groupe illégalement exclu des destinataires; le fait qu'il faille disposer de moyens financiers supplémentaires reste sans importance.

f) Sanction de la carence de l'Etat dans la mise en œuvre d'un droit social garanti par la Constitution

L'Etat peut être forcé par les tribunaux de remplir les obligations fixées par la Constitution. Sur la question, il convient de se référer à ce qui a été dit sur certains droits¹⁵⁷ et sur les mécanismes juridictionnels pouvant être utilisés dans la protection des droits sociaux¹⁵⁸.

156 V. § 37 *Bundeshaushaltsordnung* [Loi sur le budget fédéral].

157 V. *supra* III.

158 V. *supra* VI A 1.

g) Principe d'égalité et extension des mesures favorables

Le principe d'égalité est utilisé par les juridictions allemandes pour étendre des mesures favorables, accordées à certaines personnes, à des catégories de personnes défavorisées ne bénéficiant pas de ces mesures.

h) Discrimination positive ("Affirmative action")

La "discrimination positive" n'est discutée que dans deux domaines:

- En premier lieu, il est reconnu un droit prioritaire à l'emploi des handicapés; la Loi sur la protection des handicapés [*Schwerbehindertengesetz*] dispose que 6% des travailleurs dans toutes les entreprises et administrations doivent être des handicapés. Si ce *quota* n'est pas respecté, l'employeur doit payer 200 DM par mois et par poste de travail non occupé à une caisse qui finance des mesures en faveur des handicapés.

- En second lieu, un droit prioritaire pour les femmes dans des secteurs où elles sont peu représentées est objet de grandes controverses. L'Etat peut prendre des mesures en faveur des femmes (telles les offres spéciales de formation supplémentaire), mais on ne sait si et dans quelle mesure un *quota* est licite. La Cour Constitutionnelle n'a pas encore statué sur la question de savoir si une priorité des femmes dans des cas de qualification équivalente des candidats est conforme à la Constitution. Il semble improbable qu'on aille plus loin en donnant priorité aux femmes même dans les cas où elles possèdent la qualification requise, cependant inférieure à la qualification d'un candidat masculin. Il paraît à plus forte raison improbable qu'on suive en Allemagne l'exemple américain en demandant aux entreprises recevant des subventions ou concluant des contrats avec l'Administration d'adopter une politique de recrutement aboutissant à une représentation égale des femmes à tous les niveaux de la hiérarchie de l'entreprise.

i) Discrimination indirecte

La discrimination indirecte est reconnue dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes et la jurisprudence allemande suit la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Par conséquent, la discrimination indirecte est susceptible d'être justifiée tandis que la discrimination directe reste toujours illégale. Toutefois, cette distinction n'est pas encore apparue dans le domaine des autres interdictions de discrimination

(race, origine, conviction politique, etc.); dans la pratique, cela revient à une interprétation restrictive en ce sens que l'on laisse passer toute forme de discrimination indirecte.

j) Renversement de la charge de la preuve

Une sorte de *renversement de la charge de la preuve* existe dans le domaine de la *discrimination pour raison de sexe* (§ 611a al. 1 phrase 3 du Code Civil). La règle ne s'applique ni à d'autres interdictions de discrimination ni à des droits à prestations: il incombe au citoyen de prouver qu'il satisfait aux conditions requises pour toute prestation.

k) Formes de réparation spécialement adaptées

Les *sanctions* prévues en cas de violation des droits sociaux ont été décrites avec les mécanismes juridictionnels¹⁵⁹. La réintégration en cas de licenciement illégal est le "modèle" de la loi sur la protection contre des licenciements [*Kündigungsschutzgesetz*]; dans la pratique, les parties élaborent habituellement un compromis en ce sens que le travailleur reçoit une indemnisation non prévue par la loi allemande et accepte en retour le licenciement¹⁶⁰. Pour faciliter la réintégration, les chambres réunies du Tribunal Fédéral du Travail ont statué que l'employeur est tenu de réintégrer le travailleur lorsque le juge de première instance a rendu un jugement favorable au travailleur¹⁶¹. Dans le cas d'une illégalité flagrante, le travailleur peut demander sa réintégration immédiate par voie de jugement en référé¹⁶².

VII. MODIFICATION DES DROITS SOCIAUX

1. Révision constitutionnelle

Les quelques dispositions constitutionnelles garantissant des droits sociaux

159 *Idem*.

160 Plus de détails chez W. DÄUBLER, *Arbeitsrecht 2*, *op. cit.* (note 75), N° 1187 ss.

161 BAG, *DB*, 1985, pp. 2197 ss.

162 Pour plus de détails, v. W. DÄUBLER, *op. cit.* (note 75), N° 1195 ss.

(tels les droits des fonctionnaires, art. 33 al. 5) peuvent être modifiées ou abrogées selon les règles générales en vigueur: Il faut pour cela une modification expresse du texte de la Constitution par une loi prise à la majorité des deux tiers au Parlement et au *Bundesrat* [chambre des *Länder*].

Il y a cependant *deux exceptions* importantes à cela.

- En premier lieu, le *principe de la protection de la dignité de l'homme* (art. 1) ne peut être modifié; l'art. 79 al. 3 de la Loi fondamentale le statue expressément. Le *droit au minimum vital* étant déduit de ce principe, le législateur ne peut le supprimer; même une décision unanime du Parlement et du *Bundesrat* ne suffirait pas. Le seul recours serait une modification de la jurisprudence.
- En second lieu, le *principe de l'Etat Social* ne peut non plus être modifié, l'art. 79 al. 3 se référant lui aussi à l'art. 20. Le débat porte sur le nombre et la portée des *droits sociaux* qui participent à cette garantie. L'accord n'est unanime que sur les *institutions fondamentales de l'ordre établi*. Il serait par exemple impossible de supprimer la sécurité sociale ou la liberté syndicale. Faute d'expérience pratique, on voit mal où seraient les limites de pures restrictions.

2. Traités internationaux et lois postérieures

Les traités internationaux n'ont pas de primauté par rapport à la loi. Il est donc possible que le législateur déroge à une disposition d'un traité ratifié par la République fédérale. Le juge serait alors tenu d'appliquer la loi nationale et non le traité. Dans la pratique, une telle "désobéissance" n'existe pas; le danger beaucoup plus grand pour les traités internationaux est qu'ils soient tout simplement ignorés des tribunaux.

3. Protection de l'acquis social

La diminution des prestations sociales par de nouvelles mesures législatives doit respecter les limites décrites *supra* 1.

Par ailleurs, la jurisprudence reconnaît que des *droits individuels* découlant de la *sécurité sociale* et se fondant au moins partiellement sur des *contributions de l'individu* doivent être considérés comme "*propriété*" au sens de

l'art. 14 de la Constitution¹⁶³. Si le législateur ne peut donc pas les exproprier sans compensation, il garde toujours le droit de les restreindre¹⁶⁴.

D'autre part, la jurisprudence reconnaît la *protection de la confiance légitime*¹⁶⁵:

- Une diminution des prestations avec *effet rétroactif* est donc interdite.
- En outre, elle n'admet pas toujours une restriction des *droits futurs*: si la personne concernée avait pris des dispositions dans la conviction légitime que l'état actuel des choses se maintiendrait, une restriction n'est légale que si des *intérêts plus graves que ceux de l'intéressé* la demandent¹⁶⁶. Se fondant sur ce principe, la jurisprudence a déclaré illégale une convention collective qui avait modifié une convention antérieure garantissant un salaire de 80% aux travailleurs en préretraite jusqu'à l'âge de 65 ans. Comme la nouvelle convention citait l'âge de 63 ans, les conditions sous lesquelles les travailleurs avaient accepté la préretraite n'étaient plus les mêmes. Considérant le fait que ces travailleurs n'avaient plus la possibilité de reprendre le travail et que leurs pensions seraient plus modestes, leur intérêt prévalait par rapport aux intérêts des entreprises en cause dans la réduction des frais de la préretraite¹⁶⁷.

VIII. TENDANCES / PROJETS DE REFORME

Le débat sur une amélioration de la politique sociale n'est pratiquement jamais mené sous le titre de "droits sociaux".

Lorsque l'on demande l'inscription des travailleurs à temps partiel à la sécurité sociale ou à la *Pflegeversicherung*, nouvelle branche de la sécurité sociale s'occupant des personnes nécessitant des soins (sans être malades au sens de l'assurance-maladie), on n'utilise pas les termes de "droit à" ou "droit social": le "mépris" des droits sociaux ne se trouve pas uniquement chez les juristes¹⁶⁸.

163 V. *supra* note 33.

164 V. M. KITTNER, in *Alternativkommentar*, *op. cit.* (note 63), Art. 20 § 1-3, IV N° 79.

165 BVerfGE 53, pp. 257, 292 ss.

166 BVerfGE 30, pp. 392, 402; BVerfGE 48, pp. 403, 415.

167 BAG, DB, 1990, p. 1096.

168 V. *supra* note 1.

La réforme de la Constitution prévue dans le Traité d'Unification¹⁶⁹ n'a pas eu de conséquences en la matière. Dans les propositions élaborées par l'Opposition, les droits sociaux jouaient un rôle très restreint.

Toutefois, les nouvelles Constitutions des *Länder* de l'ancienne République Démocratique d'Allemagne contiennent parfois des dispositions sur des "buts d'Etat" mais leur portée est très limitée du fait des compétences limitées des *Länder* sur le plan économique¹⁷⁰.

Après de longues délibérations, le Parlement a introduit en 1994 un nouvel article N° 20a dans la Loi fondamentale. Cette disposition fixe pour objectif à l'Etat de protéger les conditions naturelles de vie pour les générations futures, dans le cadre de l'ordre constitutionnel et par le moyen de la législation ainsi que de l'Administration et de la justice agissant conformément à la loi. La portée pratique de ce "programme" est ouverte à l'examen.

IX. BIBLIOGRAPHIE

ALEXY Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.

BADURA Peter, "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland", *Der Staat*, 14 (1975), pp. 17-48.

BIEBACK Karl-Jürgen, "Sozialstaatsprinzip und Grundrechte", *EuGRZ* 1985, pp. 657-669.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang / JEKEWITZ Jürgen / RAMM Thilo (éds.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981.

BRUNNER Georg, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübingen, 1971.

CANARIS Claus-Wilhelm, "Grundrechte und Privatrecht", *AcP* 184 (1984), pp. 201-246.

COEN Martin, *Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses*, Köln, 1979.

DÄUBLER Wolfgang, *Das Arbeitsrecht 1*, 15^e éd., Reinbek, 1998.

DÄUBLER Wolfgang, *Das Arbeitsrecht 2*, 11^e éd., Reinbek, 1998.

169 Art. 5 du Traité ("recommandation" de délibérer sur une réforme constitutionnelle).

170 V. *supra* I. B. ainsi que note 30.

- DÄUBLER Wolfgang, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Teilhabeansprüchen*, 4^e éd., Köln, 1976.
- GRAMLICH Ludwig, "Privatschulförderung in der Krise", *JuS*, 1985, pp. 607-611.
- HÄBERLE Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *VVDStRL* 30 (1972), pp. 43-141.
- HERMES Georg, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflichten und Schutzansprüche aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, Heidelberg, 1987.
- HESSE Konrad, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland", *EuGRZ*, 1978, pp. 427-438.
- v. HEYMANN Klaus-Dieter / STEIN Ekkehart, "Das Recht auf Bildung. Dargestellt am Beispiel der Schulbildung", *AöR* 97 (1972), pp. 185-232.
- ISENSEE Josef, "Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des Grundgesetzes", *Der Staat* 19 (1980), pp. 367-384.
- JASPERS Teun / BETTEN Lammy, *25 Years European Social Charter*, Deventer, 1988.
- KEMPEN Otto-Ernst, "Die Zweischneidigkeit des Rechts auf Arbeit: Reflexionen über eine wenig reflektierte Forderung", in *Festschrift Gnade*, Köln, 1992, pp. 57-78.
- KITTNER Michael, *Arbeits- und Sozialordnung*, 23^e éd., Köln, 1998.
- LORENZ Egon, "Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte", *JBL*, 1981, pp. 16-21.
- LÜCKE Jörg, "Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge", *AöR* 107 (1982), pp. 15-60.
- MARTENS Wolfgang, "Grundrechte im Leistungsstaat", *VVDStRL* 30 (1972), pp. 7-42.
- MURSWIEK Dietrich, "Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte", in ISENSEE Josef / KIRCHHOF Paul, *Handbuch des Staatsrechts, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg, 1992, pp. 243-289.
- PFARR Heide, *Frauenförderung und Grundgesetz*, Baden-Baden, 1988.
- REUTER Lutz-Rainer, "Soziales Grundrecht auf Bildung ? Ansätze eines Verfassungswandels im Leistungsstaat", *DVBl*, 1974, pp. 7-19.

- SIMITIS Spiros, "Die verordnete Sprachlosigkeit: Das Arbeitsverhältnis als Kommunikationsbarriere", in *Festschrift für Simon*, Baden-Baden, 1987, pp. 329-358.
- SIMON Helmut, "Plädoyer zur verfassungskräftigen Anerkennung sozialer Rechte", *AuR*, 1992, pp. 289-291.
- SOMMER Monika, "Landesverfassungsrecht nach der deutschen Vereinigung", *AuR*, 1992, pp. 291-296.
- WIPFELDER Hans-Jürgen, "Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte", *ZRP*, 1986, pp. 140-149.
- ZACHER Hans F., "Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip", *AöR* 93 (1968), pp. 341 - 383.
- ZACHERT Ulrich, "Plaketten im Betrieb-Ausdruck von Meinungsfreiheit oder Störung des Betriebsfriedens?", *AuR* 1984, pp. 289-297.