

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relative aux crises

Prof. Dr. Rainer Arnold
Regensburg/Allemagne

1. Le système constitutionnel allemand, garant de la stabilité

La loi fondamentale (LF), la Constitution allemande créée en 1949, s'est orientée vers deux finalités majeures : l'anthropocentrisme et la stabilité.

L'*anthropocentrisme*¹ vise à protéger, le plus efficacement possible, l'homme en assurant sa dignité, son autonomie et ses libertés. La LF introduit des mécanismes adéquats d'une telle garantie, en particulier une juridiction constitutionnelle dotée des larges compétences.

La *stabilité politique et institutionnelle* a pour but d'éviter des crises qui avaient eu lieu pendant la République de Weimar, de la période des années 1919 jusqu'à 1933, instabilité qui a abouti à l'établissement d'une dictature du régime criminel des nazis. Pour éviter ces défauts, le système constitutionnel de 1949 a concentré le pouvoir principal dans la figure du chancelier, élu avec la majorité absolue, par le Parlement national, basé sur une majorité parlementaire stable, avec un mandat qui est en fonction jusqu'à la fin de la législature et qui ne peut pas d'être terminé par une motion de censure « constructive », c'est-à-dire sous la condition qu'un nouveau Chancelier soit élu par le Parlement avec la majorité absolue. De plus, la stabilité s'exprime par un taux minimum pour l'entrée d'un parti dans le Parlement fédéral, le Bundestag, parti qui doit obtenir en moyenne 5 % de la totalité des votes sur

1. R. Arnold, *Profili di Giurisdizione costituzionale comparata. I sistemi tedesco, austriaco e francese*, Trieste 1990, p. 1.

l'ensemble du territoire fédéral. Le Président de la République a des fonctions purement représentatives, pas politiques, élu par une assemblée fédérale sans avoir un lien direct avec le peuple établi par une élection directe.

Un autre élément de la stabilité se trouve dans le fait que le Parlement fédéral ne peut pas être dissolu, ni par le Parlement lui-même, ni par le Chancelier de la République. Il y a des cas très rares où le Président fédéral, en tant que responsable pour l'État tel quel, peut dissoudre le Parlement et donner lieu à de nouvelles élections pour que le peuple stabilise avec un vote assez clair, la situation politique.

D'autres éléments de stabilité sont les mécanismes pour défendre la démocratie. La loi fondamentale prévoit la possibilité de prohiber un parti qui combat activement l'ordre constitutionnel. Les partis politiques sont reconnus en tant que piliers de la démocratie mais doivent être, dans leur structure et leurs activités, démocratiques eux-mêmes. C'est la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui prononce une telle prohibition ; jusqu'à ce moment le parti concerné doit être considéré comme légal et correspondre aux exigences constitutionnelles. C'est le « privilège du parti », nécessaire pour le maintien de la démocratie, qui concentre ce processus de prohibition à la Cour constitutionnelle. Dans la jurisprudence de la Cour, la notion de la « démocratie qui se défend » (*wehrhafte Demokratie*) a été développée dans ce contexte mais les cas où des partis ont été prohibés par la Cour constitutionnelle sont très rares. Deux fois seulement dans l'histoire de la République fédérale d'Allemagne c'est intervenu : parti communiste (KPD) ainsi qu'un parti politique d'extrême droite ont été interdits². Dans d'autres cas, on a attribué aux électeurs la tâche d'éliminer politiquement les partis d'extrêmes orientations. Sur la base de tous ces mécanismes stabilisateurs on a évité jusqu'ici des situations de crise sérieuses.

Pour des raisons historiques, la LF ne contenait pas un régime d'urgence. La « *Notstandsverfassung* » fut introduite dans la Constitution allemande, la LF en 1968. En 1949, au moment de la création de la LF le statut d'occupation qui régnait en Allemagne, ne permettait pas d'avoir des propres règles relatives à la crise de l'État. Dans le cas d'une crise, les États alliés auraient pris des mesures adéquates selon leur propre ordre juridique³. Les mécanismes introduits dans la LF comprenaient des règles sur la réaction institutionnelle au cas d'état de tension, d'état de guerre et d'autres situations exceptionnelles, précédentes à une tension ou à une attaque.

De plus, la LF contient des règles sur des *crises institutionnelles* comme l'état de nécessité législative « *Gesetzgebungsnotstand* ». Ce sont des règles

2. CCF Rec. Vol. 5, p. 85 et suiv. ainsi que vol. 2, p. 1 et suiv.

3. V. Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 5^e éd. 2007, p. 137-138.

indispensables pour la sauvegarde du fonctionnement des institutions en Allemagne mais pour la stabilité existant déjà grâce à la structure générale de la Constitution, n'ont pas pu être employées.

La stabilité institutionnelle et politique de la RFA est la raison principale pour laquelle que la CCF n'a pas rendu des décisions concernant spécifiquement des situations de crise. Certes, le débat d'aujourd'hui se concentre sur la défense contre le terrorisme et les relations entre la liberté et la sécurité, grands thèmes du débat juridique européen.

La jurisprudence a examiné la constitutionnalité des mécanismes, introduits par le législateur dans la lutte contre le terrorisme. De plus, la Cour a établi par sa jurisprudence, des principes qui sont toujours applicables dans des situations de crise. L'État de droit, le grand principe de la proportionnalité, les restrictions du législateur portant atteinte aux libertés fondamentales, sujet de la jurisprudence même concernant d'autres matières que la crise. Mais ces principes constitutionnels établis par la Cour sont de grande importance, même dans notre contexte.

Dans ma contribution je fais une esquisse sur les mécanismes créés pour répondre à une situation de crise, analyse très brève. Puis je m'adresse à la jurisprudence qui est importante dans notre contexte.

2. Le régime constitutionnel des crises

On peut distinguer, dans la LF, différents mécanismes pour répondre efficacement à des crises :

a) L'état de défense

La crise la plus sérieuse est l'attaque du territoire de la RFA de l'extérieur « l'état de défense ». Le régime relatif se trouve concentré dans les articles 115a jusqu'à 115l de la Constitution. C'est le Parlement fédéral qui constate ce type de crise avec le consentement du Conseil fédéral, l'organe de la représentation des gouvernements des 16 États membres de la Fédération. Cette constatation doit être votée d'une majorité de deux tiers des voix des députés présents qui constituent la majorité absolue des membres de Parlement fédéral. Il y a des règles subsidiaires en cas d'un empêchement du Parlement fédéral (dans un tel cas, la Commission commune remplaçant le Parlement empêché se met en action ; en cas d'un empêchement de cette Commission même, l'état de défense entre en vigueur avec l'attaque réelle, un moment qui doit être rendu publique le plus tôt possible par le Président fédéral). Les conséquences d'une entrée en vigueur d'un tel état sont multiples : le pouvoir de commande des forces armées se transfère du

Ministre de la défense au Chancelier fédéral, les compétences législatives de la Fédération s'élargissent, certaines restrictions extraordinaires des droits fondamentaux, des portées très limitées sont admises, dans les domaines du droit de la propriété et de la garantie de *habeas corpus* (voire l'art. 115c al. 2 LF), etc. De plus, la procédure de la législation fédérale se simplifie, le pouvoir du gouvernement fédérale et aussi de ceux des gouvernements des États membres de la Fédération se complètent par des pouvoirs additionnels administratifs⁴.

On peut constater que dans l'état de défense il n'y a pas de concentration absolue du pouvoir auprès de l'exécutif fédérale⁵ mais continue à résider au sein du Parlement, se transfère dans le cas d'empêchement du Parlement fédéral à la Commission commune qui exerce au lieu du Parlement et du Conseil fédéral les compétences de ces organes. Cette Commission se compose, selon l'article 53a LF, par deux tiers des députés du Parlement fédéral et pour un tiers des membres du Conseil fédéral. Elle est par sa nature un organe constitutionnel fédéral indépendant⁶ et comprend 32 membres du Parlement fédéral (élus proportionnellement à la composition des groupes parlementaires) ainsi que 16 membres du Conseil fédéral, cela veut dire un membre pour chaque État membre de la Fédération⁷.

Il faut noter que l'état de défense n'est jamais intervenu et pour cela il n'existe aucune jurisprudence de la CCF concernant cette matière. Néanmoins y sont applicables les principes constitutionnels qui ont été développés par la jurisprudence tout généralement comme le principe de la proportionnalité qui limite les mesures à prendre dans ce contexte à des mesures strictement indispensables. Il correspond, de plus, à la position de la CCF de sauvegarder, le plus possible, la fonction des droits fondamentaux. La restriction extraordinaire mentionnée, prévue dans ce cadre doit être considérée comme étant extrêmement exceptionnelle. Des élargissements par analogie normative de telles restrictions extraordinaires ne sont pas possibles. De même, ils se basent sur le même concept que la LF elle-même dans son article 115 g maintient, même dans l'état de défense, la position de la CCF. Pour maintenir ses fonctions, la Commission commune peut prévoir les mesures qui sont, selon l'opinion de la Cour elle-même, indispensables pour ses buts.

4. Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 32e éd. 2008, p. 587 et suiv. ;

5. Hartmut Maurer (note 3), p. 138.

6. Cour constitutionnelle fédérale (CCF) Rec. Vol. 84 p. 304, 334-335.

7. H. Maurer, *Staatsrecht I*, 5^e édition 2007, p. 577-578.

b) L'état de tension

Un autre type d'état exceptionnel est le cas d'*urgence extérieure*, l'*état de tension* (*äußerer Notstand*, *Spannungsfall*) selon l'article 80a de la LF, une pré-étape de l'état de défense. C'est toujours le Parlement fédéral qui constate l'entrée en vigueur d'un tel état de tension. Ce mécanisme est indirect : la LF permet l'application des lois, contenant des règles spécifiques, adéquates pour répondre à un tel état d'exception. L'art. 80a LF est la clé normative pour ouvrir ces lois qui ne sont pas applicables, aux temps normaux, pour le caractère spécifique de ces lois appropriées à donner une réponse efficace à des situations de tension. Un exemple qui se retrouve directement dans la Constitution est l'art. 12a de la LF qui se réfère au service militaire ainsi qu'aux obligations à travailler ou à rendre certains services au cas de l'état de défense ou, avec référence à l'article mentionné 80 a LF, de l'état de tension⁸.

En ce qui concerne la jurisprudence constitutionnelle on doit constater le même résultat que pour l'état de défense. Il n'y a aucune décision de la CCF qui s'y réfère mais ils sont toujours valable les autres principes constitutionnels, notamment celui de la proportionnalité.

c) L'état d'urgence intérieur

Un autre type d'état exceptionnel est le «*Innerer Notstand*», état d'urgence pour l'intérieur de la RFA, défini par l'art. 91 LF. Il s'agit d'un danger pour l'existence ou le maintien de l'ordre républicain de la Fédération ou d'un de ses États membres. Il existe des règles spécifiques, pour l'action de la police même transrégionale (ce qui est exceptionnel pour la séparation stricte des champs d'actions de la police dans l'ordre du système fédéral, normalement limité au territoire de l'État membre relatif). Cette disposition est complétée par une autre disposition, l'art. 35 de la LF qui permet, dans le cas d'une atteinte à la sécurité publique ou à l'ordre public de faire intervenir le service fédéral de protection des frontières, le «*Bundesgrenzschutz*», ou des forces de polices d'autres États membres dans le cas de catastrophes naturelles ou d'un accident très grave. Il est même possible, ce qui est le maximum de mesure, de faire participer les forces armées à l'action de soutien⁹.

C'est le même résultat relatif à la jurisprudence constitutionnelle qui doit être constaté dans ce contexte.

Les cas jusqu'ici mentionnés sont des cas d'une attaque externe ou d'une perturbation interne donc une menace apportée de l'extérieur aux institutions.

8. V. Stefanie Schmahl, dans : Helge Sodan, Art 80 a LF (p. 482-484).

9. V. Zippelius/Würtenberger (note 4), p. 591.

d) L'état d'urgence législatif

Un troisième mécanisme relatif à l'état d'urgence législatif (*Gesetzgebungsnotstand*) se retrouve dans l'article 81. Il s'agit d'une crise institutionnelle jusqu'ici pas encore intervenue. Ce mécanisme se déclenche dans le cas d'un gouvernement de minorité qui n'est pas souhaité par l'ordre constitutionnel.

La LF vise à éviter une telle situation et à instaurer toutes les possibilités de maintenir une situation stable. Ainsi le Chancelier fédéral doit être élu par la majorité *absolue* du Parlement fédéral. S'il perd cette majorité au cours de son mandat (ce qui peut se révéler par l'échec d'une question de confiance posée par le Chancelier), le Président fédéral peut dissoudre le Parlement pour avoir le recours au peuple par des nouvelles élections ou le laisser continuer son mandat en tant que « Chancelier minoritaire ». Cette dernière situation peut facilement aboutir au blocage de toutes les lois qui devraient être votées nécessairement. La LF prévoit, dans son art. 81 a, la possibilité du Président fédéral de déclarer, sur demande du gouvernement fédéral et avec le consentement du Conseil fédéral, l'état d'urgence pour une initiative législative. Si le Parlement fédéral, après cette déclaration, refuse à nouveau de voter sur cette loi, la loi est considérée comme étant votée, si le Conseil fédéral lui consent. Durant 6 mois, aussi d'autres initiatives législatives refusées par le Parlement peuvent être adoptées dans le cadre de l'état d'urgence. Après 6 mois, il n'est plus possible pour le même Chancelier d'invoquer l'état d'urgence législative¹⁰.

On n'a jamais utilisé cet état d'urgence dans l'histoire de la RFA. Il est donc compréhensible qu'il n'existe pas de jurisprudence constitutionnelle dans ce contexte.

e) La dissolution du Parlement

Il faut mentionner dans ce contexte, une autre situation, celle de la dissolution du Parlement fédéral. Comme il a déjà été souligné le Parlement fédéral ne peut pas être dissout par un simple vote du Parlement lui-même. Mais, si le Chancelier pose la question de confiance, selon l'art. 68 et n'obtient pas la majorité absolue du Parlement fédéral, le Président fédéral peut dissoudre le Parlement.

Pour lui donner cette possibilité on peut provoquer cette situation que le Chancelier en fonction pose la question et une partie des députés favorables au Chancelier s'abstient de voix. Dans un tel cas, le Chancelier ne trouve pas une majorité absolue mais donne la possibilité au Président fédéral de dissoudre le Parlement national.

Cette situation est donc caractérisée par l'instabilité politique, donc par une sorte de crise institutionnelle : il serait nécessaire d'avoir des relations claires dans le Parlement fédéral. Dans un tel cas, le Parlement fédéral pourrait être dissolu à condition que la réponse à la question de confiance soit négative.

La CCF¹¹ s'est occupée de cette situation en déclarant qui doit être prise au sérieux cette possibilité de dissoudre le Parlement. La CCF a accepté une seule fois un accord entre une partie des membres d'un groupe parlementaire adhérents du Chancelier de ne pas soutenir ce dernier pour rendre possible la dissolution du Parlement, mais a souligné que la prochaine fois elle n'accepterait pas cette constellation.

Il y a assez peu de temps qu'une deuxième fois une telle situation d'instabilité est intervenue. Le président fédéral, Monsieur Köhler, a soucieusement examiné s'il y a en vérité une situation d'urgence comme le présuppose la LF. L'examen exact de la situation a confirmé qu'il existait en effet une telle situation qui permettait au Président fédéral de dissoudre le Parlement.

3. Les crises provoquées par le terrorisme et la criminalité organisée

Tandis que les crises d'urgence extérieure et intérieure ne sont pas encore intervenues en RFA, les crises provoquées par le terrorisme et la criminalité organisée sont objet de la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agit d'un examen constitutionnel en particulier des mécanismes et méthodes d'investigation pour prévenir efficacement à ce que de telles actions soient commises.

a) La hiérarchie des normes constitutionnelles et le contrôle juridictionnel

Il faut mentionner que la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée a rendu nécessaire d'introduire des instruments dotés d'un effet grave d'intervention, ce qui a exigé même une réforme de la Constitution. C'est la raison pour laquelle même les dispositions constitutionnelles réformées ont été soumises à l'examen de la CCF.

Il faut mentionner une réforme de la LF, de l'art. 10, qui protège l'individu contre des interventions de l'État dans son secret de courrier et de téléphone. On a ajouté la possibilité, que dans le cas d'une crise, si l'ordre républicain est menacé ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un État membre est en jeu, les autorités compétentes puissent faire des surveillances de téléphones sans en informer le concerné et d'exclure l'accès aux tribunaux

11. V. CCF Rec. vol. 62 p. 1 et CCF déc. 2005, 2 BvE 7/05.

par un contrôle parlementaire. La CCF a examiné la constitutionnalité de cette réforme et l'a confirmé comme constitutionnelle¹². Ici il se montre une tendance de la CCF d'examiner même des dispositions assurées dans la Constitution. En Allemagne, il existe la théorie qu'une norme constitutionnelle puisse être inconstitutionnelle. On constate l'existence d'une hiérarchie des normes au sein de la Constitution même. Ainsi la dignité humaine, comme à l'art. 1 al. 1, est considérée comme supérieure aux autres normes constitutionnelles. L'existence de l'art. 79 al. 3 LF a donné des impulsions à développer telle théorie. Cette clause détermine les valeurs constitutionnelles qui ne sont pas susceptibles d'être réformées. Il s'agit d'une « clause de pérennité » (*Ewigkeitsklausel*). Ainsi la réforme constitutionnelle effectuée par un vote de deux tiers au sein du Parlement fédéral ainsi qu'un vote de deux un tiers au sein du Conseil fédéral, combiné avec la modification du texte de la LF, est suffisante pour la réforme même de la Constitution. Mais cette clause de pérennité rend exempt de réforme certains principes et valeurs fondamentaux de l'ordre constitutionnel. On estime que ceci est la base pour une hiérarchisation des normes constitutionnelles elles-mêmes.

C'est la même argumentation, dans le fond, dans la fameuse décision sur l'introduction d'un nouvel instrument d'investigation pour la police, les écoutes téléphoniques clandestines. La CCF¹³ a très soigneusement examiné les limites de l'art. 13 LF qui énoncent l'inviolabilité du domicile. On avait ajouté, avec une réforme constitutionnelle, un troisième alinéa permettant d'utiliser l'instrument mentionné d'investigation. La CCF a largement examinée cet alinéa 3, de la nature constitutionnelle, sur le point des normes constitutionnelles supérieures, notamment de la dignité humaine, comme à l'art. 1 de la LF, le point de vue du principe primordial de l'État de droit énoncé par la Constitution dans les articles 20 et 28 al. 1 de la LF. Cette décision a affirmé la constitutionnalité de la réforme mais a démontré très clairement les limites découlant des valeurs suprêmes de la Constitution mais qui sont valables même pour la réforme de la Constitution elle-même.

b) Les principes généraux qui sont importants pour l'examen des mesures prises dans ce contexte.

(1) La dignité humaine

En premier lieu, il faut recourir ici à la garantie de la dignité humaine consacrée par l'art. 1 al. 1 de la LF, valeur suprême pour l'État et la société. Cette garantie est importante pour les limites existantes même pour les lois visant à

12. CCF Rec. vol. 109, p. 272 et suiv.

13. CCF Déc. du 27 févr 2008, 1 BvR 370/7; 1 BvR 595/07.

faire face aux menaces du terrorisme donc avec importance pour les situations de crise. Il paraît être caractéristique pour la jurisprudence constitutionnelle fédérale allemande que cette valeur joue un rôle éminent dans son argumentation en examinant la relation entre la sécurité et la liberté. Cette thématique très actuelle est très marquée par la référence à la dignité humaine.

La jurisprudence n'a pas développée une définition générale de la notion de la dignité humaine. Dans une décision récente, concernant une loi contre le terrorisme, loi de sécurité aérienne, la Cour a utilisé la formule d'objet développée par Günter Dürig¹⁴. Selon cette formule, le pouvoir public porte atteinte à la dignité s'il traite l'homme comme objet et ne respecte pas sa qualité de sujet.

La CCF¹⁵ a annulé la loi relative à la sécurité aérienne pour sa contrariété à la dignité humaine. Si les forces militaires pouvaient abattre un avion dans les mains des terroristes qui envisagent de l'employer comme arme, les passagers se trouveraient dans une situation de victimes innocentes et impuissantes, « objets » de la puissance publique.

c) Les droits à la personnalité

La dignité se révèle comme un argument de majeure importance de la CCF, souvent combinée avec la référence aux *droits à la personnalité* comme élaborés par une longue jurisprudence de la Cour.

Cette argumentation joue un grand rôle dans le domaine de la procédure pénale et des instruments et méthodes d'investigation prévus par le législateur pour la lutte contre la criminalité organisée et notamment contre le terrorisme. Ces deux phénomènes reflètent des situations de crise - le terrorisme en particulier - et posent la question de la conciliation entre les deux valeurs constitutionnelles : la sécurité et la liberté. La jurisprudence de la CCF relative à ces thématiques est significative pour la réaction de la Cour à des situations de crise.

La CCF¹⁶ a reconnu l'existence d'un « droit général à la personnalité » qui réside dans les articles 2 al 1 (droit au libre épanouissement donc de la personnalité) et 1 al. 1 (garantie de la dignité) LF, droit général qui contient un grand spectre d'aspects spécifiques (« Ausprägungen »). Dans une décision récente, décision fameuse sur la perquisition en ligne (Online – Durchsuchung), la CCF a constaté, pour la première fois, l'existence d'un tel aspect, d'un droit

14. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, dans: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) vol. 81 (1956), p. 117-157, 127.

15. CCF Rec. vol. 115, p. 118, 152 et suiv.

16. V. CCF Rec. vol. 54, p. 148, 153; vol. 101, p. 361, 380; vol. 114, p. 339, 346.

fondamental de la « garantie de la confidentialité et de l'intégrité des systèmes techniques d'information » (comme les ordinateurs)¹⁷.

Cet aspect spécifique s'associe à d'autres aspects dérivés du droit général à la personnalité par la jurisprudence précédente comme le droit à « l'auto-détermination informatique » (autodétermination de l'individu relative aux données personnelles collectées par voie informatique)¹⁸.

d) Les articles 10 et 13 LF

Il s'ajoute à ces aspects spécifiques des garanties consacrées explicitement par la LF qui sont d'une importance particulière dans ce contexte : les articles 10 et 13 LF relatifs au secret des communications téléphoniques et des correspondances ainsi qu'à l'inviolabilité du domicile. Ces garanties écrites, de caractère traditionnel, interprétées à la lumière des développements techniques, protègent la sphère privée, sont donc fonctionnellement interconnectées avec le droit à la personnalité et, elles-mêmes, expression de la dignité humaine. Dans de telles garanties, il se montre avec clarté que les droits fondamentaux, notamment ceux concrétisant le droit à la personnalité, ont leur base idéologique dans cette valeur suprême de la dignité. Puisque la plupart des décisions de la CCF relatives à la sécurité se réfèrent à des moyens d'investigation, les droits et garanties mentionnés se trouvent au centre de l'examen constitutionnel. Leur portée et leurs fonctions sont complémentaires : l'art. 10 LF protège la télécommunication telle quelle mais pas l'intégrité des données déjà communiquées et stockées sur l'ordinateur. Ici se met en fonction l'aspect spécifique mentionné du droit général à la personnalité. Les juges de la CCF comblent, par la formulation de tels aspects spécifiques, les lacunes qui se sont développées avec le progrès technologique¹⁹

e) L'obligation de l'État de protéger activement les valeurs des droits fondamentaux : le rôle de la procédure

Il faut mentionner dans ce contexte que la CCF a élaboré une théorie qui élargit la portée fonctionnelle des droits fondamentaux : ils ne sont pas exclusivement conçus comme droits de défense contre les interventions du pouvoir public mais aussi comme des valeurs objectives formant un ordre de valeurs s'imposant à toutes les branches du droit. Il en découle l'obligation de l'État et de ses organes, notamment du législateur, de protéger activement ces valeurs, par des lois contenant des règles substantielles et procédurales de

17. Décision du 10 octobre 2007 – 1 BvR 595/07 – C I.

18. CCF Rec. Vol. 65, p. 1, 41-42; vol. 113, p. 29, 46; vol. 115, p. 320, 341.

19. CCF Déc. du 27 février 2008, 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07.

protection. La Cour attribue beaucoup d'importance à la *procédure* qui peut protéger contre des atteintes portées aux droits fondamentaux. Ainsi, la Cour explique soigneusement quelles procédures doivent être introduites pour la prévention de telles atteintes. « Protection des droits fondamentaux par procédure » est un élément décisif de la jurisprudence constitutionnelle visant à trouver la conciliation entre sécurité et liberté. Pour faire face aux crises, la procédure, d'une part efficace dans la lutte contre les menaces existantes et d'autre part garantissant les libertés et l'État de droit, est d'une importance primordiale.

En ce qui concerne l'investigation en ligne, la CCF n'exclut pas l'emploi d'un tel instrument mais exige qu'il soit constitutionnel : l'existence d'une base légale qui ne permet cette forme clandestine d'investigation par infiltration à l'ordinateur qu'au cas d'un danger concret pour des biens extrêmement importants comme la vie ou la liberté d'une personne ou les bases de l'État ou de l'existence des hommes. De plus, une telle loi doit prévoir des procédures qui assurent les droits du concerné, notamment l'exigence d'autorisation par le juge²⁰.

f) Le principe de proportionnalité

Il s'ajoute, comme argument important de la CCF en matière de sécurité, le principe de proportionnalité, principe constitutionnel non écrit d'importance suprême, expression de l'État de droit ainsi que de la liberté individuelle. Ce principe limite l'emploi du pouvoir visant à équilibrer l'intervention de l'État et la sauvegarde de la liberté.

Ce principe se compose de trois éléments : l'intervention publique dans la sphère de la liberté individuelle doit poursuivre un but légitime d'intérêt public et doit être (1) appropriée à le réaliser ou, du moins, à contribuer à la poursuite de ce but, (2) nécessaire (sans qu'il existe un moyen moins grave de même efficacité) et (3) proportionnelle (dans un sens étroit), c'est-à-dire l'intervention et les instruments appliqués doivent correspondre, dans leurs gravités, à l'importance du but poursuivi (la relation entre intervention et but à poursuivre doit être adéquate)²¹.

Ce principe rend possible une *différenciation* des mesures à prendre pour faire face aux crises en déterminant le degré de gravité de l'intervention acceptable sous le point de vue de sa constitutionnalité.

20. V. note 15.

21. V. par exemple CCF Rec. vol. 100, p. 289, 390 et suiv. ; vol. 113, p. 348, 382 et suiv.

g) L'«essence» d'un droit fondamental

Visant à créer la situation nécessaire pour une dissolution (le Parlement ne pouvant pas, pour raison de stabilité, se dissoudre par vote parlementaire).

(3) Les situations de crise se produisent dans le cadre du terrorisme et de la criminalité organisée. La jurisprudence de la CCF est assez riche dans ce contexte. La Cour a toujours défendu les valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel : la dignité humaine, les droits à la personnalité, le noyau essentiel des droits fondamentaux intouchable par la puissance publique. Le principe de proportionnalité lui a servi comme instrument efficace afin d'équilibrer les valeurs de la liberté et de la sécurité. L'État de droit et ses aspects particuliers ont été soigneusement sauvegardés par la Cour.