

Revue générale du droit. Actes de la 11<sup>e</sup> rencontre du Cercle franco-allemand de droit public Toulouse 2023 « Migration-Intégration », sous la direction de Johannes Masing, Mathias Jestaedt Aurore Gaillet et David Capitant.

## La protection de la dignité humaine des demandeurs d'asile

---

Angelika Nußberger<sup>1</sup>

Citer cette publication : Angelika Nußberger, « La protection de la dignité humaine des demandeurs d'asile », Revue générale du droit, Actes de la 11<sup>e</sup> rencontre du Cercle franco-allemand de droit public Toulouse 2023 « Migration-Intégration ».

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. iur., Dr. h.c., M.A., directrice de l'Académie pour la protection européenne des droits de l'homme à l'Université de Cologne, a travaillé comme juge à la Cour européenne des droits de l'homme de 2011 à 2019, dont elle a été vice-présidente entre 2017 et 2019. Elle est également membre de la Commission de Venise, dont elle a été vice-présidente de 2021 à 2023.

A.	Le débat politique actuel sur l'asile et l'immigration en Allemagne .....	2
B.	Dimension historique de la discussion.....	3
C.	La garantie de la dignité humaine et la détresse des demandeurs d'asile .....	11
D.	Appréciations contradictoires et dissonances dans la jurisprudence .....	13
	I. La dignité humaine comme élément d'encadrement du discours .....	13
	II. La dignité humaine comme élément de limitation du discours .....	13
	III. La différente importance accordée à la détresse physique en tant qu'élément de la dignité humaine .....	14
	IV. La limitation de la garantie d'éternité pour assurer la dignité humaine .....	15
	V. Quelle valeur ajoutée pour une argumentation sur la dignité humaine ?.....	15
	VI. La dignité humaine et le principe « ne ultra posse ».....	16
E.	Conclusion.....	17

## **A. Le débat politique actuel sur l'asile et l'immigration en Allemagne**

Briser les tabous semble devenir de plus en plus acceptable dans le débat politique actuel en Allemagne sur ce qui est décrit comme la « crise de l'immigration ». Face à des communes surchargées par l'hébergement et par la prise en charge des réfugiés, certains demandent l'arrêt de l'immigration, l'expulsion des étrangers qui ne sont pas autorisés à rester, mais aussi la baisse du niveau de prise en charge de base des réfugiés et la

suppression des prestations sociales dans certains cas<sup>2</sup>. Ces demandes ne proviennent plus seulement des partis politiques d'extrême droite et d'extrême gauche<sup>3</sup>, mais aussi des partis de la coalition de gouvernement et de la CDU/CSU. Une revendication particulièrement marquante et de grande ampleur est celle du directeur adjoint de la CDU/CSU au Bundestag, Thorsten Frei, qui demande la suppression totale du droit individuel à l'asile, tel qu'il est énoncé à l'article 16 a, paragraphe 1, de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*), et son remplacement par une politique de contingentement<sup>4</sup>. Ainsi, un certain nombre de demandeurs d'asile seraient autorisés à entrer dans le pays, mais ceux qui se trouveraient à la frontière seraient refoulés.

## B. Dimension historique de la discussion

Le fait que, jusqu'à présent, le débat allemand sur l'asile a été clairement un tabou est lié à l'histoire allemande. Si l'on se réfère au XIX<sup>e</sup> siècle, l'Allemagne a surtout connu l'émigration et non l'immigration. Pour ne citer qu'un exemple marquant, après l'échec de la Constitution de Francfort de 1848, qui avait suscité de nombreux espoirs, a commencé une « émigration constitutionnelle » comparable en nombre à l'exode de 1933, au cours duquel le Bade, le Mecklembourg et le Wurtemberg ont perdu 5 % de leur population<sup>5</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, les deux guerres mondiales

---

<sup>2</sup> <<https://www.tagesschau.de/inland/lindner-buschmann-sozialleistungen-100.html>> (tous les liens ont été consultés pour la dernière fois le 27 novembre 2024). Dans une tribune publiée dans un journal, les ministres du parti FDP Buschmann et Lindner demandent à pouvoir réduire plus facilement, à l'avenir, les prestations pour les demandeurs d'asile. Sous certaines conditions, ils souhaitent même les supprimer presque entièrement.

<sup>3</sup> A l'extrême gauche, Sarah Wagenknecht, ancienne membre de Die Linke et fondatrice d'un nouveau mouvement, se prononce notamment pour une politique migratoire particulièrement restrictive.

<sup>4</sup> <<https://www.kas.de/documents/252038/22161843/Thorsten+Frei+MdB+Rede+Recht+politische+Konferenz.pdf/6ffa1b32-b76c-bc88-dd00-f749dd88b91f?version=1.0&t=1702455762440>>, discours de T. Frei, député, à l'occasion de la soirée festive de la « 17<sup>e</sup> conférence de politique juridique » de la Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 12 octobre 2023.

<sup>5</sup> V. Valentin, *Geschichte der Revolution von 1848-49*, vol. 2, 1931, p. 540, cité d'après J.-D. Kühne, « 150 Jahre Revolution von 1848-49 - ihre Bedeutung für den modernen Verfassungsstaat », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1998, p. 1513. De 1850 à 1870, environ deux millions d'Allemands au total ont émigré, environ la moitié dès les cinq premières années (v. <<https://www.dhm.de/lemo/kapitel/reaktionszeit/alltagsleben/auswanderung.html>>).

perdues ont entraîné des mouvements de fuite de populations. Après la Première Guerre mondiale, les Allemands se sont vus contraints de quitter des régions que l'Allemagne avait dû céder, comme l'Alsace<sup>6</sup>. Après la Seconde Guerre mondiale, des millions de personnes ont fui vers l'Ouest, en particulier depuis les territoires orientaux du « Troisième Reich », une souffrance longtemps passée sous silence, mais rappelée aujourd'hui par des livres de souvenirs<sup>7</sup>. Mais c'est surtout l'injustice de l'expulsion de la population juive, obligée de trouver refuge hors d'Allemagne pour survivre, qui est ancrée dans la mémoire collective. C'est précisément cette partie traumatisante de l'histoire qui rend le débat actuel sur l'asile et l'immigration plus complexe et plus chargé en Allemagne qu'il ne l'est peut-être dans d'autres pays.

La culpabilité et la responsabilité ont été directement inscrites dans la Loi fondamentale. Ainsi, en 1949, l'article 16, paragraphe 2, seconde phrase, de la Loi fondamentale a consacré un « droit d'asile pour les personnes persécutées politiquement », sans aucune condition<sup>8</sup>, qui va plus loin que toutes les formulations standards utilisées à l'époque dans les déclarations et les traités internationaux. La Déclaration universelle des droits de l'homme ne parle que d'un « droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays »<sup>9</sup>; la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est caractérisée par un angle mort à ce sujet. La Convention de Genève relative au statut des réfugiés détermine de manière générale la qualification et le statut juridique des réfugiés, mais n'accorde pas elle-même un droit individuel à l'asile<sup>10</sup>. Par contraste, la particularité de la réglementation en Allemagne était l'existence d'un droit individuel de

---

<sup>6</sup> V. les estimations, par exemple pour l'Alsace, où entre 112 000 et 150 000 personnes ont dû quitter la région après la Première Guerre mondiale (v. B. Barth, « Ethnisierungen und die Krise der europäischen Demokratien nach 1918/19 », in J. Leonard (dir.), *Große Erwartungen - 1919 und die Neuordnung der Welt*, 2023, p. 303).

<sup>7</sup> Cf. par exemple C. Hofmann, *Alles was wir nicht erinnern. Zu Fuß auf dem Fluchtweg meines Vaters*, 2022.

<sup>8</sup> Le libellé de l'article 16, paragraphe 2, seconde phrase, de la Loi fondamentale était le suivant : « Les personnes politiquement persécutées bénéficient du droit d'asile ».

<sup>9</sup> Article 14, paragraphe 1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

<sup>10</sup> M. Will, in M. Sachs (dir.), *Grundgesetz*, 9<sup>e</sup> éd., 2021, Art. 16a, n°2.

source constitutionnelle, et pas seulement de source légale<sup>11</sup>. En plus, ce droit était assuré au niveau procédural par la garantie de l'accès au juge prévue à l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale<sup>12</sup>. Selon la version initiale de la Loi fondamentale, toute personne persécutée politiquement devait pouvoir venir en Allemagne et faire valoir son droit d'asile par voie judiciaire. Un droit de rester pendant la procédure était également assuré.

Toutefois, en France aussi, une disposition garantissant également le droit d'asile a été inscrite dans le préambule de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République en 1946 : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République. »<sup>13</sup> Aucune protection juridique particulière n'était toutefois pas prévue pour faire valoir cette disposition. Le chemin vers une protection constitutionnelle complète était encore long. En 1958, le préambule de la Constitution de 1946 a été intégré dans la nouvelle Constitution par le biais d'un renvoi. Et ce n'est qu'en 1993 que le Conseil constitutionnel a jugé que cette disposition avait également valeur constitutionnelle et qu'il fallait en déduire, sinon un droit individuel à l'entrée sur le territoire, du moins un droit de demander l'asile. La garantie que les décisions de refus de visa d'entrée puissent être contestées devant le tribunal administratif est également liée à cette décision<sup>14</sup>.

En Allemagne, en revanche, le droit d'asile a été délibérément conçu de manière très généreuse dès 1949,<sup>15</sup> car il s'agissait d'un acte de réparation

---

<sup>11</sup> Pour une comparaison de l'inscription d'un droit d'asile dans différentes constitutions européennes, v. BR-Drs. 175/90, p. 5 s.

<sup>12</sup> Cf. BVerfGE 54, 341 (356) : « Par l'article 16, paragraphe 2, seconde phrase, de la Loi fondamentale, le droit d'asile de la personne politiquement persécutée est élevé au rang de droit fondamental. La Loi fondamentale a ainsi conçu le droit d'asile, en allant au-delà du droit international et du droit d'autres États, comme un droit public subjectif au respect duquel la législation, l'administration et la jurisprudence sont tenues ».

<sup>13</sup> Préambule de la Constitution de 1946, quatrième alinéa.

<sup>14</sup> Cf. en détail C. Grewe, « Die Reform des Ausländer- und Asylrechts in Frankreich. Die Entscheidung des Conseil Constitutionnel vom 13. August 1993 », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)*, 1993, p. 496 s.

<sup>15</sup> V. A. Voßkuhle (« Grundrechtspolitik und Asylkompromiss - Zur Verfassungsänderung als Instrument politischer Konfliktbewältigung am Beispiel des Art. 16a GG », *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1994, p. 53 (61), qui parle de la « singularité du droit d'asile fondamental » : « s'écartant du contexte sociologique initial, l'asile a été transformé en droit d'asile dans une intention humanitaire » et le « suppliant [] a été élevé au rang de demandeur ».

symbolique. Cela a également été délibérément mis en avant lors du processus de rédaction de la Loi fondamentale. Ainsi, le président de la commission principale du Conseil parlementaire, Carlo Schmid, a déclaré que même l'éventuel octroi du droit d'asile aux « mauvaises personnes » ne poserait pas problème en vue de la nécessité historique de générosité<sup>16</sup>.

À l'inverse, le texte de l'article 16, paragraphe 2, seconde phrase de l'ancienne version de la Loi fondamentale ne fait pas référence à la dignité humaine telle qu'elle est définie à l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. Cette disposition a d'abord été relativement peu utilisée et a vécu dans l'ombre pendant trois décennies, tant dans le débat constitutionnel que dans la pratique<sup>17</sup>. Ce n'est qu'en 1980 que la Cour constitutionnelle fédérale a établi un lien entre le droit d'asile et la dignité

---

<sup>16</sup> V. M. Will, in M. Sachs (dir.), *Grundgesetz*, 9<sup>e</sup> éd., 2021, Art. 16a, n°3. Carlo Schmid a dit textuellement : « L'octroi du droit d'asile est toujours une question de générosité, et si l'on veut être généreux, il faut risquer de s'être éventuellement trompé sur la personne. C'est l'autre facette de la chose, et c'est peut-être là aussi que réside la dignité d'un tel acte », v. Conseil parlementaire, *Délibérations de la commission principale*, rapports sténographiques, 1948/49, p. 217.

<sup>17</sup> En chiffres, de février 1952 au 31 décembre 1992, 166 169 demandes d'asile ont reçu une réponse positive (taux de reconnaissance allant jusqu'à 4,25%) ; v. A. Voßkuhle, « Grundrechtspolitik und Asylkompromiss - Zur Verfassungsänderung als Instrument politischer Konfliktbewältigung am Beispiel des Art. 16a GG », *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1994, p. 53 (54). A cette époque, la Cour fédérale de justice a décidé (BGH, 21 janvier 1953, 4 ARs 2/53) que lors de la décision sur l'admissibilité d'une extradition selon le § 25 de la loi allemande sur l'extradition, doit être pris en compte le droit d'asile prévu par l'art. 16, paragraphe 2, seconde phrase, de la Loi fondamentale, qui interdit également l'extradition de personnes poursuivies pour des infractions pénales lorsqu'il existe un risque pour la vie ou l'intégrité corporelle ou de restriction de la liberté personnelle par les autorités pour des raisons politiques. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale a défini plus précisément la notion de persécuté politique dans l'affaire BVerwGE 4, 238, en 1957, où cette qualification selon l'article 16 de la Loi fondamentale était décisive pour déterminer si une interdiction de séjour devait être assortie d'un sursis, de sorte que le plaignant ne puisse pas être expulsé vers son pays d'origine. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale a décidé dans l'affaire BVerfGE 9, 174, en 1959, que la notion de « persécuté politique » ne devait pas être interprétée de manière restrictive et que, en particulier, l'assurance de la spécialité des poursuites pénales n'offrait pas une protection suffisante contre les abus politiques. En outre, dans une décision de 1961 (BGHSt 15, 297), la Cour fédérale de justice a souligné qu'une personne poursuivie pour meurtre politique devait avoir la garantie de la spécialité des poursuites. Cela pourrait être garanti par l'assurance formelle du « gouvernement d'un État dont le gouvernement et les autorités respectent effectivement l'État de droit ». En 1975, la Cour constitutionnelle fédérale a constaté que l'article 16, paragraphe 2, seconde phrase, de la Loi fondamentale interdisait le refoulement du demandeur d'asile à la frontière et une expulsion vers l'État persécuteur. En outre, contrairement à la jurisprudence antérieure, la norme n'avait pas de limites intrinsèques et ne pouvait être limitée que par le « respect de l'unité de la Constitution et de l'ensemble des valeurs qu'elle protège ».

humaine. Dans une affaire concernant l'asile économique, où la Cour était appelée à définir plus précisément les conditions du droit d'asile, elle a déclaré :

« Les conditions et l'étendue de l'asile politique sont essentiellement déterminées par l'inviolabilité de la dignité humaine, qui, en tant que principe constitutionnel suprême, a influencé de manière décisive, après le développement historique du droit d'asile, la constitutionnalisation d'un droit d'asile à portée étendue dans la Loi fondamentale »<sup>18</sup>.

C'est un pas important que franchit ici la Cour constitutionnelle fédérale : selon elle, l'asile ne concerne pas « seulement » la vie et l'intégrité physique et la liberté - la liberté comprenant également le droit de pratiquer librement sa religion et d'exercer une activité professionnelle et économique<sup>19</sup> - mais, au-delà, la dignité.

Les explications de la Cour constitutionnelle fédérale suggèrent trois modèles de justification pour l'ancrage du droit d'asile dans la dignité humaine.

En premier lieu, la référence à l'histoire doit être interprétée en ce sens qu'une persécution telle que celle subie sous le régime nazi constitue une atteinte à la dignité humaine<sup>20</sup>, de sorte que la mesure correctrice - l'octroi de l'asile - ne peut être interprétée sans ce point de référence historique.

En deuxième lieu, la persécution étatique basée sur la discrimination est stigmatisée : aucun État n'a le droit de « mettre en danger ou de porter atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou à la liberté personnelle d'un individu pour des motifs qui tiennent uniquement à ses convictions politiques ou à ses choix religieux fondamentaux ou à des caractéristiques indisponibles inhérentes à tout être humain dès sa naissance »<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> BVerfGE 54, 341 (356).

<sup>19</sup> BVerfGE 54, 341 (356).

<sup>20</sup> Dès l'une de ses premières décisions, la Cour constitutionnelle fédérale fait référence au fait que la persécution d'une personne constitue une atteinte à sa dignité humaine (v. BVerfGE 1, 97, n°104).

<sup>21</sup> BVerfGE 76, 143 (157 s.) ; cf. à ce sujet R. Rothkegel, « Ewigkeitsgarantie für das Asylrecht ? », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 222 (223), qui y voit un « sacrifice spécial ».

Enfin, l'atteinte à la dignité humaine est associée au degré de gravité d'une atteinte aux droits d'une personne. Ainsi, dans une décision ultérieure de la Cour constitutionnelle fédérale, il est dit que les restrictions à l'exercice de la religion et à la liberté de l'activité professionnelle et économique « ne pourraient fonder un droit d'asile [...] que si, par leur intensité et leur gravité, elles portent atteinte à la dignité humaine et vont au-delà de ce que les habitants de l'État d'origine sont généralement tenus d'accepter en raison du système qui y prévaut »<sup>22</sup>.

En revanche, la Cour ne fait pas référence à la « théorie de l'objet », habituellement utilisée dans la doctrine juridique allemande<sup>23</sup>, alors que cela aurait été évident, notamment lorsque les réfugiés sont réduits à des statistiques et deviennent une variable d'ajustement.

Du point de vue du droit constitutionnel allemand, l'incorporation du droit d'asile au concept de dignité humaine est significative, car la dignité humaine est considérée comme « intangible » et donc - contrairement à d'autres systèmes juridiques<sup>24</sup> - comme absolue et ne pouvant pas être limitée dans le cadre du principe de proportionnalité. En outre, ni le législateur ni le législateur constitutionnel ne peuvent porter atteinte au principe de la dignité humaine, car la garantie d'éternité de l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale s'oppose à toute modification de celui-ci. Cette garantie doit toutefois être interprétée de manière restrictive pour des raisons de théorie démocratique : après tout, un collège de juges a un pouvoir de veto par rapport à une majorité des deux tiers légitimée par l'élection<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> BVerfGE 54, 341 (356) ; en accord avec U. Becker, in H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (dir.), *Grundgesetz*, 7<sup>e</sup> éd., 2018, Art. 16a, n°36.

<sup>23</sup> R. Poscher, « Menschenwürde », in *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 17, n°79.

<sup>24</sup> R. Poscher, « Menschenwürde », in *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 17, n°79, sur la compréhension de la dignité humaine basée sur le principe de proportionnalité, par exemple dans le droit constitutionnel d'Israël ou d'Afrique du Sud.

<sup>25</sup> Cf. BVerfGE 30, 1, dispositif, n°5 : « L'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale interdit un abandon général des principes qui y sont mentionnés, mais n'empêche pas de modifier, par une loi modifiant la Constitution, des principes constitutionnels même élémentaires, de manière inhérente au système ». Dans ce contexte, la garantie de la dignité humaine est alors interprétée comme la suspension d'un traitement qui remet en question par principe la qualité de sujet de l'être humain et comme « l'expression du mépris de la valeur qui revient à l'être humain en vertu de sa qualité de personne ». (cf. BVerfGE 30, 1, n°26).

Ce droit d'asile interprété de manière généreuse, fondé sur la dignité humaine, qui peut en principe être invoqué devant un tribunal par toute personne, à l'exception des citoyens allemands, est la pierre angulaire historique de la Loi fondamentale allemande. Christian Tomuschat le décrit comme l'expression de « l'optimisme constitutionnel allemand »<sup>26</sup>. Mais entre-temps, le contenu de ce droit a fortement évolué.

Dans les années quatre-vingt-dix, lorsque le droit d'asile a été utilisé en masse et non plus seulement dans des cas isolés<sup>27</sup>, la générosité et l'acceptation d'éventuelles erreurs invoquée par Carlo Schmid ont pris fin. Le droit d'asile a été « réformé » sur la base d'un compromis soutenu par tous les partis politiques ou, comme le soutenaient les opposants de cette réforme, aboli<sup>28</sup>. L'article 16 a de la Loi fondamentale lui consacre désormais un article spécifique, qui contient certes encore le principe du droit d'asile des persécutés politiques, mais qui formule dans les quatre autres paragraphes des concrétisations et des restrictions étendues. Il s'agit pour l'essentiel d'une interprétation restrictive en ce qui concerne l'entrée en provenance de pays d'origine sûrs ainsi que d'une réduction de la protection juridique<sup>29</sup>.

La Cour constitutionnelle fédérale n'a pas censuré la réforme de 1993 et n'y a pas vu d'atteinte à la dignité humaine, une décision controversée encore aujourd'hui<sup>30</sup>. Ainsi, elle se réfère certes à ses décisions plus

---

<sup>26</sup> C. Tomuschat, « Asylrecht in der Schieflage », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)*, 1996, p. 381.

<sup>27</sup> Sur le contexte de la réforme de 1994, v. J. Bergmann, in J. Bergmann, K. Dienelt (dir.), *Ausländerrecht*, 14<sup>e</sup> éd., 2022, AsylG Vorbemerkung, n°11 s.

<sup>28</sup> Cf. J. Masing, qui parle d'un « droit fondamental plutôt symbolique » (in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz*, 2<sup>e</sup> éd. 2004, Art. 16a, n°29) ; E. Franßen parle d'une « disposition d'entrave aux droits fondamentaux » (cf. E. Franßen, « Der neue Art. 16 a GG als 'Grundrechtsverhinderungsvorschrift' », *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1993, p. 300) ; cf. également G. Renner, « Der "Asylkompromiss" und seine Folgen », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1994, p. 452.

<sup>29</sup> 28 juin 1993, Bundesgesetzblatt I, p. 1002 ; cf. J. Henkel, « Das neue Asylrecht », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1993, p. 2705, G. Lübke-Wolff, « Das Asylgrundrecht nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996 », *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1996, p. 825.

<sup>30</sup> Pour une discussion sur l'étendue des possibilités de réforme de l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale dans le débat mené avant la réforme constitutionnelle et les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle fédérale à ce sujet, v. A. Voßkuhle, « Grundrechtspolitik und Asylkompromiss - Zur Verfassungsänderung als Instrument politischer Konfliktbewältigung am Beispiel des Art. 16a GG », *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1994, p.

anciennes, dans lesquelles l'ancrage du droit d'asile à la dignité humaine a été mis en évidence, mais elle explique ensuite très simplement :

« On ne peut cependant pas en conclure que le droit d'asile fait partie du contenu de la garantie de l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. Il convient de déterminer de manière autonome ce qui constitue le contenu de cette garantie et les conséquences qui en découlent pour les pouvoirs publics allemands »<sup>31</sup>.

Cela implique une distinction subtile que la Cour ne juge pas nécessaire de justifier : le droit fondamental à l'asile est ancré dans la garantie de la dignité humaine, mais ne relève pas du contenu de celle-ci. Il s'agit donc d'une sorte de « garantie de la dignité humaine *light* » qui est exclue de la garantie d'éternité et qui peut donc être modifiée<sup>32</sup>. La modification comprend également l'abolition : la Cour constitutionnelle fédérale l'indique dans sa décision dans un *obiter dictum*<sup>33</sup>.

Dans l'évolution historique, on peut ainsi distinguer trois étapes : de la réglementation généreuse à caractère symbolique de la fin des années 1940, expression de la culpabilité et de la responsabilité, à la réglementation restrictive de 1993, mettant en avant la responsabilité européenne globale, jusqu'à l'époque actuelle, où les approches

---

53 (59), note 71. Une position résolument opposée à celle de la Cour constitutionnelle fédérale est défendue par exemple par R. Rothkegel, « Ewigkeitsgarantie für das Asylrecht ? », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 222 (227), qui argumente que le « contenu matériel essentiel de la garantie du droit d'asile de l'article 16, paragraphe 2, de la Loi fondamentale » fait « partie intégrante du principe de la dignité humaine », de sorte qu'un « abandon ou même une simple restriction de ce contenu » devrait échouer en raison de la garantie d'éternité.

<sup>31</sup> BVerfGE 94, 49 (103).

<sup>32</sup> En ce sens, A. v. Arnould, S. Martini, in I. v. Münch, P. Kunig (dir.), *Grundgesetz*, 7<sup>e</sup> éd., 2021, Art. 16a, n° 15; U. Becker, in H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (dir.), *Grundgesetz*, 7<sup>e</sup> éd., 2018, Art. 16a, n° 13; H. Jarass, in H. Jarass, B. Pieroth (dir.), *Grundgesetz*, 17<sup>e</sup> éd., 2022, Art. 16a, n° 1; F. Wittreck, in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz*, 3<sup>e</sup> éd., 2013, Art. 16a, n° 48.

<sup>33</sup> « Comme en principe toute disposition de la Constitution, le droit fondamental à l'asile est également à la disposition du législateur qui modifie la Constitution (art. 79, paragraphe 1, première phrase, et paragraphe 2, de la Loi fondamentale).(...) Si, par conséquent, le législateur qui modifie la Constitution n'est pas empêché de supprimer le droit fondamental à l'asile en tant que tel, il en résulte sans autre que (...) » ; BVerfGE 94, 49 (103 s.). En ce sens, U. Becker, in H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (dir.), 7<sup>e</sup> éd., 2018, *Grundgesetz*, Art. 16a, n° 13. La possibilité d'abolition est justifiée par le fait que la République fédérale ne doit pas se laisser imputer les violations des droits de l'homme commises par d'autres États (n° 13).

pragmatiques repoussent de plus en plus l'idée de responsabilité historique à l'arrière-plan.

### **C. La garantie de la dignité humaine et la détresse des demandeurs d'asile**

La garantie de la dignité humaine n'est pas seulement importante pour la décision d'accorder ou non l'asile. La manière dont les demandeurs d'asile sont traités une fois qu'ils sont dans le pays d'accueil touche également à la conception de l'homme définie à l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. Il s'agit de la responsabilité de l'État pour le minimum vital de tous ceux qui se trouvent sur son territoire et donc, en particulier, de la question de l'égalité de traitement entre ceux qui viennent de l'extérieur et ceux qui sont là depuis toujours, et donc entre les réfugiés et les citoyens. Même s'il est délicat et difficile de trouver des solutions adéquates, ces questions, contrairement à la question de l'octroi de l'asile en soi, ne sont pour le moins pas chargées d'histoire.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale qui a ouvert la voie en la matière date de 2012<sup>34</sup>. La Cour y déclare que le droit fondamental à la garantie d'un minimum vital décent, qui découle de l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale et du principe de l'État social conformément à l'article 20, paragraphe 1, de la Loi fondamentale et qui ne peut pas être modifié, s'applique indépendamment du statut de séjour. L'arrêt se réfère à un jugement de 2010 sur la garantie du minimum vital dans la dignité humaine<sup>35</sup> et explique que les indications données dans ce jugement s'appliquent également à tous les ressortissants étrangers qui résident sur le territoire national<sup>36</sup>. Le montant des prestations ne découle pas de la Loi

---

<sup>34</sup> BVerfGE 132, 134 (179).

<sup>35</sup> BVerfGE 125, 175 (222) : « Lorsqu'une personne ne dispose pas des moyens matériels nécessaires pour garantir une existence conforme à la dignité humaine, parce qu'elle ne peut les obtenir ni par son travail, ni par son propre patrimoine, ni par des dons de tiers, l'État est tenu, dans le cadre de sa mission de protection de la dignité humaine et dans l'accomplissement de sa mission d'organisation de l'État social, de veiller à ce que les conditions matérielles nécessaires soient mises à la disposition de la personne qui a besoin d'aide ».

<sup>36</sup> BVerfGE 132, 134, dispositif, n°3 : « Si le législateur veut tenir compte des particularités de certains groupes de personnes lors de la fixation du minimum vital, il ne peut pas différencier de manière générale l'aménagement concret des prestations destinées à assurer le minimum

fondamentale, mais doit être fixé par le législateur<sup>37</sup>. Mais la Cour constitutionnelle fédérale peut vérifier si les prestations sont manifestement insuffisantes et - c'est le « *procedural turn* » - si les prestations sont « compréhensibles et objectivement différenciées » et, partant, globalement justifiables<sup>38</sup>. Selon cette jurisprudence, le législateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour décider de distribuer des bons d'achat, des aides en nature ou des aides en espèces, que ce soit de manière forfaitaire, en fonction d'un panier de biens et services ou en fonction des besoins individuels à justifier<sup>39</sup>. Toutefois, le minimum vital socioculturel et le minimum vital physique doivent être considérés comme un tout : le premier ne peut pas être retiré si le second est préservé<sup>40</sup>.

Dans ce contexte, la loi sur la réglementation de l'assistance aux demandeurs d'asile, qui n'a pas adapté l'octroi des prestations à l'augmentation des coûts pendant une longue période, est déclarée inconstitutionnelle. De plus - et cela dresse un obstacle important aux réformes législatives - la Cour constitutionnelle fédérale précise clairement que « la dignité humaine garantie par l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale ne peut être relativisée par la politique migratoire »<sup>41</sup>. Ici, le caractère absolu de la dignité humaine est désormais explicitement mis en avant contre une éventuelle érosion des droits.

La dignité humaine joue un rôle non seulement lors de « l'arrivée », c'est-à-dire lors de l'entrée dans le pays, et lors du « séjour », lors de la prise en charge en Allemagne, mais aussi lors du « départ », lorsqu'il s'agit d'examiner juridiquement si ce départ peut être forcé ou si une expulsion

---

vital selon le statut de séjour. Une différenciation n'est possible que dans la mesure où les besoins en prestations nécessaires à l'existence diffèrent de manière significative de ceux d'autres personnes et que cela peut logiquement être prouvé, dans le cadre d'une procédure transparente sur le plan matériel, sur la base des besoins réels de ce groupe en particulier ».

<sup>37</sup> BVerfGE 125, 175 (222) : « Il est indisponible par essence et doit être honoré, mais il a besoin d'être concrétisé et constamment actualisé par le législateur, qui doit orienter les prestations à fournir en fonction du niveau de développement respectif de la collectivité et des conditions de vie existantes. Il dispose à cet égard d'une marge de manœuvre ».

<sup>38</sup> BVerfGE 125, 175, n°82.

<sup>39</sup> BVerfGE 125, 175, n°134.

<sup>40</sup> BVerfGE 137, 34 (91 et 117) ; cf. pour les limites en détail, BVerfG, décision de la 3<sup>e</sup> chambre du premier Sénat du 12 mai 2021, 1 BvR 2682/17, n°1-26.

<sup>41</sup> Voir BVerfGE 132, 134 (173), n°95 ; BVerfGE 152, 68 (114), n°120.

peut être effectuée. La dignité humaine est également le point de référence central pour le droit de s'opposer à une expulsion, si la personne concernée risque d'être torturée ou de subir des traitements inhumains dans le pays vers lequel elle doit être emmenée<sup>42</sup>. Il existe ici un parallélisme entre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale basée sur l'article 1, paragraphe 1, de la loi fondamentale et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme basée sur l'article 3 de la CEDH<sup>43</sup>.

## **D. Appréciations contradictoires et dissonances dans la jurisprudence**

### **I. La dignité humaine comme élément d'encadrement du discours**

Mettre en avant la dignité humaine dans les questions de migration et d'asile a une fonction de communication centrale dans la brutalisation du discours que l'on observe partout. Ainsi, Matteo Salvini, lorsqu'il était encore ministre italien de l'Intérieur, a qualifié les réfugiés sauvés de la mer de « cargaison de chair humaine »; l'ancien président américain Trump a dénigré les immigrés sans papiers en les qualifiant d'« animaux », d'« assassins » et de « voleurs » qui « infectent notre pays »<sup>44</sup>. Stigmatiser ce type de pensée comme inacceptable, tel était le sens de l'inscription de la garantie de la dignité humaine dans la Loi fondamentale allemande.

### **II. La dignité humaine comme élément de limitation du discours**

Mais en même temps - et c'est le côté négatif - l'ancrage du droit d'asile dans la dignité humaine signifie la fin du dialogue. Si la dignité humaine est mise en jeu, les positions contraires ne sont plus défendables. Daniel

---

<sup>42</sup> A. v. Arnould, S. Martini, in I. v. Münch, P. Kunig (dir.), *Grundgesetz*, 7<sup>e</sup> éd., 2021, Art. 16a, n°15 ; F. Wittreck, in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz*, 3<sup>e</sup> éd., 2013, n°48.

<sup>43</sup> J. Bergmann, in J. Bergmann, K. Dienelt (dir.), *Ausländerrecht*, § 4 AsylG, n°9 s.

<sup>44</sup> M. Rüb, « Italien hilft nur den Italienern », *FAZ*, 21 juin 2018 ; M. Kakutani, « When History Repeats », *The New York Times.Com*, 15 juillet 2018, cité d'après A. Kossert, *Flucht. Eine Menschheitsgeschichte*, 2020, p. 15.

Thym parle dans ce contexte d'une « moralisation débordante qui exclut les opinions contraires »<sup>45</sup>. Cela complique la discussion sur les réformes. Comment la politique peut-elle réfléchir aux fonctions incitatives involontaires des prestations sociales pour les demandeurs d'asile, qui sont élevées en Allemagne par rapport à d'autres États, si la Cour constitutionnelle fédérale met un point final à tout débat en déclarant que le minimum vital ne peut pas être relativisé par la politique migratoire ? Si la discussion se tournait contre le *dictum* de Karlsruhe, l'autorité de la Cour serait sapée. Personne ne peut corriger cela, pas même la Cour. Il en va autrement pour les décisions qui ne se réfèrent pas à la dignité humaine. Et c'est un problème.

### **III. La différente importance accordée à la détresse physique en tant qu'élément de la dignité humaine**

La contradiction de valeurs est également insatisfaisante : d'une part, en se limitant à la « persécution politique », on rejette l'existence d'un droit d'asile pour cause de détresse économique dans le pays d'origine - et cela fait l'objet d'un consensus total -, mais d'autre part, on considère qu'une prise en charge insuffisante dans le pays d'accueil constitue une atteinte à la dignité. Cette contradiction de valeurs est encore aggravée par le fait que le minimum vital découlant du principe de l'État social et de la garantie de la dignité humaine est comparativement élevé et dépasse en tout cas largement ce dont on dispose dans la plupart des pays d'origine. Même si l'on reconnaît la relativité du minimum vital et l'importance de l'intégration socioculturelle, la contradiction de valeur fondamentale ne peut pas être résolue : le droit d'asile est ancré dans la dignité humaine, la dignité humaine est considérée comme violée lorsqu'on arrive et qu'on a faim, et pourtant la personne affamée n'obtient pas l'asile. Cela ne peut pas être cohérent !

---

<sup>45</sup> D. Thym, « Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten - Anmerkungen zu den migrationspolitischen Diskursen der Gegenwart », *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR)*, 2018, p. 193 (196).

Si l'on considère la dignité humaine comme absolue, on ne peut pas non plus argumenter que la dignité humaine signifie quelque chose de différent dans l'étranger lointain et à l'intérieur.

#### **IV. La limitation de la garantie d'éternité pour assurer la dignité humaine**

D'un point de vue juridique, la garantie de la dignité humaine se distingue des autres garanties des droits fondamentaux par le fait que la première est assurée par la garantie d'éternité. Si l'on argumentait que le droit d'asile est une émanation de la dignité humaine, ni son abolition ni sa réforme ne seraient envisageables sans l'élaboration d'une nouvelle constitution. Comme expliqué, la Cour constitutionnelle fédérale s'est opposée à ce point de vue en 1996. Elle n'a cependant pas trouvé de justification convaincante, et plus encore, elle n'a pas donné de justification du tout. Ce faisant, elle a affaibli la protection liée à la garantie de la dignité humaine.

#### **V. Quelle valeur ajoutée pour une argumentation sur la dignité humaine ?**

On peut se demander si, en se référant ainsi à la dignité humaine, on donne d'une main ce que l'on retire de l'autre. Le droit d'asile et l'article 16a de la Loi fondamentale, pourraient-ils être supprimés ? Comme nous l'avons déjà expliqué, la Cour constitutionnelle fédérale précise qu'en effet, l'article 16a de la Loi fondamentale n'est pas soumis à la garantie d'éternité et pourrait donc être supprimé<sup>46</sup>. Néanmoins, les garanties individuelles qu'il contient - l'interdiction de renvoyer une personne dans un pays où elle risque de subir des atteintes à sa dignité humaine, en particulier des atteintes à sa vie et à son intégrité physique, et l'interdiction de laisser sans assistance une personne qui se trouve sur le territoire national et qui n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins - sont insusceptibles d'être modifiées. Les obligations internationales de l'Allemagne produisent le

---

<sup>46</sup> BVerfGE 94, 49 (103 s.) : « Par conséquent, rien n'empêche le législateur qui modifie la Constitution d'abroger le droit fondamental à l'asile en tant que tel ... ».

même résultat : une réforme qui remettrait en cause ces garanties individuelles est exclue. La question de savoir si la garantie de l'accès au juge en cas de demande d'asile doit également être maintenue est laissée ouverte par la Cour constitutionnelle fédérale en 1996<sup>47</sup>. Toutefois, la suppression d'une telle garantie exigerait une modification de la CEDH<sup>48</sup>. Seul le noyau de la garantie internationale serait ainsi stable : tout ce que la Loi fondamentale offre ou a offert en plus ne le serait pas. Christian Tomuschat constate sobrement qu'après la réforme constitutionnelle, il n'y a plus de place pour une « illusion 'orgueilleuse', au sens noble du terme »<sup>49</sup>.

## VI. La dignité humaine et le principe « ne ultra posse »

Mais le problème le plus difficile à résoudre peut être décrit par le principe « *ne ultra posse* », auquel le débat actuel fait également souvent référence. Il est intéressant de noter que ce principe est explicitement mentionné dans le préambule de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, le document international le plus important dans ce domaine. Ainsi, il est fait référence, d'une part, au fait « qu'il peut résulter de l'octroi du droit d'asile des charges exceptionnellement lourdes pour certains pays et que la solution satisfaisante des problèmes dont l'Organisation des Nations Unies a reconnu la portée et le caractère internationaux, ne saurait, dans cette hypothèse, être obtenue sans une coopération internationale »<sup>50</sup> et, d'autre part, il est souhaité que « tous les États, reconnaissant le caractère social et humanitaire du problème des réfugiés, fassent tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter que ce problème ne devienne une cause de tensions entre États »<sup>51</sup>. Il s'agit de « tout ce qui est en leur pouvoir », mais rien de plus. Mais comment concilier cela avec l'ancrage du droit d'asile à

---

<sup>47</sup> BVerfGE 94, 49 (104).

<sup>48</sup> Cf. la jurisprudence relative à l'article 13 CEDH.

<sup>49</sup> C. Tomuschat, « Asylrecht in der Schieflage », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)*, 1996, p. 381.

<sup>50</sup> Considérant 4 du préambule de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, *Bundesgesetzblatt II*, 1953, p. 560.

<sup>51</sup> Considérant 5 du préambule de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, *Bundesgesetzblatt II*, 1953, p. 560.

la dignité humaine ? Toute argumentation du type « la barque est pleine » échoue sur ce point. Il ne fait aucun doute que cela a été voulu historiquement, puisque l'argument « la barque est pleine », employé dans de nombreux pays, a coûté la vie à d'innombrables personnes persécutées par l'État nazi. Mais si un droit ne peut être limité d'aucune manière, il risque d'être considéré comme inapplicable et, par conséquent, tout simplement ignoré. Si aucune solution n'est proposée dans le respect du droit, les solutions sont recherchées en dehors du droit. Comme nous l'avons expliqué au début, le débat actuel montre que ce risque est réel.

## **E. Conclusion**

En comparant les constitutions, on peut constater que la garantie d'un droit à l'asile des persécutés politiques pouvant être invoqué devant les tribunaux, introduite dans la Loi fondamentale en 1949 et « anoblie » plus tard par la Cour constitutionnelle fédérale avec l'ancrage à la dignité humaine, était une particularité par rapport aux autres constitutions européennes. La réforme des droits fondamentaux de 1993 a cependant largement supprimé ces particularités et rapproché la réglementation allemande des autres systèmes constitutionnels européens, même si un droit à l'asile des persécutés politiques est resté sur le papier. Par la négation d'une incorporation au contenu de la garantie de l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale, le droit d'asile, dans la mesure où il n'est pas garanti par des traités internationaux et le droit de l'Union européenne (UE), a été rendu disponible par la Cour constitutionnelle fédérale. Néanmoins, la jurisprudence récente sur le minimum vital a de nouveau renforcé la référence à la dignité humaine en ce qui concerne le statut des demandeurs d'asile en Allemagne. Même s'il faut s'en féliciter dans un débat où les destins individuels sont occultés et où l'on ne parle plus des demandeurs d'asile qu'au pluriel et non plus au singulier, cette jurisprudence est source de dissonances et de contradictions.

L'importance pratique de la conception de la Loi fondamentale - y compris le rattachement à la dignité humaine - a toutefois été relativisée entre-temps, étant donné que le droit allemand, y compris le droit constitutionnel allemand a été pour l'essentiel recouverts par le droit de

l'UE<sup>52</sup>. Néanmoins, l'article 16a de la Loi fondamentale ne devrait pas être considéré comme obsolète, même si de nombreuses voix s'élèvent en ce sens en doctrine<sup>53</sup>. En effet, la signification identitaire de l'octroi de l'asile<sup>54</sup> devrait être préservée en tant que tradition du droit constitutionnel allemand.

---

<sup>52</sup> La réglementation de la politique d'asile commune des États membres est décisive, en particulier la directive « accueil » (directive 2013/33/UE), la directive « procédures » (directive 2013/32/UE), le règlement « Dublin III » (règlement [UE] n° 604/2013 et la directive « qualification » (directive 2011/95/UE) ; cf. A. Siehr, « Der Staat als Personalverband », *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 9, n°179, qui parle à cet égard de l'éviction par un « régime parallèle d'octroi de protection ».

<sup>53</sup> K. Hailbronner, in D. Merten, H. Papier, *Handbuch der Grundrechte V*, § 123, n°21 et s. ; K. F. Gärditz, in T. Maunz, G. Dürig (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 16a, p. 74 et s., F. Wittreck, in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz*, Art. 16a, n°36.

<sup>54</sup> M. Herdegen, in G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 104. EL 2024, Art. 79, n°115 ; K. F. Gärditz, in G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 102. EL 2023, Art. 16a, n°455.