

ADOLF KIMMEL

UNE CRISE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE ? *

gions, la vie politique indienne pourrait connaître des turbulences importantes.

147

* Traduit par Christiane Kimmel.

1. Ainsi, un ministre du gouvernement social-libéral a déclaré que le gouvernement ne laisserait pas casser l'Ostpolitik par « les huit c... à Karlsruhe ». Confirmé récemment par Ernst Benda, président de la Cour de 1971 à 1983, in *Der Spiegel*, 8 janvier 1996, p. 48.

2. Cf. les sondages – avec des chiffres différents, mais avec la même tendance – in *Umfrage und Analyse*, n° 11-12, 1992, p. 85 et 88, et surtout : « Hüter oder Herrscher ? » (Gardien ou maître ?), in *Frankfurter Allgemeine*, 25 octobre 1995 (analyse reposant sur les enquêtes d'Allensbach).

3. Il s'agit de l'ex-RFA. La population dans l'ex-RDA doit d'abord se familiariser avec les institutions démocratiques, en particulier avec une Cour constitutionnelle qu'elle ne connaissait pas auparavant.

La Cour constitutionnelle fédérale, créée en réaction au régime nazi qui avait bafoué les droits fondamentaux et brisé l'État de droit, était jusqu'à présent considérée comme un des piliers de la deuxième démocratie allemande. Malgré des critiques de la part d'hommes politiques lorsqu'une de ses décisions ne leur plaisait pas¹, la Cour jouissait d'une grande réputation. Elle avait été épargnée par la perte de confiance dont les institutions politiques, et surtout les partis politiques, sont victimes depuis ces quinze dernières années². Depuis deux ans, toutefois, sa réputation se trouve considérablement remise en question³. A côté d'un déclin dans l'opinion publique, on assiste à des critiques de plus en plus virulentes de la part d'hommes politiques, de journalistes et même de juristes. Ces critiques ne sont plus éparées et isolées, portées sur des décisions précises, elles vont au-delà et mettent en question la position effectivement très forte de la Cour constitutionnelle dans la démocratie allemande. Ainsi, il n'était jamais arrivé jusqu'à maintenant que des dizaines de milliers de personnes participent à une manifestation contre une décision de la Cour constitutionnelle (décision relative au crucifix dans les écoles publiques). Quelles sont les raisons de cette évolution surprenante et inquiétante à la fois ?

DES DÉCISIONS CONTROVERSÉES

La raison principale est sans doute à chercher dans une série de décisions qui

ont été et sont encore vivement contestées et qui touchent à des questions particulièrement délicates :

– Le 9 mars 1994, la Cour décide que la possession de haschisch en petites quantités ne constitue plus une infraction pénale dès lors qu'il est destiné à l'usage personnel.

– Le 25 août 1994, la Cour juge que le fait d'apposer sur sa voiture un autocollant reproduisant la phrase de l'écrivain pacifiste Kurt Tucholsky : « Les soldats sont des assassins » (*Soldaten sind Mörder*) ne constitue pas un outrage à un soldat pris individuellement ni à la Bundeswehr en général. La Cour estime qu'il s'agit « seulement » de la manifestation d'une opinion pacifiste qui se rapporte à l'institution militaire et à la guerre en général. Un tel propos serait « couvert » par le droit fondamental de la liberté d'expression (art. 5 de la Loi fondamentale). Dans une deuxième décision du 10 octobre 1995, la Cour confirme sa position.

Une nette majorité de la population considère cette décision comme un scandale⁴. On pose la question de savoir si les Allemands ont été libérés en 1945 par des assassins. Au Bundestag a lieu, le 21 septembre 1994, un débat sur cette décision, procédé tout à fait exceptionnel. Joseph Rovau⁵ rappelle que même le tribunal de Nuremberg a refusé de condamner globalement les soldats de la Wehrmacht en tant qu'assassins. L'hommage rendu par François Mitterrand aux soldats allemands, le 8 mai 1995, vient également à l'esprit.

4. 55 % en Allemagne de l'Ouest, 51 % en Allemagne de l'Est – on remarquera la mince différence – sont de cet avis ; seulement 26 % (dans les deux parties de l'Allemagne) sont d'accord avec la décision. *Frankfurter Allgemeine*, 25 octobre 1995.

5. « Im Dienst für ihr Land » (Au service de leur pays), *Die Zeit*, 12 avril 1996.

– Le 10 janvier 1995, la Cour décide, corrigeant une décision de 1986, que le barrage d'un lieu public par un sit-in ne constitue pas une action violente et n'est donc pas une infraction pénale. Cette décision a été rendue à propos des barrages lors du stationnement des fusées Pershing 2 dans différents pays européens dans les années quatre-vingt. Des pacifistes comme l'écrivain Heinrich Böll, prix Nobel de littérature, ont participé à des manifestations en s'asseyant sur les routes d'accès aux casernes. Ils avaient intenté des recours constitutionnels individuels (*Verfassungsbeschwerde*) contre les jugements des tribunaux qui les avaient condamnés.

– Le 15 mai 1995, la Cour a décidé dans le cadre du procès contre Markus Wolf, le chef des services d'espionnage de l'ex-RDA, que l'espionnage de la RDA dirigé à l'encontre de la RFA ne constitue pas une infraction pénale. L'espionnage dirigé contre d'autres pays au profit de son propre pays n'est nulle part considéré comme répréhensible et n'est pas sanctionné. Et les collaborateurs des services d'espionnage de l'ex-RDA ne devaient pas s'attendre à la réunification allemande.

– Finalement, le 16 mai 1995, la Cour prend une décision relative au crucifix dans les écoles publiques en Bavière, qui a été et est toujours vivement discutée. Dans cette décision, la Cour estime qu'un règlement du gouvernement bavarois, qui ordonne que dans chaque

salle de classe d'école publique un crucifix soit accroché au mur, viole l'article 4 de la Loi fondamentale (liberté de croyance et de conscience). La Cour s'est prononcée en faveur de la liberté « négative » de croyance en considérant que la présence obligatoire d'un crucifix porte atteinte aux convictions des non-croyants.

Cette décision a plus qu'aucune autre suscité une vague d'indignation. Elle touche aux sentiments et convictions de la population bavaroise, fortement empreinte du catholicisme. Bien au-delà des milieux catholiques, elle est considérée comme une provocation. Lors d'une manifestation à Munich réunissant plus de 30 000 personnes – dont le ministre-président bavarois et d'autres dirigeants de la CSU –, l'archevêque de Munich compare les juges de Karlsruhe à Adolf Hitler qui, lui aussi, avait ordonné l'enlèvement des crucifix dans les écoles. Des dirigeants de la CSU qualifient la décision comme étant inconstitutionnelle et appellent même la population à une résistance selon l'article 20 alinéa 4 de la Loi fondamentale⁶. Le ministre-président bavarois déclare devoir respecter la décision mais ne pas l'accepter. Une nette majorité de la population – mais pas dans l'ex-RDA ! – n'est pas d'accord avec la décision⁷.

C'est cette décision qui a fait déborder le vase. La critique de certains hommes politiques dégénère en une mise en cause générale de la Cour consti-

6. « Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible. »

7. Cf. *Frankfurter Allgemeine*, 25 octobre 1995.

8. Voir la brève analyse très critique d'Uwe Wesel, *Die Hüter der Verfassung*, Francfort, 1996, p. 36-45 ; ainsi que la controverse de 1978 entre le chancelier Helmut Schmidt et Ernst Benda, président de la Cour, in *Die Zukunft unserer Demokratie*, Munich, 1979, p. 122 et 125-126.

tutionnelle, parfois même à un appel à ne plus respecter le droit.

Le manque de compréhension qu'une grande partie de la population éprouve à l'égard de certaines décisions de Karlsruhe tient sûrement aussi au fait que la Cour n'a pas toujours réussi à communiquer au public les motifs de ses décisions d'une façon satisfaisante et compréhensible. Les reportages souvent trop sommaires, trop partiels et trop partiels dans les médias ont encore aggravé cette mauvaise compréhension. Pour améliorer ses relations avec la presse et le public, peu satisfaisantes jusqu'à l'heure actuelle, la Cour vient d'embaucher un attaché de presse.

150

UNE COUR PROGRESSISTE CONTRE DES VALEURS MORALES ET SOCIALES CONSERVATRICES ?

Ce n'est pas par hasard que la critique de certaines décisions des dernières années vient surtout des milieux conservateurs ; ces décisions sont en effet marquées par une tendance très libérale. Elles mettent en avant la liberté individuelle au détriment des valeurs de la société ou des intérêts d'État. La Cour a ainsi pris une évolution aussi étonnante que profonde par rapport aux années soixante-dix où, par une série de décisions plutôt « conservatrices », elle avait mis plus d'une fois un frein à la politique réformatrice du gouvernement social-libéral⁸. Il semble

que cette évolution s'explique notamment par des changements dans la composition de la Cour.

Le fait qu'une grande partie, voire souvent la majorité de la population, n'est pas d'accord avec certaines de ces décisions, souvent particulièrement importantes, montre qu'elles ne correspondent plus au sentiment du droit et aux valeurs morales et sociales qui prédominent dans la société allemande. Dans ce contexte, on a soulevé la question fondamentale de savoir si – et dans quelle mesure – la Cour, en rendant ses décisions, doit tenir compte de ce système de valeurs, ainsi que d'un changement éventuel de certaines valeurs, qui sont aussi à la base de la Constitution. Si la Cour a, entre autres, pour mission de consolider, éventuellement même de créer le consensus, mais surtout de ne pas le détruire, on ne pourra pas nier que, ces derniers temps, la Cour n'a pas toujours accompli cette mission d'apaisement de manière satisfaisante.

Mission délicate si la Cour a l'ambition de « jouer un rôle d'avant-garde de certains courants ou influences politiques⁹ ». Puisqu'elle doit – *nolens volens* – se prononcer souvent sur le changement des valeurs morales et sociales, elle devrait le faire de manière prudente et en considération de ses décisions, en montrant de la modération et évitant des prises de positions trop unilatérales. Autant que possible, elle

9. Cf. Rupert Scholz, in *Universitas*, 1, 1996, p. 7. L'auteur est un éminent professeur de droit public et membre de la CDU. Dans le passé, il était titulaire de fonctions politiques importantes.

10. Hans Hugo Klein (juge à la Cour de 1983 à 1996), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Kritik*, Sankt Augustin, 1996, p. 53.

11. Cf. Paul Kirchhof (actuellement juge à la Cour) : « Woran das Bundesverfassungsgericht gebunden ist » (Par quelles normes la Cour constitutionnelle fédérale est liée), in *Frankfurter Allgemeine*, 13 septembre 1995. Les citations suivantes sont également tirées de cet article.

devrait éviter de « brusquer le sentiment de droit de toute la population, voire seulement d'une grande partie¹⁰ ». La tâche principale d'une Cour constitutionnelle consiste bien sûr dans la protection des minorités, mais des prises de positions trop marquées en faveur d'une minorité très réduite, sans prendre en considération l'opinion largement majoritaire – comme dans la décision à propos du crucifix –, ne seront pas susceptibles de créer la paix publique. Évidemment, il ne peut pas être question que la Cour fasse tout simplement sienne une opinion majoritaire révélée par des sondages, ou « la voix du peuple » telle qu'on peut l'entendre dans les bistrot. Mais la Cour ne peut pas non plus complètement ignorer les valeurs morales et sociales prédominantes dans la société. Où se trouve le juste milieu (qui, en réalité, n'existe pas) ?

L'argument que seule la Constitution peut servir de base aux décisions¹¹ de la Cour n'est pas pertinent puisque, en général, la Constitution est susceptible de différentes interprétations qui, à leur tour, peuvent freiner ou encourager un changement des valeurs, peuvent donner la préférence aux unes sur les autres. Il est vrai que personne ne met en doute que seul le Parlement est légitimé pour « tirer les conséquences juridiques d'un changement, effectif ou prétendu, des valeurs » en adoptant des lois nouvelles, tandis que la Cour a pour seule mission d'assurer le respect de la Constitution. Mais certaines des décisions mentionnées incitent à se demander si ce n'est pas la Cour elle-même qui assure cette tâche, incombant normalement au Parlement, de renouveler la Constitution à travers

une interprétation plus « moderne » et d'effectuer ainsi une évolution de la Constitution. Ce faisant, la Cour quitterait sa fonction de « gardien » de la Constitution pour en devenir le « maître », c'est-à-dire celui qui, finalement, décide aussi de modifier au moins son sens, sans en modifier le texte. En valorisant de cette façon encore son rôle dans une démocratie.

UNE COUR TROP PUISSANTE ?

Dans les débats actuels, on pose inévitablement de nouveau la vieille question des compétences de la Cour constitutionnelle, de son « pouvoir ». Les critiques qui voient dans la Cour une « élite aristocratique » pour laquelle il n'y a, en principe, pas de place dans une démocratie, qui estiment qu'on est déjà sur la voie d'un gouvernement de juges, aboutissant à une déparlementarisation de la politique, trouveraient confirmée leur opinion. Dans la balance difficile entre le droit et la politique, la Cour ne doit pas céder à la tentation de pénétrer trop loin dans le champ politique, même si la frontière entre les deux domaines ne peut pas toujours être clairement identifiée. Une telle transgression violerait par ailleurs le principe de la séparation des pouvoirs.

Certes, la Cour de Karlsruhe ne peut pas adopter la doctrine assez floue de la *political question* de la Cour suprême des États-Unis, puisqu'elle est obligée, lorsqu'elle est saisie, d'interpréter la Constitution. Il paraît que la modération des juges constitue la seule règle de conduite pour résister à cette tentation, car « la première vertu du juge consti-

12. Robert Badinter, in *Le Monde*, 5-6 mars 1995.

tutionnel est la prudence dans l'exercice de ses pouvoirs¹² ». Toutefois, ce n'est pas une panacée. D'une part, cette retenue ne peut pas être clairement définie pour chaque problème et, d'autre part, ce *self-restraint* ne sera pas approuvé à l'unanimité. Les critiques avancées à l'encontre de certaines décisions récentes

le montrent : celle concernant l'engagement de la Bundeswehr « *out of area* » (12 juillet 1994) ; celle concernant les conséquences de la réforme agraire dans la zone d'occupation soviétique en Allemagne – plus tard la RDA – avant 1949 (23 avril 1991, confirmée en mai 1996) ; celle aussi, et peut-être sur-

BIBLIOGRAPHIE

- Les décisions récentes se trouvent, avec des commentaires juridiques, dans la revue spécialisée indispensable : *Neue Juristische Wochenschrift*.
- Les journaux font une place assez large à la Cour et à ses décisions, en mettant évidemment en avant les aspects politiques. Le quotidien le plus riche est le *Frankfurter Allgemeine*. L'analyse la plus récente, brève et tonique : Uwe Wesel, *Die Hüter der Verfassung*, Francfort, 1996. Voir aussi : Hans H. Klein, Horst Sendler et Klaus Stern, *Justiz und Politik im demokratischen Rechtsstaat*, Sankt. Augustin, 1996.
- Une analyse générale succincte, en langue française : Louis Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? » n° 2293, 1992, chap. III, p. 51-70.