

ALFRED GROSSER

*Cours constitutionnelles  
et valeurs de référence*

*A propos de décisions sur l'avortement*

Il ne faut pas abuser de la comparaison. Mais les fonctions en évolution du Conseil constitutionnel peuvent être beaucoup mieux comprises si on le compare à des institutions analogues d'autres pays. Et la comparaison sera d'autant plus féconde qu'on la fera porter sur un problème spécifique soumis à peu près au même moment à plusieurs d'entre elles. Le cas le plus intéressant est peut-être celui de l'avortement, sur lequel, comme le font remarquer Louis Favoreu et Loïc Philip dans leur remarquable nouvelle édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, la Cour suprême américaine, la Cour constitutionnelle autrichienne, le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel allemand se sont prononcés entre 1973 et 1977 (les trois derniers nommés respectivement les 15 janvier, 18 janvier et 25 février 1975 !). Pour des raisons d'espace et de compétence, mais aussi parce qu'il nous paraît utile de déborder le cas unique pour mieux en dégager les significations, ce qui conduit à restreindre le nombre des éléments de la comparaison, nous nous limiterons au triangle Washington-Paris-Karlsruhe, en mettant particulièrement l'accent sur les aspects comparatifs franco-allemands.

CULTURE POLITIQUE ET MAJESTÉ INSTITUTIONNELLE

Faut-il relever d'emblée les différences ? Certaines sont importantes, mais ne touchent pas l'essentiel du sujet. Ainsi le moment d'intervention. La nouveauté de l'action du Conseil constitutionnel

(cc) est telle par rapport à la tradition française qu'on trouve tout à fait normal en France que la déclaration de non-conformité ne puisse être faite qu'avant la promulgation d'une loi. Ailleurs, on trouvera tout naturel d'annuler des dispositions anticonstitutionnelles même quand la loi contestée est déjà entrée en vigueur. Un exemple particulièrement spectaculaire a été fourni par le Tribunal de Karlsruhe (BverfG) en 1977 à propos de l'objection de conscience ; la loi du 1<sup>er</sup> avril permettait, à partir du 1<sup>er</sup> août, de choisir entre service civil et service armé par simple carte postale ; le 7 décembre, le Tribunal suspend l'application, puis déclare le nouveau système anticonstitutionnel ; entre-temps, 33 000 jeunes gens ont choisi le service civil sans aucun examen.

Ainsi le recrutement, les qualifications juridiques et politiques des juges. Le côté humain, trop humain, que Woodward et Armstrong viennent de caricaturer dans *The Brethren. Inside the Supreme Court* n'est pas très passionnant. En revanche, le fait que la moitié des juges allemands aient été au préalable juges à d'autres cours fédérales ou présidents de cours au niveau des Länder, les autres ayant tous une solide pratique de professeur de droit ou de haute administration explique en partie une sorte de passion commune pour le droit parfois détaché des données politiques et sociales (encore qu'une évolution sensible soit intervenue à Karlsruhe : douze des seize juges actuels sont officiellement membres d'un parti politique). La différence avec le cc s'est cependant considérablement atténuée, la part des conseillers experts en droit public s'étant considérablement élargie depuis 1959.

Beaucoup plus importante est la question du vote minoritaire. En France, on se refuse à admettre pour une cour ce qui constitue l'essence de la transsubstantiation législative : pendant des mois, partis et groupes parlementaires se sont affrontés sur un texte ; celui-ci a été amendé, parfois sous la pression d'intérêts sordides ; il est adopté à une faible majorité ; dès le lendemain de sa promulgation, il a rétrospectivement comme seul auteur le législateur, celui-ci ayant de surcroît été animé d'une « volonté » que les professeurs de droit commenteront à l'infini et les tribunaux aussi. Une sorte d'opération magique donne au texte une majesté aussi légitimante qu'un sacre royal.

Cela est vrai ailleurs ? Pas à ce point, parce que ailleurs la culture politique n'est pas si solidement fondée sur la sacralisation de la majorité comme expression de la volonté populaire, elle-même source de toute norme politique. Cela est d'ailleurs moins vrai en France aujourd'hui qu'hier à cause de l'intervention du cc. Intervention

d'autant plus révolutionnaire dans notre tradition que le Conseil s'est mis à décider depuis une dizaine d'années en fonction de normes plus axiologiques que juridiques — comme ses homologues de Washington et de Karlsruhe. Mais ceux-ci fonctionnent dans des systèmes culturels admettant depuis toujours (Cour suprême) ou depuis quelque temps, malgré de fortes réticences (BVerfG), une transsubstantiation analogue pour l'organe de contrôle de constitutionnalité. La publication des résultats des votes et surtout des critiques des minoritaires amène certes à penser que la Vérité dépend pour une bonne part du hasard. Dans le cas de l'avortement, il eût suffi d'un faible déplacement de voix pour que la majorité de Washington, raisonnant pour l'essentiel comme la minorité de Karlsruhe, rejette ce qu'elle a admis ou que la majorité de Karlsruhe, proche de la minorité de Washington, soit modifiée et laisse passer la loi au lieu d'en déclarer inconstitutionnelles des dispositions essentielles. Mais ne s'agit-il pas au contraire d'un principe fort démocratique ? Il n'y a pas de Vérité absolue ; il y a une norme définie de façon légitime par une majorité qui est précisément habilitée pour conférer la majesté de la norme à respecter.

Aux certitudes et aux incertitudes des juges majoritaires répondent les certitudes et les interrogations tout aussi détaillées des minoritaires : où est la majesté de la décision judiciaire ? Mais si la majesté ne se situe pas plus dans les juges que dans les parlementaires, si elle appartient à l'institution grâce au mécanisme de la transsubstantiation ? Un mécanisme qui n'empêche pas la contestation ultérieure, non pour refuser de se soumettre, mais pour essayer d'obtenir un renversement de la jurisprudence.

#### LE CAS PARTICULIER DU PRÉAMBULE DE 1946

La Cour suprême et le BVerfG ont l'avantage d'avoir un cadre de référence fixe. Certes, ils peuvent varier dans leurs interprétations. La Cour suprême ne s'en est pas fait faute en matière de libertés économiques ou de droits des minorités. Mais elle n'a aucun doute à éprouver sur la nature normative des amendements constitutionnels définissant des libertés et des droits. Les Droits fondamentaux définis dans le Titre premier de la Constitution allemande « constituent, selon l'article 1, des dispositions légales, directement applicables, qui lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ». Il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque la démocratie de Bonn a été expressément édiflée sur le rejet non de techniques institutionnelles, mais d'un totalitarisme passé et d'un totalitarisme voisin.

En France, l'habitude de considérer une constitution comme une simple mécanique permettant de faire fonctionner la vie institutionnelle a permis pendant longtemps de ne pas trop s'interroger sur les normes, les références morales. Il est logique que le CC, d'abord appliqué, conformément à la tradition culturelle nationale, à vérifier simplement si la règle du jeu était respectée, ait eu besoin de textes de référence dès lors qu'il a voulu aller plus loin et vérifier si les textes à contrôler respectaient aussi les valeurs constituant en quelque sorte la morale de la collectivité politique.

Il y avait le Préambule de 1946, déclaré valide en 1958. Texte passionnant, trop longtemps négligé, notamment par les historiens, puisqu'il est possible de comprendre les contradictions de la politique française de décolonisation par la seule analyse de ses trois derniers alinéas, ou encore les rapports franco-soviétiques et franco-allemands de l'après-guerre par la simple lecture des premiers mots : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres (dont l'URSS) sur les régimes (et non sur les peuples)... »

Mais comment utiliser des énoncés qui tiennent tantôt de la déclaration de principe, tantôt de la fixation d'une norme ? « Chacun a le droit d'obtenir un emploi » : à qui le chômeur doit-il s'adresser pour obtenir satisfaction ? Pour la phrase suivante (« Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ») les choses sont plus simples. La participation des travailleurs à la gestion des entreprises est-elle un vrai droit, dès lors qu'elle est affirmée par le Préambule ? La réponse n'est pas évidente et il serait intéressant d'avoir un recours au CC pour une prochaine loi sur l'entreprise. Tout au plus peut-on dire clairement ce que le texte ne contient pas : ainsi le CC, dans sa décision de 1977 sur l'enseignement libre, a relevé à bon droit que la formulation, que le MRP avait obtenue, n'impliquait nullement le monopole de l'enseignement public. Alors comment ne pas trouver fort succincte la formulation employée par le CC dans sa décision sur l'avortement, selon laquelle la loi « ne méconnaît le principe énoncé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte » ?

Il est vrai que la concision, sinon la brutalité des affirmations du CC constitue de façon permanente et générale un élément de différenciation essentiel avec les cours de Washington et de Karlsruhe. Dans l'affaire de l'avortement, cette concision est particulièrement significative.

## L'ATTITUDE DE LA COUR SUPRÊME (1)

La Cour avoue franchement et longuement son embarras face au problème de l'avortement.

Reconnaissons d'emblée combien nous sommes conscients de la nature passionnée et délicate de la controverse sur l'avortement. Les opinions, même parmi les médecins, s'affrontent violemment. Le sujet inspire des convictions profondes et, semble-t-il, absolues. La philosophie, l'expérience, le contact avec la souffrance humaine, la formation religieuse, les attitudes devant la vie, la famille et ses valeurs ainsi que les impératifs d'ordre moral qu'on se donne et qu'on s'efforce de respecter, tous ces facteurs vont probablement orienter, conditionner, et la réflexion que l'on mène... et les conclusions auxquelles on aboutit... Notre tâche est de résoudre le problème en le confrontant avec la Constitution et cela sans faire intervenir nos émotions, nos préférences. Nous avons donc interrogé l'histoire médicale et médico-juridique, nous en avons médité les leçons sur l'attitude de l'homme devant l'avortement à travers les siècles.

... Nous n'avons pas à résoudre la question difficile de savoir à quel moment commence la vie. Puisque les spécialistes de la médecine, de la philosophie, de la théologie sont incapables de parvenir à un consensus quelconque, la magistrature, au point où en est la science humaine, n'est pas en mesure d'émettre des hypothèses sur ce que doit être la bonne réponse...

Les sept juges qui rédigent la décision apparaissent donc fort modestes. Mais, de façon assez contradictoire, ils prennent finalement nettement parti face au cas qui leur est soumis et qu'ils tranchent le 22 janvier 1973 :

Jane Roe (la demanderesse) affirme qu'elle était célibataire et enceinte ; qu'elle désirait mettre fin à sa grossesse par un avortement accompli par un médecin dans de bonnes conditions hospitalières ; qu'elle n'a pas pu obtenir un avortement « légal » au Texas parce que sa vie n'apparaissait pas menacée par la continuation de sa grossesse et qu'elle n'avait pas les moyens de voyager pour se rendre ailleurs où elle aurait obtenu un avortement légal... Elle a porté plainte contre le fait que la législation du Texas serait inconstitutionnellement vague et limiterait son droit à la vie privée (*personal privacy*) protégé par les Premier, Quatrième, Cinquième, Neuvième et Quatorzième Amendements...

Ils tranchent d'abord une question qui ne se pose évidemment pas en France et qui n'est pas non plus évoquée dans le débat allemand,

(1) Les citations américaines et allemandes ont été traduites par l'auteur — qui n'est pas juriste.

malgré le fédéralisme de la République fédérale : la Cour fédérale a-t-elle le droit d'imposer des comportements en la matière aux Etats ? Les Etats ont-ils le droit d'imposer des régulations différentes aux citoyens américains ? En Allemagne, le fédéralisme ne tient qu'une toute petite place dans la définition de l'éthique commune face au nazisme. Aux Etats-Unis, où les principes généraux des libertés n'ont jamais été mis en question, le fédéralisme constitue un principe de base au moins aussi important que celui de souveraineté nationale dans la jurisprudence du CC ! C'est ce qui explique la vigueur de la *dissenting opinion* du juge White :

La Cour tout simplement crée et proclame un nouveau droit constitutionnel pour les femmes enceintes et, bien que n'ayant que peu de raison et de compétence pour le faire, donne à ce nouveau droit suffisamment de poids pour qu'il rende caduques la plupart des lois sur l'avortement actuellement en vigueur dans les Etats. Cela revient à faire intervenir la Constitution pour enlever aux peuples et aux assemblées législatives des 50 Etats le droit d'évaluer l'importance relative de l'existence et du développement du fœtus, d'une part, des différentes conséquences pour la mère d'autre part... Je ne trouve rien dans la Constitution qui justifie d'imposer cette priorité (la commodité de la femme enceinte) aux peuples et aux assemblées législatives des Etats... Ce problème, dans la plupart de ses aspects, devrait demeurer de la compétence du peuple et des mécanismes politiques qu'il s'est donné pour gérer ses affaires.

Par-delà la question du fédéralisme, le juge minoritaire prend un peu la majorité en flagrant délit de contradiction : si vraiment le problème de fond est juridiquement insoluble parce que ses bases éthiques sont controversées, la décision n'est-elle pas politique, c'est-à-dire du ressort de la majorité créant la loi au nom de valeurs controversées ?

En effet, la Cour est finalement fort précise dans ses réponses, annulant notamment toutes les lois ne respectant pas le principe que, « pendant la période de la grossesse s'étendant environ jusqu'à la fin du premier trimestre, la décision sur l'avortement et son exécution doit être laissée au jugement médical du médecin traitant de la femme enceinte ».

#### LE TRIBUNAL DE KARLSRUHE ET LES PROBLÈMES DE FOND

Depuis la naissance du Tribunal, celui-ci aime motiver longuement ses arrêts. Les 91 pages dactylographiées de l'arrêt du 25 février 1975 (auxquelles il faut, il est vrai, ajouter les 28 pages de l'opinion des

deux juges minoritaires) n'ont rien d'exceptionnel : le 1<sup>er</sup> mars 1979, le jugement, pourtant unanime, sur la cogestion comporte 123 pages.

Mais jamais sans doute le BVerfG n'a été aussi loin dans l'interventionnisme, dans la faiblesse du *self-restraint* en conclusion à ses longues analyses juridiques, historiques et éthiques. En effet, si le point I de l'arrêt déclare nul « le § 218 a du Code pénal dans la version de la loi du 18 juin 1974 » pour incompatibilité avec l'article 2 de la Loi fondamentale (« Chacun a droit à la vie et à l'intégrité corporelle ») et parce qu'il « dépenalise l'interruption de grossesse même quand il n'y a pas de motifs qui, dans le sens des attendus du jugement, puissent peser dans l'échelle des valeurs établie par la Loi fondamentale », le point II édicte carrément une législation de transition :

Jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation par voie législative, il est ordonné...

1. Les § 218 b et 219 du Code pénal dans la version de la loi du 18 juin 1974 sont... applicables aux interruptions de grossesse dans les douze premières semaines après la conception.

2. (L'avortement n'est pas punissable au cours de cette période si la grossesse résulte d'un viol.)

3. (S'il y a situation de détresse, au cours de la même période, les tribunaux peuvent ne pas appliquer les sanctions prévues.)

Les deux juges minoritaires (dont Mme Rupp von Brüneck, la seule femme faisant partie de la Cour) attaquent vivement l'attitude des six juges majoritaires du Premier Sénat :

Il est vrai que, ne serait-ce qu'à cause de l'importance grandissante de mesures sociales destinées à rendre effectifs les droits fondamentaux, on ne saurait renoncer à un contrôle de constitutionnalité en cette matière... Mais le danger existe que l'examen ne se limite pas à l'examen de la décision du législateur, mais revienne à remplacer celle-ci par une autre que le tribunal estimerait meilleure. Ce danger existe encore plus quand, comme c'est le cas ici, la décision prise par la majorité parlementaire, après de longs débats dans une question très controversée, est attaquée devant le tribunal par la minorité battue. Indépendamment du droit légitime des plaignants de faire clarifier par ce moyen des doutes d'ordre constitutionnel, le tribunal se trouve soudain dans la situation d'être traité en instance politique d'arbitrage pour décider entre des projets législatifs concurrents.

Or l'idée d'une décision objective dans l'ordre des valeurs ne doit pas devenir le véhicule d'un transfert vers le tribunal constitutionnel de fonctions spécifiques de législation pour organiser l'ordre social.

A quoi la majorité réplique dans ses considérants :

Le commandement constitutionnel de protéger la vie en devenir s'adresse bien en première ligne au législateur. Mais il incombe au BVerfG, en application de la fonction que lui a fixée la Loi fondamentale, de vérifier si le législateur a respecté ce commandement... Le tribunal ne doit pas se substituer au législateur, mais il a pour tâche d'examiner si le législateur a, dans le cadre des possibilités à sa disposition, fait le nécessaire pour soustraire au danger l'être à protéger.

Et le Tribunal d'utiliser un argument dont la portée est double. Il s'agit pour lui de relever une spécificité allemande : ne comparons pas notre problème à celui des autres pays libéraux, car eux n'ont pas eu Hitler dans le passé :

La Loi fondamentale est établie sur des principes qui ne peuvent être expliqués qu'à partir de l'expérience historique et de l'opposition au système national-socialiste... Face à la toute-puissance de l'État totalitaire... pour lequel l'égard dû à la vie de chaque individu n'avait aucun sens, la Loi fondamentale a établi un ordre de valeurs qui place la personne et sa dignité au centre de toutes les dispositions... A la base, l'idée que la vie de chaque être humain doit être inconditionnellement respectée, même s'il s'agit d'une vie en apparence socialement « sans valeur »... Cette décision de base de la Constitution détermine l'élaboration et l'interprétation de l'ordre juridique tout entier. Même le législateur n'est pas libre face à elle... Même un changement des conceptions régnant à ce sujet dans la population — à supposer même qu'il puisse être constaté — n'y changerait rien.

Donc, Hitler nous impose une rigueur particulière (2). Et la majorité ne peut pas tout. Sous-entendu : si les Allemands avaient eu à voter sur l'euthanasie ou sur l'élimination d'un groupe ethnique, une majorité aurait-elle donné la légitimité aux actions moralement condamnables ? Mais l'argument a aussi une portée beaucoup plus générale : dans quelle mesure la norme morale peut-elle être fixée par la majorité, surtout (et c'est ce qu'a voulu dire le Tribunal par l'incidente « à supposer même qu'il puisse être constaté ») si c'est par référence aux sondages d'opinion qu'on prétend constater les changements de norme ?

(2) Le Tribunal ne met pas toujours en pratique cette doctrine, notamment dans son arrêt du 22 mai 1975 sur l'accès des extrémistes à la fonction publique, où il se fonde sur une continuité des principes de cette fonction depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, comme s'il n'avait pas lui-même montré, dans son grand jugement de décembre 1953, que le respect de la liberté des personnes impliquait le pluralisme de la fonction publique, qui avait donc cessé d'exister dans ce sens en 1933. En Allemagne, nous avons montré à maintes reprises les contradictions entre le considérant cité de l'arrêt du 25 février et le laxisme en matière de droits individuels du jugement du 22 mai.

Il s'agit là d'un problème central qui se pose à peu près dans les mêmes termes en Allemagne et en France — où partisans de la peine de mort et partisans de l'avortement acceptent ou refusent de façon opposée la détermination de la norme à partir de résultats de sondages : la majorité est pour le maintien de la peine, il faut donc la maintenir, mais l'avortement est moralement inacceptable quoi qu'en disent les sondages ; il faut libéraliser l'avortement comme le veulent la majorité des sondés, mais la peine de mort est inacceptable, même si la majorité — insuffisamment éclairée — en exige le maintien.

Sans entrer dans le débat sur la nature de la liberté intellectuelle que cette problématique appelle, on relèvera que le Tribunal de Karlsruhe est tout à fait conscient de la difficulté : les normes morales évoluent ; et pas au hasard : en fonction de changements sociaux et de changements idéologiques interdépendants. D'où une conclusion très contestée de la majorité : il faut éviter tout ce qui peut créer de nouvelles convictions opposées aux principes fondamentaux ; or rien ne favorise autant un acte mauvais que sa dépénalisation. Dépénaliser, c'est permettre, c'est rendre non seulement licite, mais normal, au double sens d'habituel et de conforme à la règle. D'où le motif central de la censure contre la réforme introduite par le Parlement, à savoir la dépénalisation pendant les douze premières semaines.

A quoi les deux minoritaires répondent de façon détaillée, en disant notamment :

... Le fait que le devoir constitutionnel de protection de la vie englobe aussi l'étape préalable à la naissance est incontestable. Les discussions devant le Parlement et devant le Tribunal constitutionnel ne portaient pas sur l'objet, mais sur les moyens de cette protection. La décision relève ici de la responsabilité du législateur. En aucun cas, il ne peut être déduit de la Constitution un devoir de l'Etat de sanctionner l'interruption de grossesse dans chaque phase de celle-ci... Nos réserves les plus fortes vont contre le fait que, pour la première fois dans la jurisprudence constitutionnelle, une décision objective dans l'ordre des valeurs est utilisée pour postuler un *devoir* du législateur *d'édicter des normes punitives*, donc de pratiquer la plus forte des interventions possible dans le domaine privé du citoyen. Cela change la fonction des droits fondamentaux en leur contraire... Il n'y aurait plus lieu seulement à examiner (par le contrôle de constitutionnalité) si une prescription n'intervient pas trop dans le domaine juridique privé du citoyen, mais aussi, en sens inverse, si l'Etat ne punit pas *trop peu*.

... La Constitution n'interdisait pas au législateur de renoncer à une menace de sanction qui, selon sa conception non réfutée, était dans une large mesure sans effet, inadéquate et même nuisible. Sa tentative de remédier à l'impuissance de l'Etat et de la société, manifeste dans les

circonstances actuelles, par des moyens sociaux plus adéquats au service de la protection de la vie, est peut-être imparfaite, mais elle correspond davantage à l'esprit de la Loi fondamentale que l'exigence de la sanction et de la réprobation.

On trouve ici une argumentation fort proche de celle qu'ont utilisée, au cours du débat parlementaire français de novembre 1974 des députés comme Hélène Missoffe et Eugène Claudius-Petit : je suis contre l'avortement, donc pour une loi qui permet d'en limiter l'extension et en tout cas les effets les plus préjudiciables aux femmes. Mais toute la discussion française au niveau institutionnel est précisément limitée au Parlement. Le Conseil constitutionnel, lui, refuse d'entrer dans la problématique qui oppose majoritaires et minoritaires à Washington et à Karlsruhe.

#### LA SÉCHERESSE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET SA SIGNIFICATION

Le CC se garde bien d'entrer véritablement dans le débat. Une fois écarté le motif fondé sur l'article 55 de la Constitution (conformité aux engagements internationaux), motif qu'il faudrait examiner à part et qui n'intervient pas dans les débats américain et allemand, le Conseil consacre en tout une vingtaine de lignes à la motivation de sa décision. Deux passages au moins mériteraient une analyse comparative approfondie.

Le premier consiste en trois mots : « Aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, *en l'état*, contraire à l'un des principes fondamentaux... » Faut-il y voir ce qu'on pourrait appeler une intervention dans le domaine de la législation future ? L'exemple le plus frappant de ce type d'intervention a été donné par le Tribunal de Karlsruhe dans son jugement de 1973 sur la constitutionnalité des traités nés de la Ostpolitik, notamment du traité avec l'autre Etat allemand. Le Tribunal a pratiquement imposé à tout gouvernement futur de la République fédérale la limite des concessions qu'il pourrait consentir dans de nouvelles négociations, disant en substance : « Les traités sont acceptables parce qu'ils ne disent pas que..., ni que..., etc. » Comme si, en la matière, la jurisprudence de 1973 n'était pas déjà fort différente de celle des années cinquante, la situation politique nationale et internationale s'étant transformée — comme les croyances politiques elles-mêmes ! Le Conseil constitutionnel a adopté une attitude semblable dans sa décision sur la conformité constitutionnelle du traité sur les élections européennes. Mais, pour l'interruption de

grossesse, il se contente d'affirmer l'existence de limites, le refus d'un blanc-seing ; il ne définit nullement ces limites.

D'autant plus qu'il va fort loin dans l'affirmation d'un principe pourtant fort obscur et méritant au moins discussion. La loi « n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie... qu'en cas de nécessité et *selon les conditions et limitations qu'elle définit* ». Mais qu'est-ce donc qu'un principe, qu'est-ee donc qu'un droit ou une liberté que la loi peut limiter ? Quels sont les critères fixant la latitude donnée au législateur pour une telle législation ? En Allemagne, il y a eu un vrai débat sur la dernière phrase du second alinéa de l'article 2 : « Chacun a droit à la vie et à l'intégrité corporelle... Il ne peut être porté atteinte à ces droits qu'en application d'une loi. » Si on prend cette phrase à la lettre, tous les droits pourraient être pratiquement abolis.

Le Conseil lui-même se verra contraint de prendre position en la matière et cela précisément à propos du droit dont la limitation est expressément prévue dans le Préambule : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. » Alors toute loi réglementant ce droit serait par définition constitutionnelle ? Nullement, répondra le CC le 25 juillet 1979, dans un considérant fort long qui vaut d'être cité parce qu'il montre que le CC se trouve contraint de renoncer à une réserve particulièrement marquée dans la décision sur l'avortement :

Les constituants ont entendu marquer que ce droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites, et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays.

Ne discutons pas ici le contenu du considérant. Relevons simplement que, de par sa nature, il est plus proche d'un considérant de Washington ou de Karlsruhe que de la sèche affirmation de la décision du 15 janvier 1975. Il est vrai que cette sécheresse se trouvera encore considérablement accentuée par l'affirmation péremptoire

du 30 décembre 1976 selon laquelle les « limitations de souveraineté » prévues par le Préambule n'ont rien à voir avec un quelconque « transfert de souveraineté ». Comme si l'inconstitutionnalité rétrospective du traité de 1951 instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier allait de soi et ne méritait pas au moins quelque explication ou justification !

Faut-il vraiment prendre au plus court et trancher sans évoquer au fond la difficulté qui se présente ? Ainsi le 23 novembre 1977, dans la décision sur la liberté d'enseignement et de conscience. « L'obligation imposée aux maîtres de respecter le caractère propre de l'établissement, si elle leur fait un devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience » : comme c'est simple ! Le problème central — pour lequel il n'existe aucune solution rigoureuse — est nié, rendant par avance superflus les débats passionnés de 1979-1980 sur la liberté de conscience de Hans Küng et l'interdiction qui lui est faite d'enseigner, à cause du caractère propre d'une faculté de théologie catholique.

Pourquoi le CC procède-t-il ainsi ? La réponse centrale, il la donne lui-même dans le premier considérant de la décision sur l'avortement : « La Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'*appréciation* et de décision identique à celui du Parlement. »

Et, en effet, quand on lit les débats parlementaires de novembre 1974 et de novembre 1979 sur la loi Veil, on s'aperçoit que s'y trouvent évoquées presque toutes les questions de fond plus ou moins solidement traitées par la majorité et la minorité des juges de Karlsruhe et de Washington. Pas seulement un problème humain comme la terrible solitude de la femme (évoquée par les minoritaires de Karlsruhe et par le Dr Paecht dans le débat de 1979). Pas seulement comme la portée et les limites d'une politique démographique. (Il est vrai que Mme Rupp von Brüneck ne trouve pas une aussi jolie formulation que le Pr Joseph Comiti, répondant en fait à son collègue en RPR Michel Debré : « Permettez-moi de dire crûment, comme pourrait le faire le général Bigeard, que la femme n'est pas une génisse qui doit, par contrainte, reconstituer le cheptel. »)

Mais bien le conflit central entre le droit de la femme, nié dans le passé, et le droit de l'enfant en formation, affirmé par exemple de façon péremptoire par M. Henri Bayard : « La mère est l'hôtesse de son enfant et non la propriétaire. » Et aussi la tension entre la nécessité de ne plus sanctionner pour éviter nombre de désastres et le souci de ne pas passer de l'absence de sanction à la moralisation, à l'incitation. La façon dont Joël Le Tac explique son passage de l'appro-

bation de 1974 à l'abstention en 1979 correspond à une partie de l'argumentation de la majorité de Karlsruhe.

On trouve même en amorce, dans les débats du Palais-Bourbon, la plus difficile des problématiques que les juges de Karlsruhe ont quelque peu esquivée en 1975, avant de l'aborder de front dans leur jugement du 21 décembre 1977 sur l'éducation sexuelle à l'école, à savoir la définition de la libre décision. Quelles pesées sur cette liberté ? Quelles pressions ? Notamment de la part de la famille ? Pour l'avortement, l'obligation de l'entretien et du délai accroît-elle ou non le caractère libre de la décision de la femme ? L'absence de législation contraignante augmenterait-elle ou non la contrainte exercée par le père ?

#### LES COURS CONSTITUTIONNELLES ET LES FONDEMENTS ÉTHIQUES DE LA COMMUNAUTÉ POLITIQUE

Le CC est manifestement très soucieux de ne pas se substituer aux représentants légitimes de la souveraineté populaire. Il est probable que le « gouvernement des juges », tel que le Tribunal de Karlsruhe a eu tendance à le pratiquer au cours des années soixante-dix, lui répugne profondément. Pourtant, du jour où la référence au Préambule s'est ajoutée aux références étroitement juridiques à des articles constitutionnels dont il s'agissait simplement de dire s'ils avaient été correctement appliqués, le Conseil s'est trouvé pris dans un engrenage. Il lui faudra de plus en plus se prononcer à partir de principes dont la traduction juridique n'a rien d'évident et ne saurait être examinée à l'aide de la seule logique.

S'il en est bien ainsi, il y a de fortes chances pour que les formulations sèches, les constats apparemment neutres soulèvent de plus en plus de critiques, dans la mesure même où les décisions demandées au Conseil toucheront à des principes controversés. Des principes non pas juridiques, mais moraux. Il se trouve, en effet, que l'évolution de la société tend, contrairement à ce qu'on dit souvent à propos d'un « déclin de la morale », à multiplier les controverses axiologiques, essentiellement parce que la légitimation des valeurs ne se fait plus du tout par simple transmission familiale ou scolaire, par simple intériorisation inconsciente.

Non pas qu'il n'existe plus de valeurs communes de référence. Au contraire : jamais sans doute la Liberté, la Justice, la Vérité n'ont été aussi unanimement évoquées et invoquées. Mais quelles normes concrètes déduire de ces valeurs ? Un jour prochain sans doute, le

Conseil aura à connaître de telle ou telle loi sur la régionalisation à partir de laquelle il ne pourra pas ne pas se poser des questions du type : « L'instituteur, 'hussard noir' de la République, a-t-il été un libérateur du peuple auquel il a porté la raison et le savoir, ou bien l'instrument de la colonisation imposant l'aliénation culturelle à la Corse, à la Bretagne ? »

Tant que, malgré les clivages politiques, certaines normes étaient si bien acceptées qu'elles paraissaient ne pas être des normes, on pouvait se retrancher derrière le principe de la neutralité, de la laïcité d'un Etat fondé sur des institutions (dont la judiciaire) dont les principes de fonctionnement apparaissaient comme allant de soi. Les mises en question qui se sont peu à peu appliquées aux fondements mêmes de la vie sociale, y compris à propos des rapports entre le public et le privé, entre les libertés individuelles et l'orientation volontariste de l'avenir de la collectivité, entre la liberté à préserver et les libérations à obtenir, ont développé le besoin de mieux définir les mécanismes ou les instances capables de régulariser ou du moins de dédramatiser les antagonismes sur les normes, de donner à telle ou telle loi une légitimité qui aille au-delà de la simple légitimation majoritaire, puisque les risques du rejet de cette légitimation par les minorités se sont multipliés à mesure que se multipliaient les contestations touchant à ce qui était vécu comme de l'essentiel par ces minorités.

Il nous semble clair que la pratique de la Cour américaine et du Tribunal allemand ont ici des avantages. Les considérants détaillés de la majorité et de la minorité contribuent à dédramatiser l'affrontement dans la mesure même où la relativité des conclusions apparaît clairement, dans la mesure aussi où la pondération de l'argumentation se substitue à la véhémence du débat d'opinion. Et le dit des juges a plus de chance de se concentrer sur les arguments sérieux que les joutes oratoires de parlementaires ayant tendance à penser davantage à leur réélection qu'à leur définition de leur vérité morale.

Mais les inconvénients ne sont pas moins nets. Des juges constitutionnels sont-ils vraiment qualifiés (toute question de légitimité mise entre parenthèses) pour clarifier des antagonismes qui touchent les citoyens au plus sensible ? Et l'existence même de l'intervention ultime de la Cour n'incite-t-elle pas les parties en présence à quitter toute réserve dans leur affrontement ? Certes, le catholicisme allemand et le catholicisme français ont connu de toute façon des évolutions différentes et se situent dans des cultures politiques différentes, même en l'absence de cours constitutionnelles. Mais le fait même que le Conseil constitutionnel ne se veut pas et n'est pas, pour le moment du moins, un définisseur de normes, a probablement contribué à

donner aux déclarations de l'épiscopat français sur l'avortement une tout autre tonalité qu'aux imprécations outrancières des évêques allemands. A lire notamment la déclaration du Conseil permanent de l'épiscopat adoptée à Lourdes le 26 octobre 1979, on voit à quel point les évêques français sont désireux de respecter les règles de la démocratie fondée sur la légitimité majoritaire et la majesté majoritaire : il faut s'engager dans des « débats d'opinion qui engagent la conscience de chacun ». Il faut intervenir pour peser sur le réexamen de la loi. Une fois celle-ci votée, les catholiques sont invités à ne pas profiter des autorisations qu'elle accorde. Mais nul appel à la contestation de légitimité, nulle condamnation des hommes et des partis qui auront constitué la majorité donnant son contenu à la loi.

Une réflexion comparative sur les décisions des Cours constitutionnelles en matière d'avortement ne permet ainsi pas seulement de mieux préciser les places respectives que chacune d'entre elles occupe dans le système politique. Elle conduit à s'interroger sur la façon dont aujourd'hui les sociétés politiques pluralistes parviennent à vivre avec des conflits axiologiques dont l'importance ne cesse de croître. A vivre avec eux en trouvant des régulations qui permettent de légitimer l'existence de règles fondées sur des valeurs à la fois communes et éclatées.

SUMMARY, p. 216.

RÉSUMÉ. — *La comparaison porte sur la Cour suprême américaine, le Tribunal constitutionnel fédéral de Karlsruhe et le CC. Ils sont insérés dans des cultures politiques différentes, ce qui se traduit notamment par l'absence de la dissenting opinion en France, la transsubstantiation de l'affrontement en majesté étant réservée au Parlement, jusqu'ici détenteur d'une souveraineté en quelque sorte supraconstitutionnelle. Mais la référence au Préambule de 1946, pourtant de nature mal définie, modifie la nature de l'intervention du CC.*

*La culture politique spécifique joue dans le débat fédéraliste autour de la décision de la Cour suprême sur l'avortement et dans la référence au passé hitlérien chez les majoritaires de Karlsruhe constatant la supériorité de principes moraux sur les mouvements d'opinion se traduisant en votes parlementaires.*

*La principale particularité du CC réside sans doute dans son refus d'entrer dans les problèmes de fond (droits de la femme et droits de l'être à naître, définition de la liberté face aux pressions et influences, etc.), problèmes analysés par les cours de Washington et Karlsruhe et débattus à l'Assemblée nationale. Mais la décision du CC de 1979 sur le droit de grève montre que la sécheresse affirmative des attendus n'est pas destinée à se perpétuer dans la mesure où les principes du Préambule seront davantage invoqués.*