Chroniques sur la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande (Septembre 2017 - Août 2018)

Manon Francois, Bérénice Gaudin, Camille Jaegle et Églantine Roland

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4803>

DOI : 10.4000/revdh.4803

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Manon Francois, Bérénice Gaudin, Camille Jaegle et Églantine Roland, « Chroniques sur la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande (Septembre 2017 - Août 2018) », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 02 octobre 2018, consulté le 13 novembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4803>

Ce document a été généré automatiquement le 13 novembre 2019.

Tous droits réservés

Chroniques sur la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande (Septembre 2017 - Août 2018)

Manon Francois, Bérénice Gaudin, Camille Jaegle et Églantine Roland

Active depuis 1951, la Cour Constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) a rendu pour l'année 2018 188 décisions, une diminution notable par rapport à 2017. La Cour avait alors traité 357 affaires. De l'inconstitutionnalité du droit de grève des enseignants à la reconnaissance d'un troisième sexe, la Cour a été amenée à se prononcer sur des questions fondamentales pour la société allemande, qui ont un retentissement au niveau européen. Gardienne de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*), elle a rendu pour la période de septembre 2017 à août 2018 d'importantes décisions relatives à la liberté d'esprit (I), le droit à l'égalité (II) et la sécurité publique (III).

1./La liberté d'esprit

A.La liberté de la presse

La liberté de la presse à l'épreuve du droit de réponse - BVerfG, décision de la 3^{ème} chambre du 1^{er} sénat du 7 février 2018, 1 BvR 442/15

- 1 Le titre d'un hebdomadaire paru en février 2012 évoquait l'idée qu'un présentateur de télévision aurait pu, en 1982, porter secours à l'une de ses anciennes connaissances décédée d'un infarctus. La requérante, éditrice de cet hebdomadaire, savait pourtant que ledit présentateur n'avait depuis longtemps plus de contact avec le défunt à cette époque. Celui-ci avait donc intenté un premier recours contre l'éditrice afin d'obtenir un droit de répondre, dans le même hebdomadaire, pour rétablir la vérité. Le *Landgericht* (Tribunal cantonal) de Frankenthal et l'*Oberlandesgericht* (Tribunal de grande instance) de Zweibrücken le lui avait accordé et sa réponse avait été publiée le 9 mars.

- 2 L'éditrice a alors introduit un premier recours constitutionnel faisant valoir la liberté de la presse garantie par l'article 5 alinéa 1^{er} 2^{ème} phrase de la Loi fondamentale. En 2013, la Cour constitutionnelle a jugé, à l'issue d'une longue procédure relative au droit de réponse du présentateur, que les juridictions inférieures avaient interprété de manière inadéquate la formulation du titre contesté. Elles l'avaient qualifié d'allégation de faits, condition *sine qua non* du droit de réponse, ce que la Cour avait estimé infondé en l'espèce. Elle a renvoyé l'affaire devant *Landgericht* (Tribunal cantonal) de Frankenthal (BVerfG, décision de la 3^{ème} chambre du 1^{er} Sénat du 4 novembre, 1 BvR 2102/12, 1 BvR 1660/ 13.).
 - 3 Ayant obtenu son droit de réponse, le présentateur déclara au *Landgericht* de Frankenthal que la procédure avait perdu sa raison d'être. Mais l'éditrice n'était pas de cet avis, ce qu'ont confirmé les juges de première instance. Le présentateur a alors une nouvelle fois interjeté appel. Le *Oberlandesgericht* de Zweibrücken a donné raison au présentateur (OLG Zweibrücken, jugement du 29 janvier 2015, Az. 4 U 81/14). L'éditrice a alors intenté un second recours constitutionnel car elle considérait que l'octroi au présentateur de son droit de réponse bafouait son droit fondamental à la liberté de la presse.
 - 4 La Cour constitutionnelle répond le 7 février 2018. Dans un premier temps, elle confirme que la liberté de la presse de l'éditrice était concernée dans la procédure et que celle-ci s'étend au contenu des unes des journaux (BVerfG, §15). Elle ajoute ensuite que l'obligation de publication d'une réponse en une d'un journal est susceptible de constituer une atteinte grave à cette liberté (§16). Selon eux, le droit de réponse peut cependant être accordé dès lors que le lecteur est inéluctablement poussé vers une certaine compréhension des faits (§§10, 22). Or en l'espèce, la question contenue dans le titre publié par l'éditrice en 2012 était une question ouverte, qui n'amenait pas le lecteur vers la conclusion prédéfinie selon laquelle le présentateur aurait pu sauver son ancien ami. Cela ne suffit donc pas à octroyer à ce dernier un droit de réponse (§24).
 - 5 Pour la Cour, en accordant ce droit au présentateur, le *Oberlandesgericht* s'est mépris sur la signification et la portée de la liberté de la presse. Il a aussi dépassé le champ d'application de la Loi sur les médias du Land de Rhénanie-Palatinat, qui pose les conditions relatives au droit de réponse qui peut, dans une certaine limite entraver, l'exercice de la liberté de la presse (§17).
- La Cour a donc cassé l'arrêt du *Oberlandesgericht* et lui a renvoyé l'affaire.

B. Le droit de grève des professeurs allemands

L'interdiction du droit de grève des professeurs allemands est conforme à la Constitution allemande - BVerfG, arrêt du 2^{ème} sénat du 12 juin 2018, 2 BvR 1738/12

- 6 Des professeurs fonctionnaires ont engagé des actions à l'encontre de sanctions disciplinaires reçues pour leur participation à des mouvements de grèves. En Allemagne, ou bien les professeurs sont dans une situation contractuelle et disposent du droit de grève ; ou bien ils sont fonctionnaires et ce droit leur est interdit en raison du régime de la fonction publique.
- 7 En première instance et en appel, certains tribunaux ont considéré l'interdiction du droit de grève contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ; d'autres ont confirmé les sanctions disciplinaires. La Cour administrative fédérale a quant à elle considéré l'interdiction contraire à la CEDH, mais elle renvoie au législateur le soin de

modifier la loi. Enfin, la Cour constitutionnelle fédérale juge que l'interdiction du droit de grève est conforme tant à la Loi fondamentale qu' à l'article 11 CEDH.

- 8 Selon elle en effet, l'article 9 alinéa 3 *Grundgesetz*, dont découle le droit de grève, peut être limité par d'autres droits constitutionnels, en l'occurrence qui fonderaient les « principes traditionnels de la fonction publique » (article 33 alinéa 5 *Grundgesetz*). Parmi eux, se trouve l'interdiction du droit de grève, étroitement liée au mode rémunération des fonctionnaires et au principe de nomination à vie.
- 9 Par ailleurs, concernant l'article 11 CEDH, la Cour constitutionnelle réaffirme la supériorité de la Constitution allemande, le droit international ne devant pas faire obstacle à la prise en compte des particularités du droit national. En l'espèce, elle considère en premier lieu que la grève en cause était une grève dite de solidarité avec les professeurs salariés, n'entrant pas dans le champ protégé par l'article 11 de la CEDH. Même si elle l'était, la Cour affirme que les conditions de limitation du droit de la grève prévu à l'article 11 par. 2 CEDH sont remplies. En effet, l'interdiction du droit grève découle de l'interprétation constante de l'article 33 alinéa 5 de la Loi fondamentale . Elle poursuit, selon la Cour, un but légitime, à savoir le droit à l'éducation. Enfin, elle répond à un « besoin social impérieux » en raison des particularités de la fonction publique allemande. La modification d'un principe traditionnel de la fonction publique tel que le droit de grève affecterait l'équilibre des droits et devoirs liés à la fonction publique, plus précisément celui des principes traditionnels précités, ce qui provoquerait une réaction en chaîne, et affecterait la stabilité de l'administration. La Cour fait en outre valoir qu'une distinction existe déjà au sein de la fonction publique, entre les « agents publics » et les « fonctionnaires ». Si seuls les premiers ont le droit de grève, une forme de compensation existe pour les fonctionnaires, en ce qu'ils peuvent contester la détermination de leur traitement par une action en justice, et qu'ils ont le droit d'être syndiqué.

C. L'égalité des chances des partis politiques

L'égalité des chances des partis politiques, un droit constitutionnel - BVerfG, arrêt du 2ème sénat du 27 février 2018, 2 BvE 1/16

- 10 Le parti politique *Alternative für Deutschland* (AfD) organisait une manifestation le 7 novembre 2015, placée sous la devise « Carton rouge pour Merkel ! L'asile a besoin de frontières ! ». Quelques jours plus tôt, la ministre fédérale pour l'éducation et la recherche publia sur la page internet d'accueil de son ministère un communiqué de presse, dans lequel elle s'exprime de la façon suivante : « Le carton rouge devrait être montré à l'AfD et pas à la chancellerie [...]. [Ses membres] ouvrent la voie à la radicalisation de la société. L'extrême droite, par ses incitations à la haine [...] obtient ainsi un soutien inacceptable ». L'AfD a aussitôt engagé une procédure en référé auprès de la Cour constitutionnelle fédérale, et la ministre a dû supprimer le communiqué de presse dès le 7 novembre 2015. La décision du 27 février 2018 porte sur l'affaire au principal.
- 11 Le parti politique considère que la publication du communiqué de presse va à l'encontre de l'article 21 alinéa 1 de la Loi fondamentale, qui affirme que les partis « participent à la construction de l'opinion politique du peuple ». Il a pour corollaire le principe d'égalité des chances des partis politiques. D'après la Cour, dans une démocratie, les votants doivent connaître un processus libre et ouvert de construction de leur opinion politique. Le pouvoir étatique provient du peuple et est exercé par lui, notamment par le biais du

vote. Dès lors, les partis doivent pouvoir participer à la compétition politique sur une base de droits et chances égaux. Elle ajoute que les partis ont le droit de participer à la compétition politique en organisant des manifestations, ce qui revêt une importance particulière pour les partis d'opposition.

- 12 Pour le respect de cette égalité des chances, les organes étatiques sont tenus de respecter la neutralité dans la compétition politique, ce tant en période de campagne électorale qu'en dehors de celle-ci. En effet, selon la Cour, l'opinion politique se construit de façon continue, même en dehors des périodes d'élections.
- 13 La ministre a rappelé de son côté le devoir incombant au pouvoir exécutif d'expliquer la politique gouvernementale et de répondre aux critiques contre celle-ci. Cette fonction est confirmée par la Cour, qui rappelle que le gouvernement doit respecter les principes de neutralité et d'objectivité dans ses réponses. Ainsi, les organes étatiques ne sauraient répondre à des attaques subjectives ou discriminatoires par des moyens similaires, au nom d'un soit-disant « droit à la riposte ». En l'espèce, le communiqué de presse ne donne aucune indication de politique gouvernementale en matière de droit d'asile, et ne cherche pas à répondre aux critiques exprimées par l'AfD de façon construite et objective. Il cherche plutôt à inciter les citoyens à ne pas aller à la manifestation prévue dans les jours suivants. Par ailleurs, la Cour rappelle que, si un ministre a le droit de participer à la lutte d'opinions politiques à côté de sa fonction officielle, il ne peut utiliser des moyens qui lui sont offerts par sa position officielle. Une publication officielle ou un communiqué de presse feraient parti de ces moyens, notamment lorsqu'ils sont comme ici publiés sur le site officiel d'un ministère. En effet, les partis d'opposition, concurrents, n'ont pas accès aux mêmes moyens, et leur utilisation va encore une fois à l'encontre de l'égalité des chances des partis politiques. La procédure en référé a ainsi été confirmée au principal.

D. La liberté d'association

L'interdiction d'une association, limite constitutionnelle à la liberté d'association - BVerfG, arrêt du 1er sénat du 12 juillet 2018, 1 BvR 1474/12

- 14 Cette décision regroupe trois recours constitutionnels opérés par trois associations distinctes. Un point commun néanmoins : les trois ont été interdites sur le fondement de l'article 9 alinéa 2 de la Loi fondamentale, qui limite la liberté d'association. Les associations dont les buts ou activités sont contraires au droit pénal, sont dirigés contre l'ordre constitutionnel ou vont à l'encontre de l'idée d'entente des peuples, sont prohibées.
- 15 Dans un premier cas, l'association « Internationale Humanitäre Hilfsorganisation » (IHH, Organisation Internationale d'Aide Humanitaire) a été interdite car elle soutiendrait de façon indirecte l'organisation palestinienne Hamas, considérée comme terroriste par l'Union européenne. Celle-ci commet des violences sur la population et violerait ainsi les principes du droit international public d'interdiction du recours à la force et de rejet du terrorisme. La Cour constitutionnelle précise que les buts et les activités d'une association sont réputés aller à l'encontre de « l'entente des peuples » si l'association propage et favorise activement de la violence ou des actions contraires au droit international, comme le terrorisme dans les relations internationales ou entre deux parties d'une population. En l'espèce, l'association aurait effectué des dons d'un montant considérable qui auraient ensuite été retransmis à l'organisation terroriste, et ce durant une longue période. Même si le soutien est indirect, la Cour relève qu'il est possible d'imputer à

l'association les actes reprochés, puisque cette dernière savait ou, du moins, approuvait ces violations. Pour la Cour, l'interdiction de l'association respecte également le droit international public, l'association ayant violé l'exigence de neutralité existant dans le cadre de l'aide humanitaire. La Cour constitutionnelle précise toutefois que, malgré tout, toute forme d'aide humanitaire dans des territoires en crise ne peut être supprimée en raison d'effets indirects favorisant le terrorisme.

- 16 Dans un deuxième cas, l'association « Hilfsorganisation für nationale politische Gefangene und deren Angehörige » (HNG, Organisation d'Aide pour les Prisonniers politiques nationaux et leurs Familles) a été interdite, car ses buts et activités seraient, d'une part, dirigés contre l'ordre constitutionnel et, d'autre part, contraires aux lois pénales. Concernant l'ordre constitutionnel, la Cour constitutionnelle affirme qu'il est nécessaire de localiser un comportement « combatif-agressif » vers l'extérieur, c'est-à-dire une lutte active, qui ne saurait simplement consister dans l'expression d'opinion, mais qui ne nécessite pas pour autant de violences physiques. Le comportement litigieux consiste ici en des publications régulières démontrant une proximité et une connaissance étendue du nazisme. Des membres dirigeants s'étaient exprimés en faveur d'un « espace de liberté nationale » et avaient affirmé que cela « ne peut pas se faire sans violence ». L'association avait également proféré des menaces à l'encontre de personnes publiques (juges, procureurs etc.), ce qui va plus loin que la simple émission d'une opinion politique.
- 17 Concernant la violation des lois pénales, la Cour considère la condition remplie lorsque le but visible ou l'activité de l'association consiste essentiellement à provoquer, conforter, rendre possible ou faciliter la commission d'infractions par des membres de l'association ou des tiers ou lorsque l'association favorise ces actes punissables ou s'y identifie de façon visible. L'association semblait en l'espèce vouloir radicaliser des prisonniers extrémistes, afin qu'ils commettent de nouveau des infractions à leur libération. Alors que selon l'association, la décision d'interdiction violerait la liberté d'expression (article 5 alinéa 1 de Loi fondamentale) et l'interdiction de la discrimination (article 3 alinéa 3 de Loi fondamentale), selon la Cour, ce ne sont pas en l'espèce les opinions politiques d'extrême droite de l'association qui ont été déterminantes.
- 18 Dans un dernier cas, il était reproché à l'association « Hells Angels Motorcycle Club Charter Westend Frankfurt am Main » (Club de Moto des Anges de l'Enfer de Westend, Francfort sur le Main) d'inciter ses membres à la commission d'infractions. On retrouve ici la problématique de l'interdiction d'une association en raison de buts et d'activités contraires aux lois pénales, comme pour le cas HNG. En l'espèce, l'association se félicitait ou, du moins, approuvait que ses membres aient commis crimes et des délits, et opéraient de nombreuses visites auprès desdits délinquants. Si ces visites ne sont pas en soi une raison d'interdiction, elles prendraient ici une forme particulière. En effet, elles sont faites de façon ciblée par le personnel dirigeant de l'association, et semblent servir à cautionner les infractions.
- 19 Sur ses trois affaires, la Cour précise que les mesures d'interdiction attentatoire à la liberté d'association doivent être déterminées au cas par cas et être proportionnées. Dès lors, elle exige de privilégier un moyen moins restrictif de liberté que celui de l'interdiction si un tel moyen existe. Selon la Cour, cela n'était pas le cas dans ces espèces. Elle confirme les décisions d'interdiction pour les trois associations.

E. Le devoir de mémoire

Condamner une « nazi-Oma » négationniste n'est pas une atteinte à la liberté d'expression – BVerfG, décision de la 3e chambre du 1er sénat du 22 juin 2018, 1 BvR 673/18

- 20 Dans sa décision du 22 juin 2018, la Cour constitutionnelle fédérale affirme la constitutionnalité du §103 alinéa 3 du Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*, StGB), qui pénalise le négationnisme. Elle confirme également la sanction prononcée contre la négationniste Ursula Haverbeck, âgée de 89 ans, à 2 ans et 6 mois de prison, sans libération conditionnelle.
- 21 En l'espèce, la requérante a été condamnée pour incitation à la haine sur le fondement du §130 alinéa 3 StGB, après avoir publié de nombreux articles niant l'existence de la destruction massive et systématique de la vie humaine dans les camps de concentration, en particulier à Auschwitz-Birkenau. Elle allègue une violation de sa liberté d'expression, garantie par l'article 5 alinéa 1 phrase 1 et alinéa 3 de la Loi fondamentale. Ses déclarations ne feraient que réinterpréter des faits historiques, dans une démarche purement scientifique.
- 22 La Cour constitutionnelle fédérale allemande rejette ses prétentions. D'une part, elle rappelle que l'article 5 alinéa 1 phrase 1 de la Loi fondamentale protège le droit d'exprimer son opinion, tant qu'il ne s'agit pas d'allégations de faits infondés, affirmées délibérément (*unwahre Tatsachenbehauptungen*) (BVerfG, décision du 1er sénat du 3 juin 1980, 1 BvR 797/78, *Böll*, §27). La Cour affirme que les opinions de droite radicale, voire nationale-socialiste ne sont pas interdites par la Loi fondamentale. Elles sont justement protégées tant que la paix sociale (*friedliche Ordnung*) n'est pas compromise. Si tel est le cas, l'Etat peut intervenir pour limiter l'article 5 alinéa 1 de la Loi fondamentale, ce qui est précisément l'objectif du §130 StGB (§26 de la décision).
- D'autre part, conformément à sa jurisprudence (BVerfG, décision du 1er sénat du 13 Avril 1994, 1 BvR 23/94, *Auschwitzlüge*, §34), la Cour, comme les juges du fond, qualifie les déclarations négationnistes de la requérante d'allégations de faits infondés qui ne sont pas protégées par la Constitution. Ces publications négationnistes perturbent donc la paix sociale (BVerfG, décision du 1er sénat du 4 novembre 2009, 1 BvR 2150/08, *Rudolf Heß Gedenkfeier*, §§102,103), ce qui justifie la condamnation de la requérante sur le fondement du §130 alinéa 3 StGB (§§34, 35 de la décision). La Cour confirme enfin que la peine prononcée par les juges du fond est proportionnelle à l'objectif de ce paragraphe, d'autant plus que la requérante était pleinement consciente que ses propos engageaient sa responsabilité pénale (§36).

23 *

La délicate remise en liberté d'un ancien nazi, âgé et malade - BVerfG, décision de la 3e chambre du 2ème sénat du 21 décembre 2017, 2 BvR 2772/17

24 *

- 25 Dans une décision du 21 décembre 2017, la Cour constitutionnelle fédérale refuse d'accorder une suspension de peine à Oskar Gröning, alors âgé de 96 ans. L'ancien comptable d'Auschwitz avait été condamné à 4 ans de prison par les juridictions allemandes pour complicité dans le meurtre de 300 000 personnes.

- 26 En l'espèce, Oskar Gröning avait demandé une suspension de sa peine, suivant le §455 alinéa 3 du Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung*, StPO), qui lui avait été refusée par la Cour régionale d'Appel de Celle. Selon le plaignant, cette décision violerait ses droit à la vie (*Recht auf Leben*) et droit à l'intégrité corporelle (*körperliche Unversehrtheit*), garantis par l'article 2 alinéa 2 de la Loi Fondamentale.

La Cour, conformément à sa jurisprudence (BVerfG, décision du 2e Sénat du 7 octobre 1981, *Baden-Württembergisches Unterbringungsgesetz*, 2 BvR 1194/80, §§33 et suivants), ne retient pas la violation de la disposition. Dans un premier temps, elle rappelle que les juges du fond doivent mener un « examen judiciaire » (*richterliche Sachaufklärung*) et disposer d'une base juridique suffisante (*genügende Grundlage*) pour justifier toute décision fondée sur le §455 StPO. Dans le cas de l'espèce, la Cour constitutionnelle fédérale considère ces conditions procédurales remplies (§§14, 15 de la décision). Le requérant avait en effet fait l'objet de nombreux rapports de médecins et tous s'étaient accordés à retenir qu'il nécessitait des soins particuliers.

Dans un second temps, toutefois, la Cour constitutionnelle fédérale opère également un contrôle de proportionnalité entre la gravité des crimes commis et l'état de santé du détenu (BVerfG, décision du 2e Sénat du 19 Juin 1979, *Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten* - 2 BvR 1060/78, §§68, 69). Le crime commis par Oskar Gröning revêtant une « importance particulière » (§17 de la décision), la Cour considère que son âge, seul, n'est pas un intérêt prédominant pouvant justifier une suspension de peine. D'ailleurs, celui-ci n'avait été condamné qu'à 4 ans de prison, ce qui lui laissait, malgré son âge, une chance de retrouver la liberté, exigence issue de l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale, garantissant la dignité humaine. Enfin, la Cour estime qu'il n'existe pas d'éléments permettant de considérer que l'accomplissement de la peine aurait causé un quelconque dommage, le requérant étant surveillé médicalement (§§20, 21). Il décède quelques mois plus tard, sans pourtant être allé en prison, en l'absence de mise en exécution de la peine par la justice.

2. Le droit à l'égalité

A.L'identité sexuelle

La reconnaissance d'un « troisième sexe » par la Cour constitutionnelle fédérale allemande - BVerfG, 1ère chambre du 1er sénat du 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16

- 27 Jusqu'à récemment, seul un système binaire des sexes (masculin et féminin) était reconnu en Allemagne. S'il n'a jamais été imposé de manière explicite, ce système binaire structure l'organisation juridique et sociale. La question de l'assimilation de l'intersexualité par le droit allemand est donc récente et inédite. Admettre un troisième sexe reviendrait donc à devoir repenser une part importante de l'ordre juridique et administratif.
- 28 Dès 2003, l'existence de personnes intersexuelles avait été reconnue par le Landgericht (Tribunal régional) de Munich (LG München, 1ère Chambre, 30 juin 2003, FamRZ 2004.). En 2009, l'Instruction générale sur l'état civil avait admis que le sexe d'un nouveau-né intersexe ne soit pas établi sur son acte de naissance, jusqu'à ce que qu'il puisse être déterminé de manière définitive. En 2013, la Loi sur l'état civil avait ensuite été modifiée pour permettre de laisser vide le champ réservé au sexe pour ces nouveau-nés. Le *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice, équivalent de la Cour de cassation) avait estimé

qu'il ne s'agissait pas d'une tentative du législateur de créer un nouveau sexe, mais simplement d'une possibilité pour les personnes intersexes de ne pas se voir assigner un sexe qui ne leur correspond pas (BGH, 22 juin 2016, XII ZB 52/15, § 12, 16, 17bb.).

- 29 Le 10 octobre 2017, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a affirmé que l'impossibilité pour les personnes intersexes de pouvoir choisir un autre sexe que le sexe féminin ou masculin était incompatible avec la Loi fondamentale. Ces personnes doivent donc voir leur identité sexuelle reconnue d'ici au 31 décembre 2018, soit par l'abandon général de la mention du sexe dans le droit de l'état civil, soit par la création d'un troisième genre qui dépasserait le système binaire établi (BVerG, §§ 65, 66.).
- 30 En premier lieu, la Cour constitutionnelle s'est fondée sur le droit général à la personnalité (articles 2 alinéa 1 et 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale), dont découlent les droits au libre épanouissement de la personnalité et au choix personnel et autonome de l'identité – l'identité sexuelle en étant une composante déterminante (BVerfG, §§ 36 et suivants).
- 31 En outre, pour les juges constitutionnels, de la même manière qu'il protège les individus de sexes féminin ou masculin contre des discriminations fondées sur leur sexe, le principe de non-discrimination (article 3 alinéa 1, 1ère phrase de la Loi fondamentale) protège également les personnes intersexes (BVerfG, §§56 et suivants). Selon eux, la notion de « Geschlecht », traduisible en français par « sexe » ou « genre » est générale, et ne désigne donc pas exclusivement les sexes généralement admis (§60.).
- 32 Enfin, de l'avis de la Cour constitutionnelle, la Loi fondamentale ne comporte ni obligation explicite d'une mention du sexe dans l'état civil, ni interdiction de reconnaître un sexe qui ne serait pas féminin ou masculin (§§ 50, 59.).
- 33 La requérante s'était ainsi vue reconnaître le droit de modifier le sexe féminin qui lui avait été attribué à la naissance, afin qu'il corresponde à sa réelle identité sexuelle. Il s'agit d'une décision historique et originale, grâce à laquelle l'Allemagne fait aujourd'hui figure de précurseur.

Recours constitutionnel infructueux contre les expertises exigées pour un changement de nom et d'état civil d'une personne transsexuelle - BVerfG, décision de la 2ème chambre du 1er sénat du 17 octobre 2017, 1 BvR 747/17

- 34 Dans sa décision du 17 octobre 2017, la Cour constitutionnelle fédérale allemande rejette un recours constitutionnel contre le refus de changer de prénom et d'état civil que prévoit la loi sur la transsexualité (Transsexuellengesetz, TSG). Le plaignant avait fait valoir l'inconstitutionnalité de la première phrase du §4 alinéa 4 du TSG qui exige l'obtention de deux avis d'experts.
- 35 En l'espèce, conformément à la TSG, le plaignant avait présenté une demande de changement de prénom (§1 du TSG) et de détermination de son sexe, en l'occurrence pour que soit mentionné le sexe féminin (§8 du TSG). Le tribunal de première instance de Dortmund avait rejeté cette demande le 31 août 2016; l'appel interjeté à l'encontre du tribunal régional supérieur de Hamm le 22 février 2017 n'avait pas abouti.
- 36 Le plaignant saisit alors la Cour constitutionnelle fédérale. Il allègue principalement une violation de son droit général à la vie privée et à la personnalité (article 1 alinéa 1 et article 2 alinéa 1 de la Loi Fondamentale). Le §4 alinéa 3 du TSG reposerait en effet, selon le requérant, sur l'hypothèse obsolète selon laquelle la transsexualité était une maladie et

que les personnes concernées devraient être « guidées » lors de l'évolution de leur traitement.

La Cour rejette le recours. Conformément à sa jurisprudence (BVerfG, décision du premier Sénat du 11 janvier 2011, 1 BvR 3295/07), la Cour rappelle que l'exigence de deux rapports d'experts indépendants est constitutionnelle, et qu'elle ne repose pas sur l'hypothèse que la transsexualité est une condition pathologique ou un trouble mental. La Cour considère que l'évaluation selon le §4 alinéa 3 du TSG ne peut ainsi porter que sur les aspects pertinents du changement de nom et de celui de l'état civil. Par ailleurs, lorsqu'ils émettent un avis et utilisent le rapport, les tribunaux doivent s'assurer que les personnes concernées ne sont pas soumises à une expertise sur des questions qui ne sont pas pertinentes pour l'examen des conditions de l'affaire. De plus, la procédure d'avis d'expert ne doit pas être utilisée pour conduire les personnes concernées à un traitement thérapeutique de leur transsexualité.

- 37 Selon la Cour, le §4 alinéa 3 du TSG n'est donc pas inconstitutionnel en soi. Si, dans des cas spécifiques, ce régime peut être utilisé d'une manière qui viole les droits fondamentaux, cela ne remet pas automatiquement en cause le système lui-même. Le plaignant ne s'étant lui-même pas soumis à l'expertise, ses droits fondamentaux ne peuvent avoir été violés.

B. La sélection à l'université

Une sélection en cursus de médecine inégalitaire– BVerfG, arrêt du 1er sénat du 19 décembre 2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14

Pour la première fois depuis les années 1970 (BVerfG, arrêt du premier Sénat du 18 juillet 1972, 1 BvL 32/70 et 25/71, *Numerus Clausus I* ; BVerfG, arrêt du premier Sénat du 8 février 1977, 1 BvF 1/76, 1 BvL 7,8/75, 1 BvR 239/75, 92, 103-114, 115, 140-143, 187/76, *Numerus Clausus II*), la Cour s'est prononcée sur la sélection effectuée pour le cursus de médecine et prononce son inconstitutionnalité, au nom de la liberté professionnelle et du principe d'égalité.

- 38 En l'espèce, 20% des étudiants en médecine sont acceptés en raison de leurs excellentes notes au baccalauréat, 20% après avoir attendu un certain nombre de semestres (*Wartezeit*) et 60% sur une sélection propre aux universités (*Auswahl*). Hormis ceux en *Wartezeit*, les candidats doivent choisir 6 universités maximum. Après décisions de refus d'admission après un *Wartezeit*, les requérants portent le litige devant le Tribunal Administratif de *Geisenkirchen*, en alléguant l'inconstitutionnalité du processus de sélection. Le tribunal accueille le moyen, estimant que le processus présente une incompatibilité avec l'article 12 alinéa 1, qui protège à la liberté professionnelle, et à l'article 3 alinéa 1 de la Loi fondamentale relatif au principe d'égalité. Il saisit à cet effet une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle fédérale allemande.

La Cour retient elle aussi l'inconstitutionnalité de l'ensemble de la législation régionale et fédérale relative au processus de sélection en médecine. Reprenant son ancienne jurisprudence (BVerfG, *Numerus Clausus I*, *op.cit.*, §§66, 67), elle dégage le principe suivant lequel chacun a un droit de candidater de manière égalitaire (*Recht auf gleiche Teilhabe*) et par conséquent, un accès égal à une formation de son choix (§102 de la décision). Prendre en compte comme premier critère le choix des universités effectué par les candidats est déclaré inconstitutionnel (§§127, §§157).

- 39 La chance des bacheliers d'être accepté est considéré dépendre d'abord du lieu que ceux-ci choisissent et, seulement, dans un second temps, de leurs capacités, ce que la Cour considère porter est une atteinte à l'égalité des chances (§136). Le processus de sélection propre aux universités ne prend également pas en compte les différences entre les *Länder* dans l'obtention du baccalauréat (§§173), ce qui est une atteinte au principe d'égalité. A cet égard, la Cour s'insurge contre certaines pratiques d'admission, fondées uniquement sur les résultats obtenus au baccalauréat par le candidat. Elle incite par conséquent le législateur à mettre en place une sélection « standardisée et structurée » pour l'ensemble de l'Allemagne (§153). Enfin, la Cour déclare contraire au droit à une candidature égalitaire l'absence de délimitation de manière adéquate (*angemessen*) des semestres d'attente. Elle affirme qu'il a été démontré que ce procédé nuit à la réussite des étudiants admis (§224). En raison des enjeux soulevés, la Cour laisse jusqu'au 31 décembre 2019 aux *Länder* et à l'Etat fédéral la possibilité de changer leur législation (§253).

C. La redevance audiovisuelle

Principe d'égalité des charges et contribution pour le service public de radiodiffusion -

BVerfG, jugement du 1er sénat du 18 juillet 2018, 1 BvR 1675/16, 1 BvR 745/17, A BvR 836/17, 1 BvR 981/17

- 40 En Allemagne, le service public de radiodiffusion fait l'objet d'un financement particulier par le biais d'une contribution distincte des impôts (BVerfG, §§2, 52, 54, 58). Les lignes directrices relatives à sa réglementation sont contenues dans le Traité d'Etat relatif à la contribution pour le service public de radiodiffusion, introduit et adapté dans les *Länder* par leurs législateurs respectifs (article 70 alinéa 1 de la Loi fondamentale; BVerfG, §§50-62.). Cette contribution doit être payée par les propriétaires ou locataires de logements (domaine « privé » ; cotisation par logement, BVerfG, §§5, 86), ainsi que par les propriétaires d'établissements stables ou de véhicules qui ne sont pas exclusivement destinés à une exploitation privée (domaine « non privé » ; cotisation selon le nombre de salariés ou de véhicules, BVerfG, §§7, 121, 124).
- 41 Le 18 juillet 2018, la Cour constitutionnelle allemande a rendu un jugement relatif au respect du principe d'égalité des charges par la réglementation de la contribution pour le service public de radiodiffusion adoptée dans les *Länder* (BVerfG, §§11-14, 18-30). Le principe d'égalité des charges découle du principe d'égalité, inscrit à l'Article 3 alinéa 1er de la Loi Fondamentale (§§57, 65).
- 42 Pour la Cour constitutionnelle, toute personne qui a la possibilité « réaliste » (c'est-à-dire qui possède un logement, un établissement stable ou un véhicule localisé sur le territoire couvert par le service public de radiodiffusion) de profiter du service public de radiodiffusion doit payer la contribution. (§§82, 85, 88, 90, 113-119). L'avantage lié à la possibilité de jouir de l'offre dudit service public doit être apprécié individuellement et concrètement (§§66, 67, 76, 81, 90, 117, 119) et indépendamment de la volonté subjective des personnes de posséder un appareil de réception ou de profiter effectivement du service public (§§9, 59, 81-82, 85, 89-93, 113-114).
- 43 En vertu du principe d'égalité des charges, des exemptions ou réductions de contribution ont été prévues par les législateurs des *Länder*. Elles concernent notamment les personnes sourdes et/ou muettes, ou encore les personnes qui ne se trouvent pas sur une portion du territoire couverte par le service public de radiodiffusion. N'ayant pas, a

priori, la même possibilité réaliste que les autres de jouir personnellement et concrètement de l'offre de ce service public, ces catégories de personnes ne doivent logiquement pas y contribuer dans la même proportion (§§6, 61, 85).

- 44 Selon la Cour constitutionnelle, la contribution pour le service public de radiodiffusion est essentiellement conforme au principe d'égalité des charges (§§94-105, 120-134) et à la Loi fondamentale dans son ensemble (§§134-149), sauf concernant les propriétaires de deux logements, qui doivent payer en double la contribution. En effet, la base de cette contribution devant être individuelle et concrète, il faudrait pouvoir montrer que les personnes profitent de la radiodiffusion personnellement et directement dans les deux logements en même temps. Cela n'étant objectivement pas possible, l'avantage retiré par ces personnes est le même que celui retiré par celles qui ne détiennent qu'un logement. Elles doivent donc toutes devoir contribuer de la même manière au financement du service public (§§106-107). Les législateurs des Länder ont par conséquent jusqu'au 30 juin 2020 pour adopter une nouvelle réglementation relative à la contribution des propriétaires de plusieurs logements. D'ici là, toute personne dans cette situation pouvant prouver qu'elle s'acquitte de son obligation de contribution au titre de son premier logement, peut demander à être libérée de son obligation concernant son deuxième logement (§§111, 155).

3./ La sécurité publique

A.Le stockage d'armes nucléaires

Recours constitutionnel infructueux contre le stationnement d'armes nucléaires américaines sur la base aérienne de Büchel en Allemagne - BVerfG, décision de la 2eme chambre du 2eme sénat du 15 mars 2018, 2 BvR 1371/13

- 45 Dans une décision du 15 mars 2018, la Cour constitutionnelle fédérale allemande rejette un recours constitutionnel contre le stationnement d'armes nucléaires américaines sur la base aérienne de Büchel en Rhénanie-Palatinat, où les forces allemandes et américaines sont installées. Le recours est jugé irrecevable du fait que la plaignante n'ait démontré aucune violation des obligations de protection des droits fondamentaux.
- 46 En l'espèce, dans une lettre adressée au ministre fédéral de la Défense, la requérante vivait à 3,5 km de la base aérienne et craignait d'être particulièrement exposée à des attaques terroristes sur la base. La présence d'armes nucléaires violerait les principes du droit international humanitaire, d'inconstitutionnalité des déclarations de guerre sur le sol allemand ainsi que le traité de l'OTAN. Les articles 25 et 26 de la Loi fondamentale permettent à tout citoyen d'exiger de l'État d'empêcher toute guerre sur le sol allemand. En réponse, le ministre fédéral de la Défense fait valoir que des mesures techniques et organisationnelles ainsi que relatives aux infrastructures permettent d'assurer le plus haut niveau de protection et de sécurité aux habitants de l'Allemagne.
- 47 La requérante saisit alors la Cour administrative de Cologne. Elle demande que la République fédérale d'Allemagne soit condamnée à retirer les armes nucléaires américaines stockées sur la base aérienne de Büchel. Le Tribunal administratif de Cologne rejette le recours pour défaut de justification suffisante. La requérante fait appel. Le Tribunal administratif supérieur de Rhénanie-du-Nord-Westphalie considère également qu'il n'y a pas de violations des règles générales du droit international. Par ailleurs, les

actes terroristes éventuels supposés par la requérante ne peuvent être prévus et évités que dans une mesure limitée.

- 48 La requérante saisit alors la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Elle allègue que le stationnement d'armes nucléaires porte atteinte à son droit à la vie et à son intégrité physique (article 2 alinéa 2 phrase 1 de la Loi fondamentale), à son droit de propriété (article 14 alinéa 1 de la Loi fondamentale) et à son droit à la protection juridique (article 19 alinéa 4 de la Loi fondamentale).

49

- 50 La Cour rejette le recours. Les dangers invoqués par la requérante reposant sur les armes nucléaires stockées ne sont pas susceptibles, selon elles, de justifier une ingérence dans ses droits fondamentaux. Certes, l'article 2 alinéa 2, phrase 1 et l'article 14 alinéa 1 de la Loi fondamentale imposent à l'Etat l'obligation de protéger la vie, l'intégrité physique et la santé des individus quand les détenteurs de ces droits fondamentaux ne peuvent pas assurer eux-mêmes l'effectivité. Toutefois, la violation de ces obligations de protection ne peut être retenue qu'en cas de mesures de sauvegarde manifestement inappropriées, ou si ces mesures ne remplissent pas l'objectif premier de protection. Ainsi, la requérante aurait dû établir plus précisément dans quelle mesure l'Etat allemand n'avait pas respecté son obligation de protection.

- 51 La Cour considère en outre que le Tribunal, la Cour administrative de Cologne, ainsi que le Tribunal administratif supérieur de Rhénanie-du-Nord-Westphalie ont à bon droit rejeté la requête au regard du droit international. La requérante ne montre en effet pas suffisamment en quoi sa situation est contraire à l'interdiction de la violence établie par le droit international humanitaire.

- 52 Enfin, la Cour considère que les tribunaux administratifs ont également estimé à bon droit que la requérante n'avait pas suffisamment et adéquatement expliqué en quoi son droit à une protection juridique avait été atteint. Si l'article 19 alinéa 4 phrase 1 de la Loi fondamentale garantit un droit au recours pour toute personne qui prétend que ses droits individuels ont été violés par une autorité publique, il n'implique en aucun cas un recours général contre toutes les décisions publiques adoptées.

B. Le gazoduc "Nord Stream 2"

Recours constitutionnel infructueux contre la construction du gazoduc « Nord Stream 2 » - BVerfG, décision de la 2eme chambre du 2eme sénat du 12 juillet 2018, 1 BvR 1401/18

- 53 Dans sa décision du 12 juillet 2018, la Cour constitutionnelle fédérale allemande rejette un recours constitutionnel contre la construction du gazoduc « Nord Stream 2 ». Les travaux de ce dernier reliant la Russie à l'Allemagne par la mer Baltique ont commencé en mai dernier. Ils font encore aujourd'hui l'objet de nombreuses controverses notamment de la part de certains partenaires européens défendant leurs intérêts économiques et géopolitiques. La Commission Européenne souhaite, pour sa part, bloquer le projet qui augmenterait la dépendance de l'Europe vis-à-vis du gaz naturel russe au détriment d'une plus grande diversification du secteur énergétique.

54

- 55 En l'espèce, les plaignants, une association allemande pour la conservation de la nature (Naturschutzbund Deutschland) et une association régionale affiliée de Mecklembourg-

Poméranie-Occidentale, contestent en référé (Eilverfahren) le rejet par le tribunal administratif supérieur de Greifswald d'interrompre les travaux de construction du gazoduc. Selon eux, le tribunal violerait l'article 19 alinéa 4 phrase 1 de la Loi fondamentale allemande qui ouvre un recours à toute personne estimant qu'un de ces droits a été violé par une autorité publique, ainsi que l'article 103 alinéa 1 de la Loi fondamentale disposant que toute personne a le droit d'être entendue devant un tribunal. Les requérants allèguent, en outre, que la construction du gazoduc endommagerait gravement les zones protégées de la mer Baltique et serait ainsi en contradiction avec le droit énergétique et environnemental actuel. Le tribunal aurait, enfin, rejeté le recours, sans aucun examen approfondi des faits, sur la seule base d'une « analyse d'impact » (Folgenabwägung), alors même que les plaignants invoquaient l'existence d'un dommage environnemental important.

La Cour considère dans un premier temps que le recours n'indique pas directement si l'analyse d'impact effectuée par le tribunal administratif supérieur viole les articles 19, alinéa 4 et 103 alinéa 1 de la Loi fondamentale. Les requérants ne peuvent ainsi faire état d'une violation de leurs droits sur ce fondement. Selon une interprétation traditionnelle de cet article, la Cour avait estimé dans une précédente décision (BVerfG, décision de la 2ème chambre du 1er sénat du 18 septembre 2017, 1 BvR 361/12) qu'une association de protection de la nature ne pouvait bénéficier de protection juridique dans le cadre d'une action collective en l'absence de droits matériels subjectifs en cause. Cependant, la Cour n'avait pas clarifié l'étendue de la protection des dispositions générales de l'article 19 de la Loi fondamentale de l'association concernée. Dans ce cas d'espèce encore, conformément à sa jurisprudence, la Cour laisse ouverte la question de savoir si une association, reconnue, en vertu de la loi sur les recours en matière environnementale (*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*), peut bénéficier de la protection prévue à l'article 19 alinéa 4 phrase 1 de la Loi fondamentale.

Dans un second temps, la Cour estime que les plaignants auraient dû préciser si les questions de fait et les vices de droits qu'ils avaient invoqués au cours de la procédure, étaient accessibles à un examen sommaire (*summarischer Prüfung*) par le tribunal administratif supérieur de Greifswald. Cet examen correspond à une évaluation approximative d'un état de fait et de droit et n'exige ainsi pas l'obtention de preuves. Dans une précédente décision (BVerfG, décision de la 1ère chambre du 1er sénat du 14 septembre 2016, 1 BvR 1335/13), la Cour avait estimé qu'en principe un examen sommaire de la situation matérielle et juridique n'empêchait en aucun cas l'octroi d'une protection juridique provisoire mais que le niveau d'intensité de l'examen pouvait augmenter en fonction de la violation alléguée de la loi. Dès lors, les tribunaux auraient pu être contraints d'examiner le cas d'espèce dans sa totalité et non seulement de manière sommaire.

- 56 La Cour rappelle en outre que si, suite au rejet d'une requête, un requérant se trouve menacé d'une violation considérable de ses droits fondamentaux, il ne peut se voir refusé une protection juridique. Une mesure provisoire doit alors être accordée, le cas échéant avec un examen détaillé des faits de la requête, sauf si des raisons prédominantes (*überwiegende*) et particulièrement graves (*besonders gewichtige Gründe*) s'y opposent. Dans le cas où un contrôle de légalité réalisé conformément à ces critères n'est pas possible, une analyse d'impact minutieusement (*sorgfältige*) et suffisamment fondée (*hinreichend substantiierte*) redevient alors pertinente.

- 57 En l'espèce, compte-tenu de la complexité du projet, la Cour estime que l'appréciation du tribunal administratif supérieur, selon laquelle il n'est pas possible de répondre aux questions de la procédure de référé par un examen sommaire de la situation matérielle et juridique dans un délai approprié (*angemessene Zeit*), ne peut être directement écartée. Elle souligne également que les requérants n'ont pas précisé les questions de droit qui auraient dû être examinées de manière sommaire, ni à quel moment.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (*pour s'y abonner*) sont accessibles *sur le site* de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

RÉSUMÉS

Depuis 1951, la Cour Constitutionnelle fédérale allemande est la gardienne de la Loi fondamentale allemande. Du droit de grève des professeurs allemands au devoir de mémoire en passant par le problème de stockage des armes nucléaires à Büchel, les juges constitutionnels ont été amené de septembre 2017 à août 2018 à se prononcer sur des questions fondamentales pour la société allemande.

AUTEURS

MANON FRANCOIS

Etudiante du Master Bilingue droit de l'Europe

BÉRÉNICE GAUDIN

Etudiante du Master Bilingue droit de l'Europe

CAMILLE JAEGLÉ

Etudiante du Master Bilingue droit de l'Europe

ÉGLANTINE ROLAND

Etudiante du Master Bilingue droit de l'Europe