

Sélection de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (extraits)

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 15 (DOSSIER : ALLEMAGNE) - JANVIER 2004

(1)

I. Affaire Lüth/Harlan

(Rayonnement des droits fondamentaux en droit civil)

Arrêt de la Première Chambre du 15 janvier 1958 (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE, t. 7, pp. 198-230) [...]

Le requérant prétend que le Landgericht ⁽²⁾ a, dans son jugement, violé son droit fondamental à la libre expression, droit contenu dans l'article 5, alinéa 1, première phrase de la Loi fondamentale.

Le jugement du Landgericht, qui constitue un acte de la puissance publique se manifestant ici en tant que *pouvoir judiciaire*, peut, *par son contenu*, violer un droit fondamental du requérant uniquement si ce droit fondamental devait être pris en compte par le tribunal.

Le jugement interdit au requérant de proférer toute déclaration par laquelle il pourrait influencer des tiers, dans le but que ceux-ci se rallient à son opinion sur la réapparition de M. Harlan et qu'ils adaptent en conséquence leur comportement à l'égard des films que ce dernier a produits. Cette interdiction constitue objectivement une limitation du droit du requérant d'exprimer librement son opinion. Le Landgericht motive son jugement par le fait qu'il considère que les déclarations du requérant constituent un délit civil au sens du § 826 du code civil à l'encontre des plaignantes et que ces dernières ont donc, en vertu des dispositions du code civil, un droit à ce que le requérant s'abstienne de proférer ces déclarations. Ainsi le Landgericht, en reconnaissant un droit aux plaignantes, a par son jugement effectué un acte de la puissance publique qui limite la liberté d'expression du requérant. Cet acte peut violer le droit fondamental du requérant de l'article 5, alinéa 1, première phrase de la Loi fondamentale, uniquement si les normes de droit civil qui ont été appliquées sont influencées dans leur contenu par ce droit fondamental d'une manière telle qu'elles ne peuvent plus servir de fondement au jugement. [...]

Il en résulte donc que même les jugements d'un juge civil, lorsqu'ils aboutissent, sur le fondement de « lois générales » de droit civil, à une restriction de la liberté d'expression, peuvent violer le droit fondamental contenu dans l'article 5, alinéa 1, première phrase de la Loi fondamentale. Même le juge civil doit examiner attentivement la signification du droit fondamental par rapport à la valeur que le bien protégé par la « loi générale » a pour celui qui prétendrait avoir été atteint par la déclaration du requérant. La décision ne peut être prise qu'après une vue d'ensemble du cas d'espèce où l'on a tenu compte de toutes les circonstances essentielles. Un examen erroné peut violer le droit fondamental et ainsi justifier un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale. [...]

Le § 826 du code civil renvoie au critère de « bonnes moeurs ». Il ne s'agit pas ici de principes de moralité à l'état pur et donc (*a priori*) immuables, mais des idées que se font les « honnêtes gens » sur « ce qui est convenable » dans les relations sociales entre sujets de droit. Ces conceptions peuvent changer au cours de l'histoire et, dans certaines limites, être ainsi également influencées par des prescriptions ou des interdictions *légales*. Le juge qui doit cas par cas déterminer ce qui est exigé ou prohibé sur le plan social est obligé, d'une part, puisque c'est dans la nature des choses, et d'autre part, parce que ceci est ordonné expressément dans l'article 1, alinéa 3 de la Loi fondamentale, de se tenir aux décisions relatives aux valeurs et aux principes de l'ordre social qu'il trouve dans la partie de la Constitution concernant les droits fondamentaux. Au sein de cet ordre de valeurs, qui est en même temps une *hiérarchie* des valeurs, il faut considérer d'une part, le droit fondamental de l'article 5, alinéa 1, première phrase de la Loi fondamentale et d'autre part, les droits et les biens protégés par une disposition légale qui limitent l'exercice de ce droit fondamental.

Pour être en mesure de trancher la question de savoir si, d'après ces critères, l'invitation au boycottage est contraire aux bonnes moeurs, il faut d'abord examiner les motifs, le but et la fonction des propos en question. De plus, il faut se demander si, dans la poursuite de ses objectifs, le requérant n'a pas dépassé les limites de l'atteinte qu'il pouvait apporter aux intérêts de M. Harlan et des sociétés cinématographiques, même dans les cas où cette atteinte était nécessitée par les circonstances et appropriée à celles-ci. [...]

En raison de ces considérations, la Cour constitutionnelle fédérale est convaincue que le Landgericht, lors de son appréciation du comportement du requérant, s'est mépris sur la signification spécifique inhérente au droit fondamental de la liberté d'expression même dans les cas où ce droit entre en conflit avec les intérêts privés d'un tiers. Le jugement du Landgericht est fondé sur cette erreur sur les effets des droits fondamentaux et porte ainsi atteinte au droit fondamental que le requérant détient en vertu de l'article 5, alinéa 1, première phrase de la Loi fondamentale. Par conséquent ce jugement doit être annulé.

II. Affaire relative à la peine de prison à vie

(Dignité de la personne humaine et État de droit)

Arrêt de la Première Chambre du 21 juin 1977, rendu après audience orale des 22 et 23 mars 1977 (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfGE, t. 45, pp. 187-271)

[...]

Dispositif

Le § 211 du code pénal dans la version de la Première loi de réforme du droit pénal (1. StrRG) du 25 juin 1969, de nouveau publié le 2 janvier 1975 (JOI, p. 1), est, en considération des motifs de cet arrêt, compatible avec la Loi fondamentale, dans la mesure où est puni en tant qu'assassin, à la réclusion criminelle à perpétuité, quiconque tue un être humain de manière perfide ou dans le but de dissimuler une autre infraction.

Motifs

A.

L'objet de la procédure est la question de savoir si la réclusion criminelle à perpétuité à laquelle est condamné un assassin qui commet son crime de manière perfide ou dans le but de dissimuler une autre infraction, est compatible avec la Loi fondamentale.

I.

1. Le § 211 du code pénal dans sa version de la Première loi de réforme du droit pénal (1. StrRG) du 25 juin 1969, de nouveau promulgué le 2 janvier 1975 (JOI, p. 1) dispose :

§ 211. Assassinat

(1) L'assassin est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.

(2) Est un assassin celui qui tue un être humain :

- par goût pervers de tuer, pour la satisfaction de l'instinct sexuel, par cupidité ou pour d'autres motifs particulièrement répréhensibles,
- de manière perfide ou cruelle ou en employant des moyens constituant un danger pour la communauté,
- ou pour rendre possible ou dissimuler une autre infraction.

Pour un contrôle de constitutionnalité de la disposition contestée, les §§ 212 et 213 du code pénal sont également d'importance. Ces règles disposent dans leur version du 2 janvier 1975 (JOI, p. 1):

§ 212. Meurtre

(1) Celui qui, sans être un assassin, tue un être humain, est puni comme meurtrier d'une peine privative de liberté d'au moins cinq années.

(2) Dans des cas particulièrement graves, la réclusion criminelle à perpétuité est à prononcer.

§ 213. Cas de meurtre moins grave

Lorsque le meurtrier, sans faute personnelle, sur un accès de colère provoqué par la personne tuée suite à une insulte grave ou de mauvais

traitements infligés à lui-même ou à un proche parent a été poussé à commettre immédiatement l'infraction ou, lorsqu'il s'agit d'un autre cas moins grave, la punition est une peine privative de liberté de six mois à cinq ans. [...]

II.

La cour d'assises du Landgericht de Verden ⁽³⁾ a suspendu une procédure pénale et, conformément à l'article 100, alinéa 1 de la Loi fondamentale, posé à la Cour constitutionnelle fédérale la question préjudicielle en vue de déterminer si le § 211 du code pénal était contraire à la Constitution, étant donné qu'il prévoit la condamnation de l'assassin à la réclusion criminelle à perpétuité. [...]

B.

Puisque la liberté individuelle est un droit si important que des restrictions ne peuvent lui être apportées que pour des raisons très graves (Recueil des décisions, *BVerfGE*, t. 22, p. 180, [p. 219]), la privation à perpétuité de cette liberté nécessite un examen particulièrement strict selon les critères du principe de proportionnalité. [...]

Lorsque, malgré tout, la Cour constitutionnelle fédérale a refusé de voir dans d'éventuels dommages causés par la détention à perpétuité une atteinte à l'inviolabilité de la dignité humaine, garantie par l'article 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale, les raisons suivantes se sont avérées déterminantes :

aa) La menace de la réclusion criminelle à perpétuité trouve son complément constitutionnellement nécessaire dans un traitement raisonnable du condamné pendant l'exécution de sa peine. Même dans le cas de condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité, les établissements pénitentiaires sont tenus de travailler en vue d'une réinsertion sociale des détenus. Ils sont également obligés de les maintenir en bonne santé et de s'opposer aux effets nocifs de la privation de liberté, y compris et surtout aux déformations de la personnalité des détenus. [...]

La loi sur l'exécution des peines (Strafvollzugsgesetz - StVollgG) du 16 mars 1976 (*JOI*, p. 581) tient compte de ces exigences quant à une exécution des peines conforme à la Constitution. [...]

bb) Suite aux constatations qui viennent d'être faites, l'exécution complète d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité s'avère être une exception. Les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité sont graciées et remises en liberté avant le temps prévu, sauf dans les cas, peu nombreux, où le pronostic relatif à la réinsertion sociale du détenu est négatif, ou si des raisons de sécurité publique exigent que l'exécution de la peine se poursuive. Une autre limite importante résulte du danger de troubles graves de la personnalité des détenus. [...]

Le tribunal qui a posé la question préjudicielle est à approuver, lorsqu'il affirme que l'état actuel du droit, selon lequel l'exécution d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité ne peut être suspendue ou arrêtée que par une mesure de grâce, donne lieu à des doutes au regard des exigences de l'État de droit. Le principe de l'État de droit exige une juridisation de la pratique de la remise en liberté. [...]

Il résulte de l'examen de conformité à la Constitution de la réclusion criminelle à perpétuité, notamment au regard de l'article 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale et du principe de l'État de droit, que l'exécution d'une réclusion criminelle à perpétuité conforme à la dignité humaine est possible uniquement si le condamné a une chance concrète et a priori réalisable de recouvrer sa liberté à un moment ultérieur. Le cœur de la dignité humaine est atteint si le condamné doit abandonner tout espoir de retrouver sa liberté et ce, quelle que soit l'évolution de sa personnalité. Afin que cette perspective, qui, en définitive, rend l'exécution d'une réclusion criminelle à perpétuité acceptable au regard de la dignité humaine, soit assurée d'une manière qui corresponde aux exigences du droit constitutionnel, le système qui permet de gracier ne suffit pas à lui seul. [...]

Des considérations qui viennent d'être faites découlent l'obligation constitutionnelle du législateur d'introduire une législation appropriée. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, le législateur a droit à un délai raisonnable pour rassembler ses expériences dans des sujets en évolution. Parmi ceux-ci, se trouve le problème de la réclusion criminelle à perpétuité et son exécution. Les défauts contenus dans la réglementation législative donnent lieu à une intervention de la part de la justice constitutionnelle uniquement si le législateur s'abstient, malgré des expériences suffisantes en faveur d'une solution mieux adaptée, de vérifier et d'améliorer sa législation [cf. *BVerfGE*, t. 43, p. 291 (p. 321)]. Cette liberté d'appréciation doit être laissée au législateur dans le cas examiné ici. [...]

IV.

Si le législateur estime que la réclusion criminelle à perpétuité est une sanction nécessaire et appropriée pour les cas d'homicide les plus graves, cela n'est pas contraire à l'exigence constitutionnelle de n'infliger que des peines raisonnables et mesurées (cf. *BVerfGE*, t. 28, p. 386 [p. 391]). [...]

Conformément à cela, la Cour constitutionnelle fédérale, dans sa jurisprudence, a non seulement souligné le principe de la responsabilité pénale pour faute, mais également reconnu les autres objectifs de la peine. Elle a considéré que la fonction générale du droit pénal était de protéger les valeurs fondamentales de la vie en société. Juste rétribution de la faute, prévention, réinsertion sociale du coupable, expiation et rétorsion pour un tort commis, sont les fonctions d'une sanction pénale appropriée (cf.: *BVerfGE*, t. 32, p. 98 [p. 109]; t. 28, p. 264 [p. 278]). [...]

Dans ces circonstances, se pose spécialement la question de savoir s'il est compatible avec le principe de proportionnalité de prévoir exclusivement la réclusion criminelle à perpétuité pour chaque cas d'homicide perfide ainsi que d'homicide commis dans le but de dissimuler une autre infraction. [...]

a) Dans la réalité juridique, la menace de réclusion criminelle à perpétuité dans les cas du § 211, alinéa 2 du code pénal est moins absolue qu'il ne le paraît à première vue. [...]

b) Les éléments constitutifs de l'assassinat tels que « de manière perfide » et « dans le but de cacher une autre infraction » ont été jusqu'à présent interprétés de manière restrictive par la jurisprudence. [...]

c) L'application de la norme du § 211 du code pénal ainsi interprétée peut certes toujours conduire, dans certains cas limites, à une sévérité disproportionnée. Toutefois, la Chambre est convaincue que ce n'est pas le cas en ce qui concerne l'homicide constaté par le tribunal ayant posé la question préjudicielle. [...]

Interprétée d'une manière compatible avec la lettre du texte et laissant à la norme un sens raisonnable et n'allant pas à l'encontre de l'objectif visiblement poursuivi par la loi, la disposition en question est conforme à la Constitution. [...]

III. Affaire relative au traité de Maastricht

(Principe démocratique et Union européenne)

Arrêt de la Seconde Chambre du 12 octobre 1993 rendu après audience orale des 1^{er} et 2 juillet 1993. 2 BvR 2134, 2159/92 (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE, t. 89, pp. 155-213)

[...]

B.

N'est recevable le recours individuel du requérant en sauvegarde des droits fondamentaux (relatif au point 1), dirigé contre la loi de ratification du traité relatif à l'Union européenne, que dans la mesure où il conteste une violation des droits découlant de l'article 38 de la Loi fondamentale. Pour le reste, les recours individuels sont irrecevables. [...]

L'article 38 de la Loi fondamentale ne garantit pas seulement que le citoyen possède le droit de vote pour élire le Bundestag allemand et que les principes constitutionnels du droit de vote sont respectés lors du scrutin. La garantie s'étend également au contenu démocratique fondamental de ce droit. Il est garanti aux Allemands titulaires du droit de vote le droit subjectif de participer à l'élection du Bundestag allemand et ainsi de prendre part au niveau fédéral à la légitimation de la puissance étatique par le peuple, ainsi que d'influencer l'exercice de cette dernière. Toutefois, sous cet aspect, ce droit nécessite des dispositions d'application plus précises. [...]

Le droit que le requérant tient de l'article 38 de la Loi fondamentale peut ainsi être atteint, si l'exercice des compétences du Bundestag allemand est transféré à un organe de l'Union européenne ou des Communautés européennes composé des gouvernements des États membres d'une manière telle que les exigences minimales de légitimation démocratique du pouvoir de souveraineté s'exerçant à l'égard du citoyen et ne pouvant faire l'objet d'une renonciation en vertu des dispositions combinées de l'article 20, alinéas 1 et 2 et de l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale, ne sont plus assurées. [...]

C.

Dans la mesure où le recours individuel du requérant, relatif au point 1, est recevable, il n'est pas fondé. La Cour constitutionnelle fédérale ne peut examiner l'attribution de compétences à l'Union européenne et aux Communautés qui y sont attachées qu'au regard du contenu de la garantie de l'article 38 de la Loi fondamentale (à ce sujet, v. I). Il n'est pas porté atteinte au contenu de cette garantie par la loi de ratification du traité, comme cela résulte du contenu du traité. Le traité fonde un regroupement européen d'États basé sur les États membres et qui respecte

leur identité nationale. Le traité est relatif à la participation de l'Allemagne à des organisations supranationales et non pas à un État européen (cf. II, 1). Les attributions de l'Union européenne et les compétences qui lui sont concédées à cette fin sont déterminées d'une manière suffisamment prévisible, si bien que se trouve respecté le principe de l'habilitation limitée au cas par cas, qu'il n'est pas créé une compétence de la compétence au profit de l'Union européenne, et que l'attribution de nouvelles fonctions et de nouvelles compétences à l'Union européenne et aux Communautés européennes dépend de compléments ou de modifications des traités, ce qui signifie qu'ils sont subordonnés à l'approbation des Parlements nationaux (cf. II, 2).

L'étendue des attributions et des compétences de l'Union européenne, ainsi que, comme prévu dans le traité, la manière dont les décisions doivent être prises au sein de l'Union européenne et des organes des Communautés européennes ne vident pas de son sens les compétences de décision et de contrôle du Bundestag allemand au point que soit atteint le principe de démocratie, dans la mesure où il est déclaré intangible par l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale (cf. II, 3).

IV. Droit du père d'un enfant naturel au partage de l'autorité parentale

(Droits respectifs des parents et bien-être de l'enfant)

Arrêt du 29 janvier 2003. 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01 ⁽⁴⁾

[...]

Dans les procédures relatives :

I) à l'examen de la question de savoir au regard du droit constitutionnel s'il est compatible avec l'article 6, alinéa 2, première phrase et alinéa 5 de la Loi fondamentale que conformément aux §§ 1626a et 1672 du code civil, le père d'un enfant naturel qui a vécu avec la mère de l'enfant pendant plusieurs années, dans une communauté quasi familiale, ne peut se voir attribuer l'exercice commun de l'autorité parentale sur l'enfant après la séparation des parents, sans que soient prises en compte les circonstances concrètes, et ce, tant que la mère de l'enfant s'y oppose ;

- vu la décision du Amtsgericht de Korbach ⁽⁵⁾ du 16 août 1999 (7 F 10/99 SO) de surseoir à statuer et de procéder à un renvoi préjudiciel ;

II) au recours individuel :

1) de M. G.,

2) du mineur H. représenté par le requérant mentionné au point 1 ;

- le représentant : M. Georg Rixe, avocat, Hauptstraße 60, 33647 Bielefeld ;

a) dirigé directement contre :

- la décision de la Cour de justice fédérale ⁽⁶⁾ du 4 avril 2001 - XII ZB 3/00,

- la décision du Oberlandgericht de Stuttgart ⁽⁷⁾ du 2 décembre 1999 - 18 UF 259/99,

- la décision du Amtsgericht de Tübingen du 19 mai 1999 - 6 F 60/99 ;

b) indirectement contre le § 1626a, alinéa 1, numéro 1, et alinéa 2 du code civil,

la Cour constitutionnelle fédérale, Première Chambre, avec la participation de M. le président Papier, des juges Mmes Jaeger, Haas, MM. Hömig, Steiner,

Mme Hohmann-Dennhardt, MM. Hoffmann-Riem, Bryde, après l'audience orale du 19 novembre 2002 a jugé :

A.

La norme en cause a la teneur suivante :

§ 1626a du code civil

(1) Si les parents de l'enfant ne sont pas mariés à la naissance de celui-ci, il leur revient d'exercer en commun l'autorité parentale :

1. s'ils déclarent vouloir exercer en commun l'autorité parentale (déclarations relatives à l'autorité parentale) ou,

2. s'ils s'épousent l'un l'autre.

(2) Dans les autres cas, la mère dispose de l'autorité parentale. [...]

C.

Le § 1626a du code civil n'est pas compatible avec l'article 6, alinéas 2 et 5, de la Loi fondamentale dans la mesure où il manque un régime transitoire, prévoyant un examen juridictionnel de chaque cas particulier, afin de déterminer si le bien-être de l'enfant s'oppose à un exercice commun de l'autorité parentale de parents qui ne sont pas mariés l'un avec l'autre, dans les cas où les parents ont vécu avec l'enfant, mais se sont séparés avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1998, de la loi de réforme du régime légal de la filiation. Pour les autres cas, il n'y a pas de raison apparente qui s'oppose à la compatibilité avec la Constitution de la règle posée par le § 1626a du code civil relative au régime de l'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents qui ne sont pas mariés l'un avec l'autre. [...]

Autrement qu'il peut le faire pour les parents d'enfants légitimes, qui se sont engagés juridiquement à assumer leur responsabilité l'un envers l'autre et pour un enfant commun, le législateur ne peut pas, même aujourd'hui, présumer de manière générale que les parents d'un enfant, lorsqu'ils ne sont pas mariés l'un avec l'autre, veulent vivre ensemble et assumer leur responsabilité envers l'enfant. [...]

De plus, le principe de l'attribution de l'autorité parentale à la mère d'un enfant naturel selon le § 1626a, alinéa 2 du code civil ne soulève pas d'objection au regard du droit constitutionnel, parce que le législateur a, par la voie du § 1626a, alinéa 1, numéro 1 du code civil, ouvert la possibilité aux parents qui veulent exercer une autorité parentale commune à l'égard de l'enfant naturel de le faire juridiquement dès sa naissance par la voie de déclarations exprimant leur accord. [...]

La présomption du législateur que l'intention, manifestée par le mariage ou par déclaration explicite des parents, d'exercer en commun l'autorité parentale, manifesterait leur volonté de coopérer et serait à même de garantir un exercice commun de l'autorité parentale le mieux adapté au bien-être de l'enfant, ne soulève pas d'objections au regard du droit constitutionnel. Il est admis que la qualité des rapports entre parents et enfant, ainsi que la volonté des parents de coopérer en ce qui concerne l'enfant, sont d'une importance déterminante pour le bien-être de l'enfant (cf. Wallenstein/Lewis/Blake, *op. cit.*, pp. 228 et s.). Lorsque qualité et coopération font défaut, des conflits peuvent s'avérer lourds de conséquences pour l'enfant.

Faire de la déclaration d'intention des parents la condition essentielle au sujet de l'autorité parentale commune et ne pas imposer aux parents d'autres conditions, comme, par exemple, celle de vivre ensemble, préserve en plus le droit que les parents tiennent de l'article 6, alinéa 2 de la Loi fondamentale et qui les laisse décider librement de la manière dont ils veulent assumer leur responsabilité parentale envers l'enfant [cf. *Recueil de décisions BVerfGE*, t. 47, p. 46 (p. 69 et s.); t. 60, p. 79 (p. 88); t. 98, p. 218 (p. 244)]. [...]

Toutefois, si les présomptions du législateur apparaissaient erronées, notamment s'il devait s'avérer que, même si les parents avaient vécu ensemble, dans un nombre élevé de cas, pour des raisons qui ne sont pas relatives au bien-être de l'enfant, il n'y a pas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le § 1626a, alinéa 1, numéro 1 du code civil s'avérerait incompatible avec l'article 6, alinéa 2 de la Loi fondamentale. Dans ce cas, la classification légale ne serait plus justifiée et il serait contraire au droit parental du père d'un enfant naturel (art. 6, al. 2 de la Loi fondamentale), qu'il soit exclu de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, bien qu'il ait vécu avec la mère de son enfant et bien qu'ils aient réellement pris l'enfant en charge en commun, et que la capacité et la volonté de coopérer des deux parents se soient manifestées par la prise en charge commune réelle de l'enfant. [...]

Jusqu'à présent, il n'y a pas d'indices permettant de douter sérieusement de l'exactitude des présomptions faites par le législateur. Il manque surtout des informations assurées sur la question de savoir s'il y a, malgré la mise en place de la possibilité d'un exercice commun de l'autorité parentale par les parents d'un enfant naturel, un nombre significatif de cas où les parents vivent avec l'enfant et où ils n'assument pas en commun leur responsabilité envers lui. Il manque également des informations relatives aux raisons déterminant cette situation. [...]

La réglementation légale de l'autorité parentale commune exercée par les parents d'un enfant naturel, contenue dans le § 1626a du code civil est toutefois insuffisante au regard du droit constitutionnel, dans la mesure où le législateur a négligé d'adopter une réglementation transitoire pour les parents qui ont vécu avec leur enfant naturel et se sont occupés de lui, mais qui se sont séparés avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1998, de la loi de réforme du régime légal de filiation. Il doit être offert à ces parents et surtout au père, la possibilité de faire vérifier par voie

juridictionnelle si, malgré volonté contraire de l'autre parent, et tout en tenant compte du bien-être de l'enfant, un exercice commun de l'autorité parentale est possible. Il est contraire au droit parental que le père d'un enfant naturel tient de l'article 6, alinéa 2 de la Loi fondamentale qu'il lui soit refusé d'exercer une autorité parentale commune à l'égard de son enfant pour la seule raison qu'au moment de la vie commune avec la mère et l'enfant, il n'y avait pas de possibilité pour lui et la mère de fonder un exercice commun de l'autorité parentale et qu'après séparation, la mère n'est pas (plus) prête à une déclaration commune à ce sujet, bien que l'exercice commun de la responsabilité envers l'enfant favoriserait le bien-être de celui-ci. [...]

À l'exception de la réglementation omise en ce qui concerne les anciens cas mentionnés, le § 1626a du code civil, pour les raisons citées, ne viole pas non plus l'obligation, imposée au législateur et découlant de l'article 6, alinéa 5 de la Loi fondamentale, de créer des conditions de développement semblables pour les enfants naturels et les enfants légitimes. [...]

D.

Les décisions de justice contestées dans la procédure numéro 1 BvR 933/01 ne sont pas non plus compatibles avec la Loi fondamentale, eu égard aux développements faits au point C. [...]

E.

Lorsque la Cour constitutionnelle fédérale constate qu'une norme n'est pas conforme à la Loi fondamentale, le législateur est tenu de mettre immédiatement la législation en conformité avec la Loi fondamentale. À cause de l'importance de l'écoulement du temps, spécialement en matière de régime légal de filiation, un délai est fixé au législateur jusqu'au 31 décembre 2003, afin qu'il adopte une nouvelle réglementation légale complémentaire. Dans la mesure où la norme a été déclarée non conforme à la Loi fondamentale, elle ne doit plus être appliquée ni par les tribunaux ni par les administrations (cf. *BVerfGE*, t. 82, p. 126 [p. 155]; t. 84, p. 168, [p. 187]).

⁽⁴⁾ À la date de mise sous presse du présent numéro des Cahiers du Conseil constitutionnel, cet arrêt n'a pas encore été publié au Recueil officiel.

⁽⁵⁾ NdT : juridiction comparable au tribunal d'instance en France.

⁽⁶⁾ NdT : juridiction comparable à la Cour de cassation en France.

⁽⁷⁾ NdT : juridiction comparable à la Cour d'appel en France.

V. Affaire relative au port du foulard

(Principes constitutionnels de la fonction publique, liberté religieuse, droits des parents et compétences législatives des Länder)

Arrêt de la Seconde Chambre du 24 septembre 2003. 2 BvR 1436/02 ⁽⁸⁾ Dispositif

[...]

1. L'arrêt de la Cour fédérale administrative du 4 juillet 2002 - BVerwG 2 C 21.01 -, l'arrêt de la Cour administrative de Bade-Wurtemberg du 26 juin 2001 - 4 S 1439/00 -, le jugement du tribunal administratif de Stuttgart du 24 mars 2000 - 15 K 532/99 -, ainsi que la décision administrative du 10 juillet 1998, dans la forme de la décision rendue sur une opposition du 3 février 1999, de l'inspection générale des écoles de Stuttgart - 1 P L., F./13 - portent atteinte aux droits que la requérante détient en vertu des dispositions combinées des articles 33, alinéa 2, 4, alinéas 1 et 2 et 33, alinéa 3 de la Loi fondamentale. L'arrêt de la Cour fédérale administrative est annulé. L'affaire est renvoyée devant la Cour fédérale administrative.

2. La République fédérale d'Allemagne et le Land de Bade-Wurtemberg doivent à parts égales rembourser à la requérante les frais occasionnés par la procédure du recours constitutionnel.

Motifs

A.

La requérante demande sa nomination à un poste d'enseignant dans le Land de Bade-Wurtemberg. Son recours constitutionnel est dirigé contre la décision de l'inspection générale des écoles de Stuttgart, confirmée par les tribunaux administratifs, refusant de la nommer, en tant

que fonctionnaire en période de probation, professeur des écoles primaires et des collèges au motif qu'il lui manquerait l'aptitude requise, suite à sa déclaration de vouloir porter un foulard, tant à l'école que pendant les cours.

I.

1. La requérante est née en 1972 à Kaboul (Afghanistan). Elle vit en Allemagne de manière ininterrompue depuis 1987 et a obtenu la nationalité allemande en 1995. Elle est de confession musulmane. Après avoir passé le premier examen d'État et fait le stage préparatoire, elle a été admise au second examen d'État pour les postes d'enseignant auprès des écoles primaires et des collèges, avec spécialisation pour les collèges. Ses matières de formation étaient l'allemand, l'anglais et l'instruction civique/l'économie.

2. La requête de la requérante demandant à être engagée dans le service scolaire des écoles primaires et des collèges du Land de Bade-Wurtemberg a été rejetée par l'inspection des écoles de Stuttgart au motif que la requérante ne possédait pas l'aptitude personnelle requise. Parmi les motifs de cette décision, l'inspection générale des écoles faisait mention du refus de la requérante de s'abstenir de porter un foulard pendant les cours, considérant que le foulard serait une manifestation de délimitation culturelle et ainsi un symbole non seulement religieux, mais également politique. L'effet objectif de non-intégration culturelle lié au port du foulard ne serait pas compatible avec l'exigence de la neutralité de l'État. [...]

5. Le tribunal administratif de Stuttgart a rejeté la plainte de la requérante et développé dans ses motifs la considération suivante : le port, pour des raisons religieuses, d'un foulard par un professeur constituerait un défaut d'aptitude au sens du § 11, alinéa 1 de la loi sur les fonctionnaires du Land de Bade-Wurtemberg (LBG). Le principe de neutralité de l'État et les droits des élèves et des parents seraient confrontés à la liberté de religion de la requérante. [...]

6. L'appel dirigé contre ce jugement a été rejeté par la Cour administrative de Bade-Wurtemberg. [...]

7. La Cour fédérale administrative a rejeté le pourvoi en cassation de la requérante, considérant qu'il serait correct de subordonner la nomination de la requérante à un poste de l'enseignement scolaire public à sa disposition d'ôter son foulard pendant les cours. [...]

B.

Le recours constitutionnel est recevable et fondé. Les décisions contestées violent les dispositions combinées des articles 33, alinéa 2, 4, alinéas 1 et 2 et 33, alinéa 3 de la Loi fondamentale.

Le port d'un foulard manifeste, dans le contexte de l'affaire à juger, l'appartenance de la requérante à la religion musulmane et son identification personnelle en tant que musulmane. Qualifier un tel comportement de manque d'aptitude pour le poste de professeur des écoles primaires et des collèges porte atteinte au droit de la requérante à l'égalité d'accès à toute fonction publique selon l'article 33, alinéa 2 GG ⁽⁹⁾ en rapport avec son droit à la liberté religieuse garanti par l'article 4, alinéas 1 et 2 GG, sans qu'il y ait actuellement pour cela un fondement légal nécessaire suffisamment précis. Ainsi, l'accès à une fonction publique a été refusé à la requérante de manière inadmissible au regard du droit constitutionnel.

I.

En général, le contrôle de constitutionnalité dans le cadre d'un recours constitutionnel dirigé contre une décision de justice se borne à l'examen de la question de savoir si les décisions contestées, dans l'interprétation et l'application du droit commun, sont basées sur une conception fondamentalement erronée de la signification et de la portée du droit fondamental revendiqué ou si elles sont arbitraires [cf. *Recueil BVerfGE* 18, 85 (93), jurisprudence constante]. Toutefois, dans la mesure où le tribunal dont la décision est contestée par le recours constitutionnel a lui-même directement interprété et appliqué des normes contenant des droits fondamentaux, il appartient à la Cour constitutionnelle fédérale de déterminer la portée et les limites des droits fondamentaux, ainsi que de constater si des droits fondamentaux ont été, conformément à leur étendue et à leur importance, pris en considération de manière suffisante au regard du droit constitutionnel. Ce qui est le cas ici. La Cour fédérale administrative, ainsi que les instances précédentes, ont fait d'une certaine interprétation de l'article 33, alinéa 2 GG en rapport avec l'article 4, alinéas 1 et 2 GG un fondement essentiel de leurs décisions. Conformément à sa fonction de préserver, de développer et de faire évoluer le droit constitutionnel, ainsi et surtout que de découvrir les différentes fonctions d'une norme contenant un droit fondamental [cf. *Recueil BVerfGE* 6, 55 (72); 7, 377 (410)], la Cour constitutionnelle fédérale n'est pas, en ce qui concerne ses rapports avec les tribunaux des différents ordres juridictionnels, limitée à l'examen de la question de savoir si ces derniers ont appliqué le droit constitutionnel de manière non arbitraire. Elle doit elle-même juger en dernier ressort de l'interprétation et de l'application du droit constitutionnel. [...]

2. L'obligation faite à un fonctionnaire de ne pas, en tant que professeur, rendre visible par le respect d'exigences religieuses relatives à la tenue vestimentaire, dans l'école et pendant les cours, son appartenance à une communauté religieuse, porte atteinte à la liberté religieuse individuelle garantie par l'article 4, alinéas 1 et 2 GG. Elle impose à la personne concernée le choix, soit d'exercer la fonction publique à laquelle elle aspire, soit de se conformer aux exigences vestimentaires imposées par la religion et considérées comme obligatoires par la personne en question. [...]
3. Il est également porté atteinte à l'article 33, alinéa 3 GG. Selon cette disposition, l'admission aux fonctions publiques est indépendante de la croyance religieuse (phrase 1); nul ne doit subir de préjudice du fait de son appartenance ou de sa non-appartenance à une religion ou à une opinion philosophique (phrase 2). [...]
4. a) Le port d'un foulard par la requérante, y compris à l'école, fait partie du domaine de la liberté religieuse, protégée et garantie par l'article 4, alinéas 1 et 2 GG. Selon les constatations des juridictions administratives, fondées sur les faits et non contestées pendant la procédure du recours constitutionnel, la requérante considère le port d'un foulard comme obligatoire pour elle selon les règles de sa religion. Le respect de ces exigences vestimentaires est pour elle une manifestation de sa foi religieuse. La question, controversée, de savoir si et dans quelle mesure le port d'un voile par les femmes est prescrit par les règles de la religion musulmane est sans importance ici. Bien que tout comportement d'une personne ne puisse être considéré comme manifestation de la liberté religieuse bénéficiant d'une protection spéciale en se basant uniquement sur l'appréciation subjective de la personne concernée, il ne doit pas être omis, lorsqu'il s'agit d'apprécier le comportement dont une personne déclare qu'il est la manifestation de sa liberté religieuse, de prendre en considération la conception que la communauté religieuse a d'elle-même [cf. *Recueil BVerfGE* 24, 236 (247s.)]. L'obligation pour les femmes de porter un foulard en public peut, eu égard à son contenu et à son apparence, être rattachée de manière suffisamment raisonnable, en tant que règle religieuse musulmane, au champ de protection couvert par l'article 4, alinéas 1 et 2 GG [cf. pour cette question également le *Recueil BVerfGE* 83, 341 (353)]. Les juridictions administratives ont procédé à cet examen d'une manière non critiquable au regard du droit constitutionnel.
- b) La présomption selon laquelle il manquerait à la requérante l'aptitude requise pour assumer les tâches de professeur des écoles primaires et des collèges, parce qu'elle désire, en opposition aux obligations existantes du service, porter à l'école et pendant les cours, un foulard manifestant son appartenance à la communauté religieuse musulmane, ainsi que le refus, basé sur cette présomption, de lui ouvrir l'accès à une fonction publique seraient compatibles avec l'article 4, alinéas 1 et 2 GG si des droits de valeur constitutionnelle s'opposaient à l'exercice envisagé de la liberté religieuse et si cette limitation apportée au libre exercice de la religion était fondée sur une base légale suffisamment précise. En l'espèce, outre l'obligation de l'État d'assurer l'enseignement public (art. 7, al. 1 GG) tout en respectant l'exigence de neutralité religieuse et philosophique, le droit des parents d'éduquer leurs enfants (art. 6, al. 2 GG), ainsi que la liberté religieuse négative des élèves (art. 4, al. 1 GG) mériteraient d'être pris en considération en tant que droits de valeur constitutionnelle entrant en conflit avec la liberté de religion.
- aa) Par ses articles 4, alinéa 1, 3, alinéa 3, phrase 1, 33, alinéa 3 GG, ainsi que par les dispositions combinées des articles 136, alinéa 1 et 4, 137, alinéa 1 de la Constitution de la République de Weimar et 140 GG, la Loi fondamentale impose à l'État en tant que foyer de tous les citoyens, la neutralité en matière philosophique et religieuse. Elle interdit l'instauration d'une quelconque forme juridique d'église d'État et elle prohibe de privilégier certaines confessions, ainsi que d'exclure des personnes de confessions différentes [cf. *Recueil BVerfGE* 19, 206 (216); 24, 236 (246); 33, 23 (28); 93, 1 (17)]. L'État doit observer une attitude conforme au principe d'égalité à l'égard des différentes communautés religieuses et philosophiques [cf. *Recueil BVerfGE* 19, 1 (8); 19, 206 (216); 24, 236 (246); 93, 1 (17)]. Il ne doit pas s'identifier à une communauté religieuse déterminée [cf. *Recueil BVerfGE* 30, 415 (422); 93, 1 (17)]. L'État libéral instauré par la Loi fondamentale se caractérise par son esprit d'ouverture à l'égard de la multitude des convictions philosophiques et religieuses. Il fonde cette attitude sur une conception de l'homme marquée par le principe de dignité humaine et le libre développement de la personnalité empreint de l'autonomie et de la responsabilité personnelles [cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (50)]. La neutralité dont l'État doit faire preuve en matière philosophique et religieuse ne doit toutefois pas être comprise dans le sens d'une séparation stricte de l'Église et de l'État, mais dans le sens d'une position ouverte et globale, favorisant de la même manière la liberté de religion de toutes les croyances. L'article 4, alinéas 1 et 2 GG impose aussi de manière positive d'assurer aux personnes la possibilité d'exercer leur foi et de réaliser leur personnalité autonome en matière philosophique et religieuse [cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (49); 93, 1 (16)]. L'État n'a pas le droit d'exercer une influence en faveur d'une conception politique, idéologique ou philosophique déterminée, ni de s'identifier, par des mesures provenant de lui ou se rattachant à lui, de façon explicite ou indubitable à une certaine croyance ou idée philosophique et ainsi de mettre lui-même en péril la paix religieuse dans une société [cf. *Recueil BVerfGE* 93, 1 (16 s.)]. Le principe de neutralité religieuse et philosophique de l'État lui interdit également d'apporter une appréciation relative à la foi et à la doctrine d'une communauté religieuse [cf. *Recueil BVerfGE* 33, 23 (29)].

Conformément à la conception existant jusqu'à présent relative au rapport entre l'État et la religion et telle qu'elle a trouvé son expression dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, ceci vaut tout spécialement aussi pour le domaine de l'école obligatoire, pris en charge

par l'État et pour lequel, de par sa nature même, des conceptions philosophiques et religieuses ont toujours eu un rôle important [cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (49); 52, 223 (241)]. Des références chrétiennes ne sont donc pas purement et simplement interdites dans l'organisation de l'école publique. Toutefois, l'école doit rester ouverte par rapport à d'autres conceptions et valeurs philosophiques et religieuses [cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (51); 52, 223 (236s.)]. C'est par cette ouverture d'esprit que l'État libéral, créé par la Loi fondamentale, préserve sa neutralité religieuse et philosophique [cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (50)]. En ce qui concerne les tensions, inévitables lorsque des enfants de religions et idées philosophiques différentes sont éduqués ensemble, il convient de trouver un arrangement (cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (63); 52, 223 (247, 251); 93, 1 (21ss.) (voir aussi *infra* sous dd), tout en tenant compte de l'obligation de tolérance en tant que manifestation de la dignité humaine (art. 1, al. 1 GG).

bb) L'article 6, alinéa 2, phrase 1 GG garantit aux parents le droit naturel d'élever et d'éduquer leurs enfants et inclut aussi, en rapport avec l'article 4, alinéa 1 GG, le droit d'éduquer leurs enfants en matière religieuse et philosophique. Il est donc en premier lieu de la compétence des parents de transmettre à leurs enfants les conceptions philosophiques et religieuses qu'ils considèrent justes [cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (44, 47 s.); 52, 223 (236); 93, 1 (17)]. [...]

cc) Finalement, la liberté de l'exercice de ses croyances, revendiquée par la requérante par le port d'un foulard à l'école et pendant les cours, et la liberté religieuse négative des élèves interfèrent. L'article 4, alinéas 1 et 2 GG, qui protège de manière égale tant la manifestation positive que négative de la liberté de religion, garantit aussi la liberté de ne pas assister à des actes culturels d'une croyance que l'on ne partage pas. Ceci vaut également pour les cultes et les symboles par lesquels une croyance ou une religion se manifeste. [...]

dd) La Loi fondamentale laisse aux Länder une grande autonomie en ce qui concerne l'organisation de l'école. L'article 7 GG vise également la large autonomie des Länder et, dans le cadre de leurs compétences en matière scolaire, l'organisation, libre en principe, de l'école obligatoire, y compris en ce qui concerne l'empreinte religieuse et philosophique des écoles publiques [cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (44 s.); 52, 223 (242s.)]. Il revient au législateur démocratique du Land d'apporter, tout en tenant compte du principe de tolérance, une solution à la tension, inévitable, entre d'une part, la liberté religieuse positive d'un professeur et d'autre part, l'obligation de l'État de rester neutre face aux religions et philosophies, le droit des parents d'éduquer leurs enfants, ainsi que la liberté religieuse négative des élèves. Il doit rechercher, par le processus public conduisant à une prise de décision, un compromis raisonnable pour tous. Dans sa législation, il doit s'orienter en tenant compte d'une part de ce que l'article 7 GG admet des influences philosophiques et religieuses à l'école, tout en respectant le droit des parents d'éduquer leurs enfants, et que d'autre part, l'article 4 GG impose lors d'un choix en faveur d'une certaine forme d'organisation de l'école, d'éviter le plus possible des contraintes philosophiques et religieuses. Les normes sont à observer ensemble et il faut harmoniser leur interprétation et leur champ d'application. Ceci implique que les différents Länder peuvent trouver des solutions différentes, car, pour aboutir au compromis recherché, les traditions scolaires, la composition religieuse de la population et les degrés plus ou moins forts de l'enracinement de la religion dans les différents Länder peuvent être pris en considération [cf. *Recueil BVerfGE* 41, 29 (50 s.); 93, 1 (22 s.)]. [...]

5. Le fait, pour des professeurs, d'introduire des références religieuses ou philosophiques à l'école et pendant les cours peut porter atteinte à l'obligation de l'État d'assurer l'enseignement public de manière neutre, au droit des parents d'éduquer leurs enfants, ainsi qu'à la liberté religieuse négative des élèves. Ce comportement ouvre au moins la possibilité d'exercer une influence sur les élèves et peut provoquer des conflits avec les parents qui conduiraient à des troubles de la paix scolaire et mettraient en danger l'accomplissement de la fonction éducative de l'école. La tenue vestimentaire de professeurs, motivée par la religion et devant être interprétée comme manifestation d'une certaine croyance religieuse, peut produire ces effets. Toutefois, il s'agit ici de dangers d'un caractère abstrait. Si la simple possibilité d'une menace ou d'un conflit résultant de la manière de se présenter d'un professeur, et non pas seulement un comportement concret se présentant comme tentative d'influencer voire d'endoctriner les élèves placés sous la responsabilité du professeur, doit être considérée comme une violation des obligations du fonctionnaire ou comme un manque d'aptitude empêchant la nomination en tant que fonctionnaire, cela suppose une base légale suffisamment déterminée qui l'autorise, car il s'agit alors d'une restriction du droit fondamental garanti sans réserve par l'article 4, alinéas 1 et 2 GG. Cette base légale fait défaut en l'espèce.

a) Lorsqu'il s'agit de trancher la question de savoir si une certaine tenue vestimentaire ou d'autres signes distinctifs exprime une conception philosophique ou religieuse comme le fait un symbole, il faut prendre en considération tant l'effet du moyen d'expression utilisé que toutes les possibilités d'interprétation de ce moyen. Contrairement à la croix chrétienne [cf. *Recueil BVerfGE* 31, 1 (19 s.)], le foulard n'est pas en lui-même un symbole religieux. Ce n'est qu'en relation avec la personne qui le porte, ainsi qu'avec le comportement de celle-ci que le foulard peut avoir les mêmes effets. Le foulard porté par les musulmanes est perçu comme l'expression d'opinions et de valeurs très différentes. [...]

b) À l'égard de l'effet de moyens d'expression religieuse, il convient de distinguer entre le cas où le signe en question est utilisé sur incitation de l'administration scolaire et celui où il est utilisé individuellement par un professeur suite à un choix personnel et pouvant ainsi revendiquer le

droit individuel découlant de l'article 4, alinéas 1 et 2 GG. [...]

c) La présomption de manquement aux obligations du service à cause de la crainte d'une influence déterminante sur l'orientation religieuse des élèves résultant du foulard de la requérante, ne peut être basée sur des fondements empiriques suffisants. [...]

d) Il manque en tous les cas une base légale suffisamment déterminée pour refuser, à cause du refus de la requérante d'enlever son foulard à l'école et pendant les cours, sa nomination pour défaut d'aptitude. [...]

6. Il est toutefois loisible au législateur compétent du Land de créer la base légale faisant défaut jusqu'à présent. Celui-ci peut, par exemple, tout en respectant les exigences constitutionnelles, redéfinir le degré de référence religieuse tolérable au sein de l'école. En procédant ainsi, il doit suffisamment tenir compte à la fois de la liberté religieuse des professeurs et des élèves concernés, du droit des parents d'éduquer leurs enfants et de l'obligation de l'État de faire preuve de neutralité en matière philosophique et religieuse.

a) La Cour fédérale administrative a souligné entre autres dans sa décision contestée que le principe de neutralité de l'État gagnait de plus en plus d'importance eu égard à la diversification culturelle et religieuse croissante, accompagnée en même temps d'une proportion de plus en plus grande d'élèves sans confession. De plus, elle a souligné que ce principe ne devrait pas être assoupli au motif que la diversité culturelle, ethnique et religieuse en Allemagne marquerait aussi aujourd'hui la vie scolaire. Lors de l'audience orale, le représentant de l'inspection générale de Stuttgart, le professeur Dr. F. Kirchhof, a également remarqué qu'eu égard aux conditions changées, le devoir de neutralité philosophique et religieuse de l'État dans le secteur scolaire devait désormais être appliqué plus strictement.

Le changement au sein de la société lié à la pluralité religieuse croissante peut donner lieu à une redéfinition du degré de référence religieuse tolérable au sein de l'école. D'une réglementation légale ayant un tel but peuvent ainsi découler des concrétisations des devoirs des professeurs, y compris quant à leur apparence extérieure, si cette dernière rend visible leur attachement à certaines conceptions philosophiques ou religieuses. Ainsi, tout en respectant les exigences constitutionnelles, une limitation par voie légale de la liberté de religion est envisageable. Lorsqu'il est dès le départ prévisible qu'un candidat ne respectera pas de telles règles de comportement, ceci pourra être considéré comme manque d'aptitude requise. [...]

b) Il ne revient pas au pouvoir exécutif de trancher la question de savoir comment il convient de réagir face aux conditions changées, notamment en ce qui concerne le type de règles devant être adoptées quant à la tenue vestimentaires des professeurs et toute autre forme d'apparition face aux élèves, afin de concrétiser leurs devoirs de service et de préserver la paix religieuse, et donc, de déterminer quelles conditions sont requises pour exercer la fonction de professeur. Cela nécessite une réglementation adoptée par le législateur du Land et bénéficiant de la légitimité démocratique. En ce qui concerne l'appréciation des évolutions concrètes, dont dépend la question de savoir si des droits fondamentaux opposés des élèves ou des parents ou d'autres valeurs constitutionnelles justifient une telle réglementation obligeant les professeurs de toutes les confessions à n'utiliser des marques à connotation religieuse qu'avec extrême retenue, il n'appartient qu'au seul législateur d'y procéder, les administrations et les tribunaux ne pouvant avoir recours à cette prérogative [cf. *Recueil BVerfGE* 50, 290 (332s.); 99, 367 (389s.)].

La présomption selon laquelle l'interdiction du port d'un foulard dans les écoles publiques peut constituer, en tant qu'élément d'une décision du législateur relative aux rapports entre l'État et la religion dans le domaine scolaire, une restriction admissible de la liberté de religion est également conforme à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (cf. décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, *N/W* 2001, p. 2871ss.). [...]

III.

Aussi longtemps qu'il n'y a pas de base légale dont il résulte de manière suffisamment précise qu'il existe un devoir de service pour les professeurs des écoles primaires et des collèges de s'abstenir d'utiliser à l'école et pendant les cours des signes distinctifs de leur religion, la présomption que la requérante ne remplit pas les conditions d'aptitude requises n'est pas, selon le droit actuellement en vigueur, conforme aux dispositions combinées des articles 33, alinéa 2, 4, alinéas 1 et 2 et 33, alinéa 3 GG. Les décisions contestées par le recours constitutionnel portent donc atteinte aux droits de la requérante garantis par ces normes. L'arrêt de la Cour fédérale administrative doit être annulé et l'affaire renvoyée devant la Cour fédérale administrative (§ 95, al. 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale).

La décision relative au remboursement des frais occasionnés par la procédure est fondée sur le § 34a, alinéa 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

C.

Opinion dissidente [extraits] des juges Jentsch, Di Fabio et Mellinghoff relative à l'arrêt de la seconde Chambre du 24 septembre 2003 - 2 BvR 1436/02

La majorité de la Chambre présume que certains devoirs de service d'un fonctionnaire ne sauraient être fondés que sur une loi parlementaire s'ils sont relatifs à la liberté philosophique et religieuse du fonctionnaire. Ce point de vue n'a jusqu'à présent été défendu ni par la jurisprudence, ni par la doctrine scientifique, ni par la requérante elle-même. En adoptant cette conception, non seulement la question constitutionnelle de principe posée à la Cour et relative à la neutralité de l'État dans le domaine de l'instruction et de l'éducation reste sans réponse, mais en plus, cela conduit à une pondération erronée, et non prévue par la Loi fondamentale, dans le système de séparation des pouvoirs et dans la conception de la portée des droits fondamentaux en ce qui concerne l'accès aux postes publics. La décision fait fi de la volonté manifestée expressément par le Landtag de Bade-Wurtemberg de ne pas adopter de loi formelle à l'occasion du cas de la requérante. De plus, elle laisse la représentation populaire dans le doute quant aux modalités pour adopter une réglementation conforme à la Constitution. Finalement, la majorité du Sénat ne laisse pas au législateur du Land la possibilité de s'adapter à la nouvelle situation constitutionnelle supposée par elle, et elle omet de dire aux tribunaux et à l'administration comment procéder jusqu'à l'adoption d'une loi du Land en la matière.

I.

La majorité de la Chambre présume à tort une atteinte grave à la liberté philosophique et religieuse de la requérante pour justifier une restriction à ce droit uniquement par voie législative. Elle méconnaît ainsi la limitation fonctionnelle de la protection des droits fondamentaux en ce qui concerne les fonctionnaires. Dans le cas de l'accès à une fonction publique, il n'y a pas de situation ouverte de pondération entre des normes de valeur égale protégeant des biens différents. À l'école, le rapport juridique déterminant pour la réalisation des droits fondamentaux est marqué d'abord par la protection des droits fondamentaux des élèves et des parents. [...]

II.

Le devoir de neutralité des fonctionnaires résulte de la Constitution elle-même et ne nécessite pas de base supplémentaire dans le droit d'un Land. Le fonctionnaire qui, par son comportement général, ne donne pas de garantie en faveur d'un exercice de sa fonction neutre et adapté aux circonstances actuelles du service, n'est pas apte au sens de l'article 33, alinéa 2 GG à exercer une telle fonction [cf. *Recueil BVerfGE* 92, 140 (151); 96, 189 (197)].

Les motifs de la décision soutenus par la majorité de la Chambre ouvrent largement le droit de la fonction publique au droit à la liberté garanti par les droits fondamentaux, sans prendre suffisamment en compte la règle posée à l'article 33 GG. Pour cette raison, ils ne sont pas conciliables avec les affirmations de principe contenues dans la Constitution et relatives au rapport entre la société et l'État. Est notamment méconnu le rôle de la fonction publique dans la réalisation de la volonté démocratique. [...]

III.

Un professeur auprès d'une école primaire ou d'un collège viole ses devoirs de service lorsqu'il utilise pendant les cours des symboles vestimentaires qui, objectivement, sont susceptibles de causer obstacle au bon fonctionnement de l'école, voire d'engendrer des conflits significatifs au regard des droits fondamentaux dans les rapports au sein de l'école. Le port du foulard sans compromis pendant les cours, revendiqué par la requérante, n'est pas conciliable avec le devoir de neutralité et de modération incombant à un fonctionnaire. [...]

IV.

La majorité de la Chambre étend le champ d'application des restrictions aux droits fondamentaux admissibles uniquement par voie législative à un domaine qui n'est pratiquement pas accessible à une réglementation législative et ce, à cause de la dépendance importante des circonstances de chaque cas concret, ainsi que des obligations constitutionnelles existantes [cf. *Recueil BVerfGE* 105, 279 (304)]. [...]

(1) NDLR : Les décisions reproduites partiellement ont été choisies de concert par le président de la Cour constitutionnelle fédérale et le professeur Michel Fromont (à l'exception de la cinquième qui a été ajoutée en raison de son actualité). Les extraits, qui ne rendent qu'imparfaitement compte des décisions dont la plupart ont plus de cinquante pages, sont le résultat de coupures effectuées par le professeur

Michel Fromont ; il a également proposé des titres en vue de faciliter leur lecture. Ils ont été traduits par M. Olivier Joop.

(2) NdT : juridiction comparable au tribunal de grande instance en France.

(3) NdT : le Landgericht est une juridiction comparable au tribunal de grande instance en France. En Allemagne, la cour d'assises est composée de trois juges professionnels et de deux jurés.

(8) À la date de mise sous presse du présent numéro des Cahiers du Conseil constitutionnel, cet arrêt n'a pas encore été publié au Recueil officiel.

(9) NdT : GG est l'abréviation pour « Grundgesetz » (Loi fondamentale).