

Sonderdruck aus:

Brücken für die Rechtsvergleichung

Festschrift für Hans G. Leser
zum 70. Geburtstag

herausgegeben von

Olaf Werner, Peter Häberle,
Zentaro Kitagawa, Ingo Saenger

Mohr Siebeck

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich

La loi allemande relative aux documents de la STASI
– entre protection de la personnalité
et liberté de la presse*

GEORGIOS GOUNALAKIS

Le poète le plus révélateur de la littérature allemande, *Johann Wolfgang von Goethe*, avait déjà discerné la problématique du poids du passé et l'avait décrit dans le recueil de poèmes «Les Xénies»¹:

«Nichts ist zarter als die Vergangenheit, Rühre sie an wie ein glühend Eisen: Denn sie wird dir sogleich beweisen Du lebest auch in heißer Zeit.»	»Rien n'est plus fragile que le passé; Manie-le comme un fer ardent: Car il te prouvera incessamment Que tu vécus des temps plus animés.»
--	--

L'héritage extrêmement explosif qu'a laissé le Ministère de la Sûreté de l'Etat de l'ex-RDA – après la réunification des deux Etats allemands – a prématurément mené l'Allemagne unifiée à constater que le maniement des «documents en fer ardent de la STASI»², qui ont été créés dans l'Etat de contrôle de la RDA et qui contiennent des informations personnelles étendues rassemblées pendant des décennies par le travail d'espionnage de collaborateurs officiels (env. 90 000 personnes) et non-officiels (env. 150 000 personnes) du Ministère de la STASI, nécessitait une réglementation

* Je remercie Mme Anne-Isabelle CADOR et Mme Helgard RÉMY de leur aide à l'établissement de la version française.

¹ *Goethe*, *Zahme Xénies*, 1821, 3ème série, vers 25.

² Si l'on plaçait ces documents bout à bout, il en résulterait une longueur totale d'environ 202 km. Cette collection de documents comporte des renseignements sur 6 millions d'Allemands de l'Est et de l'Ouest; Sur chaque individu ces documents contiennent de 50 000 à 80 000 détails d'informations, cf. *Stoltenberg*, *DiZ* 1992, p. 65. Les documents n'ont pas encore été complètement examinés.

tion législative. L'unanimité s'est aussi faite sur l'idée que l'utilisation des documents de la STASI supposerait nécessairement que le législateur apporte une restriction aux libertés publiques contenues dans la loi fondamentale et ce, du fait du caractère illégitime de l'obtention de la plupart des informations ainsi que du danger continué pesant sur les droits de la personnalité des personnes concernées par ces documents. Le législateur de la RDA avait déjà – eu égard à cette situation – mis en place une loi de la Chambre du peuple³ dans laquelle l'usage des documents de la STASI se trouvait réglementé. De même, dans le traité de réunification des deux Etats allemands et dans la convention prévoyant l'application et l'interprétation de ce traité⁴, une réglementation du législateur commun dans ce domaine sensible de l'utilisation des documents de la STASI était expressément prévue.

Le résultat en fut rapidement – en 1991 – présenté avec la loi portant sur les documents de la STASI⁵. Sa période d'élaboration fut en réalité accompagnée de critiques émanant du milieu de la presse: il y était question de «pré-censure inacceptable», de «muselière pour la presse» et de «limitation de la liberté de la presse aux conséquences les plus graves depuis la fondation de la RFA». Il était aussi question de «secret d'Etat de la STASI» ainsi que de savoir «si l'histoire de l'injustice» – avec l'aide d'une grande coalition de camoufleurs – devait être dissimulée⁶. Ce concert de récriminations conduisit à des changements importants au cours de la procédure de législation. Mais même après cela, les voix critiques ne cessèrent pas de se faire entendre: des reproches importants ont subsisté, des exigences se sont rajoutées concernant la clôture de la commission dite Gauck qui fut chargée de la gestion des documents. Le législateur a réagi partiellement à la critique et a adopté en 1994 deux lois portant ré-

³ Loi de la Chambre du peuple sur la sauvegarde et l'utilisation des informations personnelles du Ministère pour la Sûreté de l'Etat du 24 août 1990 GBl. I, p. 1419.

⁴ Convention portant sur l'application et l'interprétation du traité de réunification du 18 septembre 1990, BGBl II, 1990, p. 1239.

⁵ Loi du 20 décembre 1991, BGBl. I, 1991, p. 2272. Cf. à ce propos: *Gounalakis/Vollmann*, *AfP* 1992, p. 36 et s.; *des mêmes auteurs*, *DiZ* 1992, p. 77 et s.; *Bork*, *ZIP* 1992, p. 90 et s.; *Eberle*, *DiZ* 1992, p. 263 et s.; *Schuppert*, *AfP* 1992, p. 105 et s.; *Staff*, *ZRP* 1992, p. 462 et s.; *du même auteur*, *ZRP* 1993, p. 46 et s.; *Stoltenberg*, *DiZ* 1992, p. 241 et s.; *du même auteur*, *Loi sur les documents de la STASI*, *Commentaire*, 1992; *Weichert*, *ZRP* 1992, p. 241 et s.; *Weberling*, *Loi sur les documents de la STASI*, *Commentaire*, 1993; *Schmidt/Dörr*, *Loi sur les documents de la STASI*, *Commentaire*, 1993.

⁶ Cf. «Der Spiegel» n° 45 de novembre 1991, p. 24.

forme de la loi sur les documents de la STASI.⁷ Toutes ces raisons conduisent à se consacrer au conflit central ancré dans la loi entre la protection des droits de la personnalité des personnes concernées et la liberté de la presse.

En remarque préliminaire, il faut noter que la loi est à *saluer* dans les objectifs qu'elle fixe car cette documentation explosive et en partie compromettante devrait rester dissimulée le plus possible, c'est-à-dire être en tout premier lieu mise à la disposition des personnes concernées et seulement trouver une place dans la discussion publique dans les cas qui peuvent toucher le public.

Par contre, en ce qui concerne ses modalités d'application concrètes, elle est à *rejeter* essentiellement pour deux raisons:

1. La loi est entachée de lourdes lacunes dans son processus de formation; ainsi, elle se vide considérablement par le fait que le domaine essentiel relatif aux *documents vagabonds* n'a pour une grande part pas été inclus dans le champ d'application de la loi.

2. La loi contient des prises de position directrices qui sont en porte-à-faux par rapport à la Constitution au préjudice de la liberté de la presse et à l'avantage de la protection des droits de la personnalité; cette remarque vaut tout particulièrement pour les restrictions d'accès et les interdictions de publicité relatives aux documents de la STASI contenant des éléments d'information sur les personnages de l'histoire contemporaine, les détenteurs de fonctions publiques ou politiques, c'est-à-dire les personnes ayant une vie publique prééminente.

Ce point de conflit contenu dans la loi est à traiter dans les développements qui suivent en trois temps: dans un premier temps devront être présentées les alternatives devant lesquelles se trouvait le législateur et l'objectif retenu dans la loi (I., II.), dans un deuxième temps, en décrivant le compromis opéré par le législateur, le conflit primordial entre protection des droits de la personnalité et liberté de la presse devra être étudié (III.) et dans un troisième temps, il faudra apprécier les conséquences de ce conflit au regard du droit constitutionnel (IV., V.).

⁷ La loi portant réforme de la loi sur les documents de la STASI du 22 février 1994, BGBl. I, 1994, p. 334 et la deuxième loi portant réforme de la loi sur les documents de la STASI du 26 juillet 1994, BGBl. I, 1994, p. 1748. Cf. *Stoltenberg*, DrZ 1994, p. 386 et s.

I. Quelles alternatives s'offraient au législateur?

Trois solutions⁸ s'offraient au choix du législateur:

1. La «*solution-destruction*», c'est-à-dire l'incinération des documents de la STASI, afin de «laisser de côté des cadeaux empoisonnés dont la mise en circulation ne pourrait entraîner qu'une situation malsaine». Une telle proposition d'oubli a été faite par *Quaritsch*⁹ comme étant une règle ayant fait ses preuves depuis des millénaires.

2. La «*solution-archive*», c'est-à-dire la remise des dossiers de la STASI aux Archives fédérales avec pour conséquence une interdiction temporaire d'accès à ces dossiers. Comme exemple, on peut citer les documents nazis gardés secrets dans le Berlin-Document-Center.

et 3. La «*solution-ouverture*» avec un accès juridiquement réglementé aux dossiers et avec le souci d'opérer un équilibre entre les intérêts du public et la protection des droits de la personnalité.

Le législateur a opté pour la «*solution-ouverture*» et ainsi pour une mise au jour, décision que je tiens pour bonne. Pour un «phénomène comparable au cancer» tel que celui de la STASI, il me semble qu'une tactique de refoulement quelle qu'elle soit serait mauvaise, parce que le problème du passé ne serait pas réglé mais serait seulement remis aux générations suivantes. La mise en circulation doit, comme l'a formulé *Pitchas*¹⁰, être comprise comme un mécanisme d'éducation sociale, qui nous apprend à manoeuvrer avec les expériences et à les appréhender comme une «dimension sociale de l'état de droit». La mise en circulation correspond aussi à une reconnaissance de soi et un retour historique sur soi, elle ne correspond précisément pas à un passage dénué de réflexion vers le mode de vie du monde occidental des affaires.

⁸ Sur ce point, *Simittis*, *Datenschutz und Stasi-Unterlagen, verdrängen oder bewältigen?* (Protection des données et documents de la STASI, supprimer ou exploiter?) dans: *Starzacher/Hassemer* (sous la direction de), *Datenschutz und Stasi-Unterlagen* (Protection des données et documents de la STASI), 1993, p. 30 et s.

⁹ *Quaritsch*, VVDStRL 51, p. 130, 131; de même *Bruce Ackermann* dans: *Starzacher/Hassemer*, p. 44, 47.

¹⁰ *Pitchas*, VVDStRL 51, p. 150 et s.

II. L'esprit de la loi sur les documents de la STASI

Par l'étude des objectifs de la loi, on constate que par la prise en compte du mode de création de ces documents et de leur potentiel de risque, *les droits et la protection des personnes concernées ont été mis au premier plan.*

Ainsi, dès le § 1er de la StUG (loi sur les documents de la STASI), les personnes concernées sont visées:

«La présente loi régleme le recensement, la mise en exploitation, l'administration et l'utilisation des documents du Ministère pour la Sûreté de l'Etat..., aux fins de

1. permettre au particulier l'accès aux informations accumulées sur sa personne par les services de la Sûreté de l'Etat, afin qu'il puisse clarifier la prise d'influence des services de la Sûreté de l'Etat sur son destin personnel,

2. protéger le particulier contre le fait qu'il puisse être lésé dans ses droits de la personnalité par le biais de la mise en circulation des informations accumulées sur sa personne par les services de la Sûreté de l'Etat.»

Cependant, il ne s'agit pas ici seulement du droit de consultation des personnes concernées et de la protection de leurs droits de la personnalité, mais il s'agit aussi de la *mise en circulation* prise dans son ensemble et exigée par le traité de réunification. Il en résulte que la loi se voit aussi attribuer les objectifs suivants dans son § 1er:

«3. garantir et promouvoir la mise au jour sur le plan historique, politique et juridique des activités des services de la Sûreté de l'Etat de même que

4. mettre à la disposition des autorités publiques ou privées les informations nécessaires à la réalisation des objectifs nommés dans la présente loi.»

La loi sur les documents de la STASI n'est donc pas un outil mis exclusivement à la disposition de la protection des victimes: elle n'est pas de manière unidimensionnelle conçue pour la protection des personnes concernées, mais elle est davantage caractérisée par la *pluralité des objectifs*, objectifs qui ont tendance à entrer en conflit l'un avec l'autre.

Pour l'appréciation juridique de la loi, la question de savoir si le législateur a réussi à coordonner ces buts différents entre eux et à assurer l'équilibre entre les différents intérêts, est en conséquence primordiale. Mon opinion est que cet objectif n'a pas été atteint.

Dans l'appréciation juridique de la loi, la question de savoir si le légis-

III. Le contenu essentiel de la loi sur les documents de la STASI et le conflit de la protection des droits de la personne d'une part et la liberté de la presse d'autre part

Le législateur a cherché à réaliser ces objectifs déjà formulés par le fait qu'afin d'assurer l'administration et la sauvegarde de ces documents, le législateur a mis les dossiers de la STASI entre les mains de la commission fédérale chargée des documents de la STASI, la Commission dite *Gauck*, liée par la mise en place d'obligations spécifiques de publication et de notification. Il a tenté d'assurer l'accès aux dossiers (solution-ouverture) par d'une part l'établissement de droits à l'information, à la consultation et à la publicité pour les personnes concernées et d'autre part l'établissement de droits d'accès particuliers pour la presse et les autorités chargées des poursuites pénales, et ceci avec un système de protection par le biais de sanctions administratives (*Ordnungswidrigkeitenschutz*) et de sanctions pénales.

Le conflit entre les droits de la personnalité des personnes concernées et la liberté de la presse est immanent à la loi même, ainsi bien pour ce qui est de la fourniture que pour la publication d'informations sorties des documents de la STASI et contenant des données sur des personnes privées.

1. Description du conflit

Les *personnes concernées* veulent tout naturellement se protéger contre les atteintes qui pourraient être portées à leur droit de disposer librement d'eux-mêmes et à leur sphère privée ou intime. Elles veulent savoir ce qui a été rassemblé sur elles. Elles ne veulent pas que la documentation compromettante recueillie sur elles devienne publique. Le législateur a tenu compte outre mesure de ces intérêts:

Tous les documents des services de la Sûreté de l'Etat sont mis sous l'administration centrale de la commission fédérale où ils doivent être rassemblés et intégralement recensés. Pour assurer cela, les personnes physiques, des services publics ou non tels que la presse sont tenus par le § 7, I et II de la StUG d'*avertir* immédiatement à la Commission fédérale qu'ils ont en leur possession des documents de la STASI. Si la Commission exige les documents, les agents débiteurs de l'obligation d'avertissement sont tenus, selon les §§ 8 et 9 de la StUG, de *restituer* les documents de la STASI avec l'ensemble des copies et autres duplicatas.

Pour rendre possible l'accès individuel aux informations rassemblées sur l'individu concerné, des droits d'étendue variable à l'information et à la consultation sont prévus (§§ 13 et suivants).

À l'inverse des personnes visées par ces documents, la *presse* veut – ce qui est sa fonction – contribuer à ce que le passé soit publiquement révélé. En réalité, le législateur a, à mon avis, insuffisamment donné suite à cet intérêt.

Dans les §§ 32 à 34 de la StUG, l'accès aux documents et leur publication sont régis par des objectifs de *mise au jour* politique et historique des activités des services de la Sûreté de l'Etat de même que des objectifs d'éducation politique. L'accès est expressément permis aux médias aussi (§ 34 de la StUG). Mais cet accès est seulement permis de manière très restrictive:

La loi, dans son § 6, distingue entre les individus concernés et les tiers (les *victimes*) et les collaborateurs ou autrement dit ceux qui en profitaient (les *auteurs*). Les «documents des victimes» avec des informations personnelles (§ 6 IX 2 de la StUG) ne peuvent en principe être rendues accessibles, sauf que la victime le souhaite. Les «documents des auteurs» avec ce même type d'informations sont seulement accessibles si cela ne lèse pas d'intérêt essentiel digne de protection des personnes visées. A cela s'ajoute que la Commission *Gauck* a seule en son pouvoir de constater pour chaque information si les personnes sont victimes ou auteurs (§ 6 VIII de la StUG).

Pour le travail de la presse et pour la publicité, cette question de qualification est justement d'un grand intérêt, c'est-à-dire la question de savoir si X ou Y étaient collaborateurs ou tiraient profit des activités de la STASI, et donc de savoir si cette personne est impliquée ou non. Pour ce travail d'appréciation, pour ce journalisme d'enquête, il n'y a pas de droit d'accès correspondant. Les rapports de presse publiés jusqu'ici – comme *les affaires Stolpe* ou *de Maiziere* – ne résultent pas d'ailleurs d'informations acquises par «la voie administrative», mais de *dossiers dits vagabonds*, que des intermédiaires – en général sous la forme de photocopies – apportent sur le marché et dont les agissements laissent la loi sur les documents de la STASI sans réponse.

Si l'on tire un *bilan intermédiaire*, la protection des personnes concernées est assurée presque sans lacune, tandis que le droit de la presse à participer dans le processus de mise à découvert du passé est seulement partiellement ouvert.

Si la presse souhaite accéder à des informations provenant de dossiers de la STASI, elle est mise devant *deux* voies ayant chacune une valeur ju-

ridique différente: d'un côté par la voie indiquée par la loi sur les documents de la STASI, c'est-à-dire la voie administrative prévue au § 32, et de l'autre côté par la voie des intermédiaires.

2. Les informations acquises hors du champ de la StUG: les dossiers vagabonds

L'appréciation juridique de l'obtention et de la publication d'informations provenant des dossiers de la STASI qui sont parvenues à la presse par des intermédiaires (mot-clé: les dossiers vagabonds), ne s'accomplit que partiellement à partir de la loi sur les documents de la STASI: c'est-à-dire seulement s'il s'agit en vertu du § 6 I de la StUG de documents, copies, transcriptions manuscrites, et duplicata protégés. Il ne s'agit que de ceux qui ont été créés par les services de la Sûreté de l'Etat, ont été en leur possession ou leur ont été laissés pour qu'ils en fassent usage.

Les copies que préparent les intermédiaires (voire la presse elle-même), c'est-à-dire les dossiers vagabonds de la STASI d'importance primordiale et qui régissent la discussion publique dans de nombreux cas ne sont en majorité pas pris en considération par la loi. Le législateur a ici visiblement laissé passer une lacune.¹¹

Il est vrai que le législateur a essayé avec la deuxième loi modificative de la loi sur les documents de la STASI de prendre en compte les dossiers vagabonds en modifiant les dispositions des §§ 7 I, III et 42 I. Mais ces modifications ont une portée trop insuffisante parce que la définition légale valant pour l'ensemble de la loi des «dossiers des services de la Sûreté de l'Etat» du § 6 I de la StUG est restée inchangée.¹²

Ainsi, à mon avis, – sans vouloir procéder par analogie douteuse – les principes généraux de droit civil s'appliquent dans ce cas:

En cas d'acquisition illicite, celui sur lequel des informations ont été diffusées de manière illicite – du fait de la violation de ses droits généraux de la personnalité qui en résulte – a des actions pouvant imposer des obligations de ne pas procéder à la diffusion ou de la retirer et une action en dommages-intérêts à l'encontre de l'intermédiaire (§§ 823 I, II BGB en combinaison avec la StUG, § 1004 BGB).¹³ Si des collaborateurs non officiels (IM's) ou des collaborateurs officiels (OM's) diffusent leur «con-

¹¹ Comparer *Eberle*, DtZ 1992, p. 264.

¹² Comparer aussi *Stoltenberg*, DtZ 1994, p. 386, 390.

¹³ Voir *Bork*, ZIP 1992, p. 90 et s.

naissance intérieure» acquise de manière illicite, les droits généraux de la personnalité de la personne sur laquelle l'information est donnée sont violés. A l'encontre de la presse, une action n'est possible que si elle a agi de manière illicite, c'est-à-dire si elle a elle-même contribué à l'acte, par exemple si elle l'a provoqué (§ 830 II BGB).

L'autorisation de *publication* dépend de ce que les informations sont véridiques, de ce qu'elles ont été obtenues de manière licite ou illicite et de ce qu'il pourrait être rapporté sur une personne ayant un rôle dans la vie publique. Si l'information est véridique, la publication d'informations ayant trait à la sphère de la vie privée n'est pas pour autant en principe autorisée. Dans le cas d'informations obtenus de manière illicite, il n'y a pas d'interdiction générale d'exploitation, mais la possibilité d'une autorisation doit être étudiée au cas par cas au moyen d'un examen des intérêts. En tout état de cause, la publication est alors possible quand l'information a une valeur de publicité particulièrement grande, soit lorsqu'apparaît qu'elle a une importance essentielle pour le public.

Si la collaboration à la STASI ne peut être prouvée, la presse n'a pas alors le droit à la diffusion, parce que sinon elle remplirait généralement les éléments constitutifs de la diffamation (§ 193 StGB) à moins qu'elle n'ait agi dans le sens de la reconnaissance d'intérêts justifiés (§ 193 StGB) et a obéi au devoir journalistique de diligence, en donnant par exemple à la personne concernée dans le cas de graves allégations la possibilité – avant toute publication – de prendre position.

Ainsi en est-il des dossiers vagabonds non protégés par la loi.

3. Les informations se trouvant dans le domaine d'application de la StUG

La situation juridique des *dossiers de la STASI protégés* par le § 6 I de la loi est différente, c'est-à-dire pour les dossiers qui ont été formés dans le cadre des services de la Sûreté de l'Etat. Un droit d'accès et d'usage n'est accordé qu'autant que la loi l'autorise et le réglemente.

Si la presse veut obtenir des informations protégées, elle doit passer par la voie législativement prévue, c'est-à-dire elle doit présenter une demande de communication, à laquelle – à l'heure actuelle – en général il lui est répondu après environ quatre semaines. Mais même dans le cas où elle a pu obtenir par des intermédiaires des documents protégés, des barrières juridiques lui sont imposées, si elle veut conserver et exploiter ces informations.

a) Obtention de l'information

aa. Ainsi, la presse est tenue selon le § 7 al. 3 et 9 de la StUG, d'informer immédiatement la Commission qu'elle détient des documents de la STASI (au sens du § 6 I et II de la StUG) et doit *restituer* sur l'injonction de la Commission ces documents, ainsi que les copies et autres duplicata, à moins qu'elle n'ait acquis la propriété de ceux-ci. Cette obligation est assortie d'une amende par le § 45 de la StUG. La presse doit donc restituer l'ensemble des documents de la STASI qu'elle détient et non pas seulement ceux contenant des informations personnelles. Elle n'a pas le droit de garder des copies, pour éventuellement publier les informations sous une forme anonyme (§ 9 II).

bb. En ce qui concerne l'*obtention* de l'information, la presse est limitée dans l'accès aux documents par le § 32 I de la StUG. Selon les N° 1 et 2 de la loi, elle n'a en principe de droit que sur les documents rendus anonymes. Les informations concernant des personnes en particulier lui sont cependant autorisées, soit: *premièrement*, celles qui concernent des personnes jouant un rôle dans l'histoire actuelle, des détenteurs de fonctions politiques, des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions (pour autant qu'il s'agisse «d'auteurs»), *deuxièmement* les informations qui concernent les collaborateurs officiels ou non officiels – ayant atteints la majorité à l'époque des faits – ainsi que celles qui concernent les personnes ayant tiré profit des activités de la STASI, à moins que des intérêts essentiels dignes de protection des personnes susmentionnées ne soient lésés. Sur toutes les autres personnes, les informations ne sont autorisées que si elles y ont consenti par écrit (N° 4). Si ces conditions sont remplies, la presse a un droit à la consultation des documents (§§ 34 I, 33 I de la StUG) ainsi qu'un droit à la communication de duplicata (§§ 34 I, 33 III de la StUG).

Cette réglementation, ainsi que cela a déjà été constaté, est de peu d'aide pour le travail de la presse en pratique, car la presse n'a de prise dans la discussion publique que lorsque celle-ci est achevée. Il arrive souvent qu'il ne soit pas encore établi qu'un individu particulier était collaborateur non officiel. *Stolpe*, qui est aujourd'hui Ministre-Président brandebourgeois, a-t-il été ou non collaborateur de la STASI? Pour établir cela, la presse voudrait en règle générale pouvoir consulter les dossiers. Puisque les dossiers de victimes ne peuvent être communiqués, la Commission doit décider si la personne était auteur ou non. Si elle en arrive à la conclusion que la personne était collaboratrice de la STASI, l'information peut être diffusée, sinon elle est à refuser. Dans ce cas, il ne reste à la presse que les voies classiques du droit administratif.

Le § 32 I est aussi faible pour une autre raison: cette disposition exige une décision globale eu égard aux droits de la personnalité de la «victime», même s'il s'agit de personnes jouant un rôle dans l'histoire actuelle, de détenteurs de mandats politiques et de fonctionnaires. De ce fait, aucune place n'est laissée pour une appréciation au cas par cas: les données relatives aux victimes de ces archives de la STASI sont de manière générale inaccessibles (§ 32 I n° 3).

b) Publication de l'information

aa. Pour ce qui est de la *publication* de l'information, le § 32 III de la StUG contient eu égard aux données concernant les victimes une *interdiction de publication*: cette disposition est la continuation de l'esprit du § 32 I de la StUG: ne devraient pouvoir être publiées sans le consentement de la victime que des informations personnelles que l'administration peut aussi diffuser. Ici encore, la décision doit se faire par l'appréciation d'ensemble exigée par le législateur au regard des droits de la personnalité.

bb. Le § 44 de la StUG contient une autre *interdiction de publication*. Selon cette disposition, est pénalement répréhensible celui qui rend public totalement ou pour une part importante la teneur des documents originaux ou des duplicata contenant des informations personnelles sur les personnes visées ou sur des tiers.

Cette norme – qui à l'origine allait notablement plus avant – sanctionne la diffusion interdite de «données sur les victimes», et protège donc – aussi à l'encontre de la presse, les droits de la personnalité des personnes visées par les documents ou de tiers non impliqués. À l'inverse, les informations sur les «auteurs» peuvent être publiées librement, de même que les informations sur les victimes qui ont consenti à la publication.

Il est question de sanction pénale même pour la publication d'informations concernant les victimes jouant un rôle dans l'histoire actuelle. Ici non plus, il n'a pas été tenu compte du fait que dans ce cas, il n'y ait pas matière à une appréciation des intérêts en cause, appréciation qui, le cas échéant, pourrait se faire en faveur de la liberté de la presse. À cet égard aussi, une préséance absolue est accordée aux droits de la personnalité de la victime.

IV. L'appréciation entre les droits de la personnalité et la liberté de la presse au regard du droit constitutionnel: problème standard ou cas particulier?

Ces réflexions conduisent à une question centrale: la valeur prééminente donnée par le législateur aux droits de la personnalité est-elle suggérée par la Constitution ou tout du moins justifiée par celle-ci?

Pour éclaircir ce point, il doit être répondu à une question préalable, soit: la question de l'accès et de la publication des documents de la STASI est-elle un problème standard d'appréciation à caractère constitutionnel entre les droits de la personnalité et la liberté de la presse ou est-ce un cas particulier?

Le constitutionnaliste d'Augsbourg, *Schuppert*¹⁴, a mis le problème en relief de la manière suivante à la conférence de printemps tenue à Brême par le cercle d'étude pour le droit de la presse et la liberté de la presse en Mai 1992:

«Le langage du football sait relater des situations dites standards, autrement dit des situations qui – comme les coups francs, les corners, et autres – se présentent toujours à nouveau et auxquelles il est possible de donner des réponses standardisées, c'est-à-dire habituelles. De telles situations standards existent aussi en matière constitutionnelle; une de ces situations standards est la situation de conflit entre, d'un côté, les intérêts de publication de la presse et les médias audiovisuelles et, de l'autre, les droits de la personnalité de celui sur lequel il est question de produire un rapport.»

Comme exemple de situation standard d'appréciation au regard des droits fondamentaux, *Schuppert* cite la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur la *relation entre la protection de l'honneur et la liberté de la presse*¹⁵, dans laquelle la juridiction a essayé de prendre en compte les particularités du conflit d'opinion et de mettre en place les «armes admissibles» de la querelle en rassemblant et en évaluant avec une appréciation à caractère juridique, les points de vue spécifiques à ce conflit et à ce domaine.

Si l'on cherche à transposer cette méthode d'appréciation – pour répondre à notre question initiale – sur le problème de l'accès et de la publi-

¹⁴ *Schuppert*, AfP 1992, p. 105, 107.

¹⁵ Comme exemples récents BVerfG NJW 1994, p. 2943 et s. et BVerfG NJW 1995, p. 3303 et s. – «Soldaten sind Mörder» (les soldats sont des meurtriers) et aussi *Gounalakis*, NJW 1996, p. 481 et s.

cation des documents de la STASI, on s'aperçoit que le problème d'appréciation entre la liberté de la presse et la protection des droits de la personnalité se pose différemment qu'à l'accoutumée: Ceci essentiellement pour trois raisons:

Premièrement: l'étendue de la violation des droits de la personnalité est différente de celle des situations habituelles: lorsque, lors de la divulgation d'agissements répréhensibles (comme récemment en Allemagne les affaires spectaculaires *Barschel*, *Neue-Heimat*, *Flick*), l'ensemble du cercle des personnes impliquées a pu être déterminé, on se trouve face à un rassemblement de documents de quantité et de qualité inhabituelles: les dossiers de la STASI concernant un individu contiennent des éléments afférent à d'autres victimes et auteurs, les dossiers de ces derniers contenant eux-mêmes des éléments sur d'autres et ainsi de suite. Cela entraîne une réaction en chaîne dont la fin ne semble pas prévisible.

Deuxièmement: plus qu'ailleurs ce sont des employés de l'Etat qui ont rassemblé ces données – et pour une grande part dans la sphère intime des personnes concernées.

Troisièmement: à cette situation qui dans d'autres cas est standard, se superpose ici un contexte historique particulier dont les fondements se consistent dans la liquidation d'un régime de non-droit ayant duré quarante ans, la mise à découvert souhaitée du passé de la STASI et la nécessité d'un nouveau départ crédible.

Alexy¹⁶ a très justement noté que dans ce genre de cas d'exception qui mène hors du cadre normal du système juridique, émerge ce qui normalement reste sous la surface du quotidien de la vie juridique: la relation de tension entre le droit et la morale. Dans ce cas, il n'est pas facile de manoeuvrer avec les instruments habituels sortant de la boîte à outils de l'état de droit.

Quelles conséquences ont dès lors ces constatations pour l'appréciation à valeur constitutionnelle? La préexistence de cette situation historique particulière ne peut pas, comme Schuppert¹⁷ semble l'accepter, conduire à une application limitée des droits fondamentaux, soit en l'espèce, à une limitation de la fonction de contrôle de la presse.

Un intérêt public primordial à la dénonciation d'agissements répréhensibles ne peut être nié ni lorsque – de manière générale – la divulgation de ces agissements n'est ni politiquement ni socialement souhaitée, ni lorsque – comme ici – l'exploitation du passé de citoyens de l'ex-RDA dans la

¹⁶ Alexy, VVDStRL, 51, p. 132.

¹⁷ Schuppert, AfP 1992, p. 105, 108.

STASI doit céder le pas aux intérêts des droits de la personnalité des victimes. Sinon l'institution de «libre presse» deviendrait une disposition facultative à la merci des majorités politiques.

Malgré et à cause de la situation historique particulière, cela rend en conséquence l'examen constitutionnel habituel nécessaire – pour résoudre le conflit entre la protection de la personnalité et la liberté de la presse – tout en prenant en compte les particularités spécifiques à la situation. Cet état des choses n'est pas – contrairement à ce que prétend Schuppert¹⁸ – un cas particulier; cette situation nouvelle s'insérant dans un domaine spécifique est tout au plus inhabituelle.

V. Loi sur les documents de la STASI à l'épreuve de l'examen de sa constitutionnalité

Pour répondre à notre question initiale, l'examen des champs de conflit susmentionnés au regard du droit constitutionnel aboutit à la constatation suivante:

Au point de départ de l'appréciation constitutionnelle se trouve la considération que le législateur a à sa disposition pour la réglementation juridique de l'exploitation des dossiers de la STASI une latitude d'action élargie. Car la situation historique particulière vient au «profit» du législateur, c'est-à-dire qu'il doit dans cette situation imposer une ligne de conduite politique quant à la manière de procéder en principe avec les documents de la STASI.

S'il se décide – comme en l'espèce – pour la solution-ouverture et avec cela, pour la possibilité de mise à découvert du passé de la STASI, il s'impose alors de prendre en considération les intérêts constitutionnellement protégés de la liberté de la presse. Mais l'on peut douter que cet objectif ait été atteint par la loi.

1. La décision administrative sur la délivrance d'informations

Les objections d'ordre constitutionnel ne peuvent en réalité déjà tirer leur origine du fait que la délivrance d'informations personnelles présuppose une *décision administrative* par laquelle l'existence des conditions visées au § 32 de la loi est à vérifier. L'Etat a pour les dossiers de la STASI – à

¹⁸ op. cit. p. 108.

cause du mode d'obtention et de la nature explosive des informations – une responsabilité particulière à laquelle il ne peut faire honneur qu'en réglementant juridiquement l'usage de ceux-ci. Qu'il fasse dans cette réglementation usage de la technique de contrôle administratif dite de l'interdiction avec réserve d'autorisation n'est pas constitutionnellement contestable. De quelle autre façon le droit à la demande d'information pourrait-il être examiné de manière significative? Sous l'angle du droit constitutionnel, il est cependant important que la décision ne se trouve pas soumise à la seule appréciation de l'administration.

2. L'accès de la presse aux documents de la STASI

Pour ce qui concerne l'accès de la presse aux informations personnelles issues des dossiers de la STASI, les objections d'ordre constitutionnel s'affirment:

a) Les §§ 7 III, 9 et 45 de la StUG

Du fait de l'obligation de restitution des documents originaux ainsi que des copies et autres duplicata imposée au § 9 I et II, les documents vagues de la STASI se trouvant entre les mains de la presse sont exposés au risque de saisie par l'Etat, de sorte que l'article 5, 1^{er} paragraphe, 2^{ème} phrase de la loi fondamentale (sur la liberté de la presse) est touché par cette disposition.

Certes, le droit fondamental de liberté de la presse est soumis aux éventuelles restrictions législatives. Néanmoins, l'atteinte à la liberté de la presse liée aux dispositions générales du § 9 de la StUG n'est pas de nature à garantir la protection souhaitée de droits subjectifs car cette atteinte ne se limite pas à la *mesure requise* impérativement et n'a pas des proportions appropriées à la valeur de la liberté de la presse.

Cette constatation ressort des considérations suivantes: en premier lieu, il est douteux que l'obligation à la restitution des documents originaux, copies et duplicata qui ne sont pas la propriété de la presse représente le *moyen le plus modéré*. Pour atteindre l'objectif législatif, c'est-à-dire donner aux particuliers la possibilité d'accès aux informations les concernant et ouvrir l'accès aux documents pour la recherche scientifique et l'éducation politique, la restitution des *documents originaux aurait suffi*. La loi vise cependant aussi à assurer la protection des droits de la person-

nalité des personnes concernées. Mais comme l'obligation de restitution s'applique en bloc à tous les documents, et *non pas seulement* à ceux qui contiennent des *informations concernant des personnes en particulier*, la règle outrepassa – pour ce qui est des copies et duplicata – la mesure nécessaire à la protection des droits de la personnalité.

Mais si l'obligation de restitution des copies et autres duplicata était limitée aux documents contenant des informations personnelles, il y a alors nécessairement manquement au *principe de la proportionnalité*: c'est-à-dire que, de ce fait, la possibilité est enlevée à la presse de publier les informations en utilisant son propre pouvoir d'autocensure dans la publication, c'est-à-dire en les publiant de manière anonyme. Cette modification générale de la liberté de publier liée à l'obligation de *restitution de l'ensemble des documents*, y compris les duplicata, est incompatible avec les exigences d'indépendance et d'autonomie de la presse dans son travail rédactionnel.

Le verdict d'inconstitutionnalité peut être évité, si l'on *interprète au regard du droit constitutionnel* les dispositions du § 9 de la StUG qui imposent l'immédiateté de l'accomplissement des obligations¹⁹. La presse doit avoir le droit d'attendre avant de restituer les documents jusqu'à ce qu'elle ait pu préparer quelques copies desdits dossiers. Lesdites copies sont alors à exclure de l'obligation de restitution du § 9 II.

b) Les §§ 32 I, 34 de la StUG

Ces §§ 32 I et 34 de la StUG limitent aussi l'accès de la presse aux documents de la STASI, ce qui conduit à une atteinte à ces droits à la liberté prévus à l'article 5 de la loi fondamentale.

La Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht: BVerfG)²⁰ a à plusieurs reprises souligné l'importance particulière de la liberté de la presse par un principe selon lequel elle « assure la particularité institutionnelle de la presse depuis l'acquisition de l'information jusqu'à la diffusion des renseignements et des opinions. » Cette locution apparaît remarquable, non seulement parce qu'elle souligne comme étant des points appartenant à la structure de la Constitution tant l'acquisition des informations que la diffusion des nouvelles. Plus important est que de cette locution « *les obligations de divulgation de l'administration* » se dé-

¹⁹ Voir de même Schuppert, op. cit. p. 111.

²⁰ Voir seulement BVerfGE 20, p. 176.

duisent comme étant «des exigences de principe». L'institution de la «presse libre» implique par conséquent des prétentions à l'information qui dépassent la garantie constitutionnelle résultant de l'article 5 I 1 de la loi fondamentale: une position d'exception est réservée à la presse.

Elle doit être garantie par l'attribution des moyens nécessaires à l'accomplissement de ses devoirs d'information et de contrôle. Tel une émanation de la liberté de la presse, il en résulte qu'un droit d'accès aux sources d'informations qui ne sont pas généralement accessibles doit aussi lui être reconnu. En tout état de cause, cette prétention à l'information et aux renseignements se trouve soumise de son côté aux restrictions des principes fondamentaux du droit et ainsi aux §§ 32 et suivants en ce que ces dispositions imposent un équilibre proportionnel entre les droits de la personnalité et la liberté de la presse.

Cette *proportionnalité* exigée est à approuver, si l'autorisation donnée par la loi de refuser la divulgation de renseignements est limitée aux cas dans lesquels les droits de la personnalité doivent jouir d'une prééminence sur les intérêts journalistiques d'information et de diffusion. Comme pour cela, une évaluation au cas par cas des intérêts et des droits en cause est nécessaire, une règle de droit qui impose une position de principe en faveur de l'un des deux droits en cause et ne laisse d'emblée aucune place pour une évaluation au cas par cas, n'est pas acceptable.

Ceci est justement le cas dans le § 32 I de la StUG: il est vrai que le législateur a prévu pour les documents contenant des informations personnelles sur l'auteur de dossiers répréhensibles une évaluation au cas par cas, mais pas pour les dossiers contenant des informations sur des victimes de ces dossiers. Dans le § 32 alinéa 1 n° 3 de la StUG, l'évaluation réclamée fait défaut *de manière générale et à l'avantage des droits de la personnalité* également dans le cas où les victimes sont des personnalités de l'histoire actuelle, des détenteurs de fonctions politiques ou administratives. Eu égard à la place particulière qu'occupe la divulgation du passé de la STASI dans le public, cette évaluation législative *a priori* ne présenterait constitutionnellement aucun inconvénient, seulement si, dans la pratique, aucun cas dans lequel la prétention du public à l'information pourrait légitimement avoir prééminence n'était concevable. Mais la pratique nous a démontré que de tels cas peuvent se présenter:

Revenons à l'affaire *Stolpe*: il est resté inexplicé. Il existe des documents de la STASI dans lesquels *Stolpe* se trouvait caractérisé comme auteur d'agissements répréhensibles. Selon la loi, ces documents doivent être accessibles à la presse. Il existe cependant aussi des documents dans lesquels il apparaît comme victime. Ces derniers documents ne peuvent

être rendus publics. Selon la loi, – en forçant le trait – ne peuvent être accessibles que les documents qui vont au débit et non ceux qui vont au crédit de *Stolpe*. La presse et, de ce fait, le public ont par la force des choses une image «biaisée» et dépendent de ce que *Stolpe* lui-même se présente auprès du public avec des informations nouvelles. Au cas *Stolpe* peuvent être ajoutés d'autres cas, les affaires *Gysi*, *Katarina Witt* et d'autres.

Il existe donc vraiment des exemples dans lesquels le § 32 I de la StUG aboutit à une évaluation forfaitaire inadmissible de l'équilibre entre les droits en conflit. Le cas *Stolpe* le démontre de manière efficace. Ceci peut difficilement s'accorder avec les exigences de l'article 5 de la loi fondamentale.

3. Les interdictions de publication

Mais, les *interdictions de publication* prévues par la loi sont également critiquables au regard du droit constitutionnel: les résultats du cas *Stolpe* peuvent mener aux mêmes conclusions quant aux restrictions à la liberté de publication prévues dans les § 32 III et § 44, parce qu'ici aussi, il manque une réglementation suffisamment différenciée, qui permette de procéder au cas par cas à un examen global des intérêts en cause à l'encontre des personnes de l'histoire actuelle, des détenteurs de fonctions politiques ou administratives.