

CONCEPTS, INTERETS ET VALEURS DANS L'INTERPRETATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL : RAPPORT ALLEMAND

Par Felix Fouchard*

I. Les droits fondamentaux

1. La dimension négative des droits fondamentaux

1.1. Pourriez-vous, s'il vous plaît, décrire la méthode d'analyse des droits fondamentaux au regard de votre droit national ? Se fait-elle en plusieurs étapes ? Est-elle imposée par le texte de la Constitution lui-même ou résulte-t-elle d'une interprétation par la juridiction ?

L'analyse de droits fondamentaux protégeant les libertés individuelles se fait traditionnellement en trois étapes. Dans un premier temps, il s'agit de savoir si le comportement tombe dans le champ protégé. Si cela est le cas, il s'agit de savoir dans un deuxième temps si la mesure contestée constitue une atteinte à ce champ protégé. Dans l'affirmative s'ensuit troisièmement et finalement l'analyse de la justification de l'atteinte par une limite dudit droit fondamental. Si elle ne l'est pas, le droit fondamental est violé.¹ L'existence de ces trois étapes peut être déduite directement de la loi fondamentale, en partie grâce à une consécration explicite dans le texte, en partie grâce à une opération logique.

Dans les articles 2 II 2, 10 I et 13 I LF, la loi fondamentale pose comme règle l'« inviolabilité » des droits fondamentaux en question. En même temps, elle prévoit explicitement dans les articles 2 II 3, 10 II 1 et 13 VII LF la possibilité d'« atteintes » de ces droits ou bien leurs « restrictions »². Par conséquent, il doit y avoir des atteintes qui ne constituent pas des violations mais qui sont justifiées. Il en ressort la nécessité de la troisième étape de l'analyse ainsi que de la deuxième.

En revanche, on pourrait être amené à penser que la loi fondamentale ne prévoit pas la première étape de l'analyse puisqu'elle n'utilise pas le terme correspondant « champ de protection », un terme qui a seulement été développé par la doctrine et puis adopté par la jurisprudence.³ Nonobstant ce « silence » apparent de la loi, ce premier pas d'analyse s'impose logiquement : pour pouvoir déterminer l'existence d'une atteinte à un droit fondamental, il est d'abord indispensable d'examiner quel domaine est susceptible d'être atteint, autrement dit si le champ protégé d'un droit fondamental est ouvert.⁴ Du point de vue de la systématique régulatrice, la relation étroite entre le premier et le deuxième pas d'analyse se manifeste dans le fait que la loi fondamentale décrit habituellement d'abord le champ protégé dans le premier alinéa, suivi par le deuxième qui contient les limites audit droit

* Assistant de recherche auprès du Chaire de droit public, droit international et droit européen (Prof. Dr. Petersen, M.A.) à l'Université de Münster.

¹ Cf. seulement *Peine*, dans : Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland, Allgemeine Lehren II, § 57 n° 4 et s., avec références complémentaires.

² La loi fondamentale utilise les termes « atteinte » et « restriction » comme synonymes, *ibid.*, n° 7.

³ *Merten*, dans : Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland, Allgemeine Lehren II, § 56 n° 23 et s., note 155.

⁴ *Peine* (note 1), n° 8.

fondamental.⁵ On peut constater que l'atteinte constitue dans cette logique la « charnière » entre le champ protégé et les limites du droit fondamental.⁶

La difficulté dans la première étape⁷ consiste à donner de la signification juridique aux droits fondamentaux qui sont souvent formulés de façon abstraite et générale.⁸ Il est nécessaire de concrétiser leur contenu par voie d'interprétation⁹ en utilisant les méthodes classiques (littérale, systématique, téléologique et historique). Cependant, cette interprétation se heurte souvent à ses limites en raison même du caractère « lapidaire » de la loi fondamentale¹⁰ et de ses références sous-jacentes aux valeurs et concepts. Pour néanmoins arriver à une détermination suffisamment précise de l'étendue du champ protégé, la Cour constitutionnelle fédérale comme interprète constitutionnelle centrale¹¹ part (et ceci nécessairement¹²) de certains points de vue préalables sur la normativité des droits fondamentaux. A titre exemplaire, on peut identifier deux conceptions qui apparaissent fréquemment dans ce contexte.

D'un côté, la Cour se laisse guider par ce qu'on peut appeler avec *Böckenförde* la « théorie libérale ». Selon cette théorie, les droits fondamentaux garantissent des sphères de liberté individuelle que l'Etat retrouve déjà lors de sa création et qu'il doit respecter. Cette liberté est une liberté en soi et n'existe pas pour une fin spécifique.¹³ Ce concept pourrait peut-être expliquer l'interprétation extensive du champ protégé de certains droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale. Par exemple, selon la jurisprudence constante de la Cour, les locaux commerciaux sont – malgré des voix très critiques dans la doctrine¹⁴ – inclus dans la notion de « domicile » au sens de l'article 13 I LF et entrent alors dans son champ protégé.¹⁵ De plus, depuis l'interprétation de l'article 2 I LF dans la décision historique *Elfes*, cet article constitue un droit fondamental général à la liberté d'action.¹⁶ Par conséquent les droits fondamentaux constituent effectivement un ordre global de liberté individuelle sans lacunes.¹⁷ En revanche, la Cour parfois dans sa jurisprudence met l'accent sur la fonction politique des droits fondamentaux. Selon cette « théorie démocratique-fonctionnelle » (*Böckenförde*), les droits fondamentaux (ne) sont garantis (que) dans l'intérêt du processus démocratique : la liberté individuelle sert donc comme moyen et non comme fin en soi.¹⁸ Dans la plupart des cas, la Cour constitutionnelle fédérale y a recours pour justifier un haut niveau de protection constitutionnelle et un élargissement du champ protégé.¹⁹ En revanche, la Cour suit cette théorie aussi pour limiter ce dernier : par exemple, il limite l'étendue de la liberté de manifestation aux seules occasions où celle-ci sert à exprimer et échanger des opinions sur une question de la vie publique. La Cour justifie cette contrainte en argumentant que la

⁵ *Merten* (note 3), n° 12 et s. Pour un exemple voir l'article 5 LF qui dans le 1^{er} alinéa nomme plusieurs droits fondamentaux et décrit leurs limites dans le 2^{ème}.

⁶ *Merten* (note 3), n° 14.

⁷ L'atteinte au droit fondamental et ses limites seront abordés sous I.1.2.

⁸ *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^{ème} édition 1995, n° 50.

⁹ *Böckenförde*, *NJW* 1974, p. 1529 (1529).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ A titre exemplaire le constat dans *BVerfGE* 108, 282 (295).

¹² *Hesse* (note 8), n° 61 et s.

¹³ Cf. *BVerfGE* 7, 189 (204 et s.) ; 115, 320 (358) ; *Böckenförde*, *NJW* 1974, p. 1529 (1530 et s.) ; avec jurisprudence additionnelle *Stern*, dans : *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* III/2, 1994, p. 1682 et s.

¹⁴ P. ex. *Kühne*, dans : *Dreier*, *Grundgesetz-Kommentar* I, 3^{ème} édition 2013, article 13 n° 16 et 26.

¹⁵ A titre exemplaire *BVerfGE* 32, 54 (68 et ss.) ; 120, 274 (309).

¹⁶ *BVerfGE* 6, 32 (36 et ss.) ; 80, 137 (154).

¹⁷ *Bethge*, *VVDStRL* 57 (1998), p. 7 (20) avec références complémentaires ; *Hillgruber*, dans : *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* IX, 3^{ème} édition 2011, § 200 n° 37 et s.

¹⁸ Dans ce sens explicitement *BVerfGE* 14, 21 (25) ; *Böckenförde*, *NJW* 1974, p. 1529 (1534 et s.).

¹⁹ *BVerfGE* 7, 198 (212) ; concernant le « droit à l'autodétermination en matière d'information » (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) *BVerfGE* 65, 1 (43) ; 115, 166 (188).

protection de la liberté de manifestation se justifierait (seulement) par son importance pour la formation de la volonté publique.²⁰

1.2. Quelles sont les techniques utilisées pour analyser ou caractériser une atteinte à un droit fondamental ? Y-a-t-il un concept directeur ou une idée directrice dans cette analyse ? Quel rôle est dévolu à l'interprétation ?

Comme constaté, l'atteinte constitue dans l'analyse en trois étapes la « charnière » entre le champ protégé et les limites du droit fondamental.²¹ Il faudra alors d'abord analyser sa nature avant d'aborder le sujet de sa qualification de constitutionnelle ou de non-constitutionnelle.

Concernant sa nature, l'évolution dogmatique a été marquée par un élargissement notable de la notion correspondante, de la notion dite « classique » à la notion dite « moderne ». Selon la notion « classique », constitue seulement une atteinte un acte juridique qui pose finalement et directement un obstacle à la réalisation d'un droit fondamental et qui se revêt de plus d'un caractère obligatoire.²² Sous la définition élargie, les ingérences factuelles et indirectes constituent désormais également des atteintes nécessitant une justification.²³ Par conséquent, il y a atteinte à un droit fondamental lorsque l'exercice d'un comportement qui tombe dans le champ protégé est rendue complètement ou partiellement impossible par une action des pouvoirs publics.²⁴ Cela entraîne des difficultés de distinction entre l'atteinte et la simple nuisance, difficultés qui sont pour l'instant non résolues au point de vue dogmatique.²⁵ Ce développement est le résultat d'un changement de perspective : ce n'est plus l'Etat en tant qu'acteur mais le résultat pour le droit fondamental en question qui constitue le point de référence. En d'autres mots, ce n'est plus l'acte qui compte, mais son résultat.²⁶ Cet élargissement était à son tour une réaction à l'élargissement de la rangée des tâches et des modalités d'action de l'Etat,²⁷ mais également une conséquence logique de l'élargissement du champ protégé des droits fondamentaux protégeant les libertés individuelles :²⁸ plus la définition d'un champ protégé d'un droit fondamental est large, plus grand est le nombre possible d'atteintes est grand.

Après avoir déterminé l'existence d'une atteinte s'ensuit la troisième étape, étape après laquelle il est possible de caractériser l'atteinte de constitutionnelle ou de non-constitutionnelle. C'est la question de justification de l'atteinte, donc la question si la loi fondamentale prévoit la possibilité de limiter l'exercice dudit droit fondamental et, si cela est le cas, si la limite répond elle-même aux exigences constitutionnelles. Ici, la limite aux limites (*Schranken-Schranke*) qui constitue de loin la plus importante,²⁹ bien que non consacrée explicitement par la loi fondamentale,³⁰ est celle de proportionnalité. Selon ce principe, la mesure en question doit poursuivre un but légitime, être utile à cet égard, nécessaire et

²⁰ BVerfGE 104, 92 (104).

²¹ Merten (note 3), n° 14.

²² BVerfGE 105, 279 (300) ; Peine (note 1), n° 20.

²³ BVerfGE 105, 252 (273) sur un avertissement public de vins qui contenaient du glycol et BVerfGE 105, 279 (300 et s.) sur des informations publiques sur une secte considérée dangereuse ; Peine (note 1), n° 31.

²⁴ Cf. p. ex. Peine (note 1), n° 31.

²⁵ Dreier, dans : Dreier, Grundgesetz-Kommentar I, 3^{ème} édition 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG n° 126.

²⁶ BVerfGE 105, 252 (273) ; Hillgruber (note 17), n° 91.

²⁷ Volkmann, JZ 2005, p. 261 (269) ; Weber-Dürler, VVDStRL 57 (1998), p. 57 (75).

²⁸ Bethge, VVDStRL 57 (1998), p. 7 (37).

²⁹ Dreier (note 25), n° 145 ; Hillgruber, dans : Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IX, 3^{ème} édition 2011, § 201 n° 52 ; les deux avec références complémentaires.

³⁰ Merten (note 3), n° 16. Pour la Cour constitutionnelle fédérale, l'exigence de proportionnalité résulte de l'Etat de droit et de la nature même des droits fondamentaux, BVerfGE 19, 342 (348 et s.) ; 76, 1 (50 et s.).

raisonnable.³¹ Souvent c'est le dernier point dans cet examen, le « test du caractère raisonnable » (*Angemessenheitsprüfung*) de la mesure, qui joue le plus grand rôle.³² Ici on examine si la mesure atteint un juste équilibre entre la gravité de l'atteinte et l'importance du but poursuivi.³³ D'un côté, la Cour constitutionnelle fédérale examine par exemple la dimension de l'atteinte, donc quel préjudice la mesure cause à l'individu, combien de et quels bénéficiaires du droit fondamental sont atteints et sous quelles conditions.³⁴ D'un autre côté, il prend également en compte le bénéfice pour l'Etat réalisé par la mesure ainsi que les conséquences indirectes comme la paix juridique.³⁵ Cette pondération nécessairement contient un élément subjectif.³⁶

A cet endroit, en cas de confrontation de deux ou plusieurs droits fondamentaux, l'interprète doit aussi examiner si la mesure a réussi de réaliser la « concordance pratique » (*praktische Konkordanz*).³⁷ Cela signifie de trouver un équilibre entre des positions opposées protégées par les droits fondamentaux et constitue la porte d'entrée pour les valeurs et concepts³⁸ : la Cour constitutionnelle fédérale doit en quelque sorte « jongler » avec plusieurs boules.³⁹ Ici, il s'agit entre autres d'examiner la valeur du droit fondamental en question et d'y attribuer un rang. Cela dépend entre autres de la signification qu'on attribue au droit fondamental en question, et c'est surtout là où l'interprétation joue un rôle décisif.

On peut alors résumer que le domaine de protection juridictionnelle des droits fondamentaux a été considérablement élargi et que les questions relatives aux droits fondamentaux sont devenues de plus en plus des questions d'équilibre. C'est précisément à ce moment qu'entrent en jeu les valeurs, intérêts et concepts et que le rôle de l'interprète devient décisif.⁴⁰

2. La dimension positive des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux imposent-ils des obligations positives à l'Etat ? Si oui, comment de telles obligations positives sont-elles justifiées ? Quel rôle est dévolu à l'interprétation des règles de droit au regard de ces obligations positives ? Quels sont les intérêts, valeurs et concepts à l'œuvre ?

Les droits fondamentaux imposent à l'Etat allemand plusieurs catégories d'obligations positives : des obligations de prestation, de protection, de participation et de procédure.⁴¹ Habituellement on parle à cet égard du *status positivus* des droits fondamentaux suivant la classification de *Georg Jellinek*.⁴² Mises à part les obligations avec base textuelle explicite, ces obligations ont surtout été développées dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale.⁴³

³¹ Opinion quasiment unanime, voir p. ex. BVerfGE 81, 156 (188 et s.), avec références complémentaires.

³² *Dreier* (note 25), n° 149, avec références complémentaires.

³³ Cf. seulement BVerfGE 130, 372 (392), avec références complémentaires.

³⁴ BVerfGE 100, 313 (375 et s.) ; 115, 320 (347) ; *Hillgruber* (note 30), n° 73.

³⁵ BVerfGE 61, 126 (136) ; *Merten*, dans : *Merten/Papier*, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III: *Grundrechte in Deutschland*, *Allgemeine Lehren II*, § 68 n° 72.

³⁶ *Hillgruber* (note 30), n° 80.

³⁷ Terme créé par *Konrad Hesse* (note 8), n° 72. La Cour constitutionnelle fédérale le suit à cet égard, cf. p. ex. BVerfGE 41, 29 (51) ; 77, 240 (255) ; 83, 130 (143).

³⁸ *Volkman*, JZ 2005, p. 261 (270).

³⁹ *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2006, p. 492 (495).

⁴⁰ Cf. aussi *Holoubek*, dans : *Merten/Papier*, *Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*, 2007, p. 17 (19).

⁴¹ *Starck*, dans : *Mangoldt/Klein/Starck*, *Grundgesetz I*, 6^{ème} édition 2010, Art. 1 n° 187 et s.

⁴² Cf. *Brugger*, AöR 136 (2011), p. 1 (3 et s.).

⁴³ Pour l'obligation de prestation, *Iseensee*, dans : *Iseensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IX*, 3^{ème} édition 2011, § 191 n° 146.

Tout d'abord, la loi fondamentale ne connaît que peu d'obligations de fournir des prestations sociales spécifiques. Des exceptions constituent l'article 6 I et IV LF⁴⁴ et l'article 1 I LF en conjonction avec le principe de l'Etat social dont la Cour constitutionnelle fédérale déduit une obligation de l'Etat de garantir à chacun le minimum vital.⁴⁵ Cependant les « droits sociaux classiques » comme le droit au travail, au logement ou à l'éducation n'ont pas été retenus par la loi fondamentale.⁴⁶

En revanche, les droits fondamentaux imposent à l'Etat beaucoup plus d'obligations de protéger la liberté individuelle. Ces droits ne constituent non seulement une défense *contre* l'Etat, mais exigent aussi la protection *par* l'Etat : par conséquent, celui-ci doit prendre des mesures afin de garantir l'intégrité des biens protégés vis-à-vis des atteintes émanant de tiers.⁴⁷ Cette obligation a déjà été reconnue pour les droits à la vie et intégrité physique,⁴⁸ à la liberté de la personne⁴⁹ et à la propriété,⁵⁰ mais émane plus généralement de tous les droits protégeant la liberté individuelle.⁵¹ Dans l'histoire des idées, c'est finalement la sécurité physique que l'Etat assure à ses citoyens qui justifie son existence et constitue sa raison d'être.⁵² De là, il n'y a pas loin à reconnaître d'autres obligations de protection.

Le troisième groupe concerne l'obligation de garantir une participation équitable aux prestations étatiques qui découle des droits fondamentaux d'égalité. Il s'agit là d'un droit-crédence à une prestation publique déjà établie. Contrairement aux droits à des prestations sociales spécifiques, cela n'oblige pas l'Etat à fournir un service spécifique, mais l'oblige uniquement de garantir l'accès égal et dans la mesure du possible.⁵³

Finalement, les droits fondamentaux obligent l'Etat à garantir une protection juridique efficace, renforcée par certains droits procéduraux.⁵⁴

Pour *Jellinek*, le *status positivus* des droits fondamentaux constituait un des trois piliers sur lesquels repose la liberté individuelle. Ce n'est qu'avec ces trois piliers ensemble que la « modernité éthique » de l'Etat constitutionnel est accomplie.⁵⁵ On pourrait parler d'un changement conceptionnel : l'individu n'est plus vu comme citoyen indépendant et souverain, mais on le reconnaît de plus comme individu parfois dépendant faisant partie d'une communauté sociale. Le concept de l'Etat de droit libéral est alors élargi par un aspect social.⁵⁶ Cette position résonne dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale : pour la Cour, les droits fondamentaux n'érigent non seulement un ordre partiel, mais une conception d'ensemble, créent non seulement des droits individuels, mais aussi des tâches fondamentales de l'Etat. Ils érigent un ordre objectif de valeurs⁵⁷ que l'Etat doit respecter et suivre. La dignité de l'Être humain de concert avec le libre épanouissement de sa personnalité

⁴⁴ BVerfGE 82, 60 (85) ; 115, 259 (271 et s.).

⁴⁵ BVerfGE 125, 175 (222 et ss.), avec références complémentaires.

⁴⁶ *Sachs*, dans : *Sachs, Grundgesetz-Kommentar*, 7^{ème} édition 2014, Vorbemerkungen zu Abschnitt I n° 47.

⁴⁷ P. ex. BVerfGE 117, 202 (227) ; *Isensee* (note 43), n° 1 et 3 ; Klein, NJW 1989, p. 1633 (1633).

⁴⁸ BVerfGE 77, 170 (214) ; 88, 203 (251) ; 115, 320 (346 et s.).

⁴⁹ BVerfGE 10, 302 (309) ; 49, 304 (319 et s.).

⁵⁰ BVerfGE 114, 73 (89 et ss.).

⁵¹ P. ex. BVerfGE 92, 26 (46) ; *Sachs* (note 46), n° 35. Pour les droits d'égalité, voir BVerfGE 89, 276 (286) et *Heun*, dans : *Dreier, Grundgesetz-Kommentar I*, 3^{ème} édition 2013, article 3 n° 67 et ss., avec références complémentaires.

⁵² Avec références complémentaires *Isensee* (note 43), n° 18.

⁵³ Pour l'éducation universitaire BVerfGE 33, 303 (330 et ss.) ; *Manssen*, dans : *Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz I*, 6^{ème} édition 2010, Art. 12 n° 15.

⁵⁴ Notamment les articles 19 IV, 101 I 2, 103 I GG ; *Starck* (note 41), n° 187, 199.

⁵⁵ Cité après *Brugger*, AöR 136 (2011), p. 1 (15 et s.), avec références complémentaires.

⁵⁶ *Kingreen/Poscher, Grundrechte*, 32^{ème} édition 2016, n° 101 et 103, avec références complémentaires ; *Pieroth, Jura* 2011, p. 729 (732 et s.).

⁵⁷ Cf. la décision centrale BVerfGE 7, 198 (205) ; 49, 89 (141 et s.) ; 110, 141 (163) ; jurisprudence constante ; *Isensee* (note 43), n° 25.

marqué par l'autonomie et la responsabilité personnelles constituent le point de repère de cet ordre objectif⁵⁸ et la Cour s'appuie sur une interprétation qui cherche à donner le plus d'effets possibles aux droits fondamentaux.⁵⁹ Or, dans cette logique, puisque la fonction de défense contre l'Etat ne saurait suffire pour donner effet à l'intention que suivent les droits fondamentaux, il est nécessaire de leur attribuer des fonctions additionnelles même là où la loi fondamentale ne le fait pas expressément.⁶⁰ Il ne suffirait plus que l'Etat reconnaisse seulement l'existence des droits fondamentaux, mais il serait en plus nécessaire – à cause du développement de la société – qu'il assure qu'ils puissent réellement être exercés.⁶¹

En revanche, pendant que la question de savoir *s'il existe* une obligation positive peut être résolue par voie d'interprétation, la question de savoir *comment* cette obligation doit être remplie est adressée encore moins par la loi fondamentale. Cette question ne saurait donc être résolue par la Cour constitutionnelle fédérale qui par conséquent a jugé qu'il incomberait principalement aux autres pouvoirs de décider comment cette obligation doit être remplie – la Cour ne constate une violation qu'en cas d'évidence.⁶²

II. L'organisation de l'Etat

1. Pouvoirs et institutions politiques

1.1. La juridiction a-t-elle recours à un concept spécifique de séparation des pouvoirs en ce qui concerne l'interprétation et la délimitation des pouvoirs des institutions politiques ? Quelle est la source de ce concept ? Quelles valeurs sont à l'œuvre ?

La doctrine allemande parle de division au lieu de séparation des pouvoirs.⁶³ Si l'on compare avec les autres principes qu'énumère l'article 20 LF, la Cour constitutionnelle fédérale a eu recours de façon relativement large à la division des pouvoirs, précepte principalement consacré par l'article 20 II 2 LF⁶⁴ et spécifié par de nombreuses dispositions additionnelles.⁶⁵ La division des pouvoirs constitue alors un « principe portant organisationnel et fonctionnel ». ⁶⁶ Depuis le début, la Cour constitutionnelle fédérale perçoit la division des pouvoirs non pas comme stricte séparation au sens propre du terme mais plutôt comme un système de *checks and balances*.⁶⁷ La Cour, qui appréhende le précepte comme principe d'organisation étatique, voit sa source exclusivement dans l'Etat de droit (contrairement à la doctrine qui postule qu'il trouve ses racines aussi dans le principe de démocratie⁶⁸).⁶⁹

⁵⁸ BVerfGE 45, 187 (227) ; 108, 282 (300) ; 115, 118 (158 et s.).

⁵⁹ BVerfGE 6, 55 (72) ; 51, 97 (110) ; 103, 142 (153).

⁶⁰ *Isensee* (note 43), n° 158, avec références complémentaires.

⁶¹ BVerwGE 23, 347 (350 et s.) ; 27, 360 (362 et s.) ; allant dans ce sens aussi BVerfGE 33, 303 (330 et ss.) ; 75, 40 (61 et s.) ; *Böckenförde*, NJW 1974, p. 1529 (1535 et s.).

⁶² P. ex. pour l'obligation de protéger BVerfGE 56, 54 (80 et s.) et 115, 118 (159 et s.), respectivement avec références complémentaires ; *Sachs* (note 46), n° 36 note 94.

⁶³ *Sommermann*, dans : Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz II, 6^{ème} édition 2010, Art. 20 n° 208.

⁶⁴ *Möllers*, AöR 132 (2007), p. 493 (494).

⁶⁵ P. ex. dans les articles 63, 67, 69, 76 I, 80, 94 I 2 et II 1, 95 II, 100 I, 113 LF ; souvent lus en conjonction par la Cour constitutionnelle fédérale, *Möllers*, AöR 132 (2007), p. 493 (537).

⁶⁶ BVerfGE 34, 52 (59).

⁶⁷ Cf. p. ex. BVerfGE 3, 225 (247) ; 22, 106 (111) ; 30, 1 (28) ; *Möllers*, *The three branches*, 2015, p. 45 et s.

⁶⁸ P. ex. *Di Fabio*, dans : *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II*, 3^{ème} édition 2004, § 27 n° 11 ; *Schulze-Fielitz*, dans : *Dreier*, *Grundgesetz-Kommentar II*, 3^{ème} édition 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) n° 67.

⁶⁹ BVerfGE 68, 1 (87) ; cf. aussi déjà BVerfGE 2, 307 (316) ; 25, 352 (358) ; ou bien BVerfGE 9, 268 (279 et ss.), où la Cour constitutionnelle fédérale examine une violation du principe de division des pouvoirs avant de trancher la question de 'l'Etat de droit démocratique' ; références additionnelles chez *Sinemus*, *Der Grundsatz*

La division des pouvoirs a été concrétisée dans un sens quantitatif et dans un sens qualitatif.⁷⁰ La « théorie de dominance » (*Übergewichtstheorie*) représente la concrétisation quantitative. Selon cette théorie, aucun des pouvoirs ne saurait arriver à une position de dominance par rapport aux autres institutions politiques qui ne serait pas prévue par la loi fondamentale.⁷¹ En revanche, la « doctrine du noyau dur » (*Kernbereichslehre*) représente la concrétisation qualitative : afin que chaque branche retienne au moins ses compétences et fonctions centrales, aucune ingérence dans ces domaines n'est autorisée.⁷² Par exemple, selon la figure juridique du « domaine principal d'autonomie exécutive du gouvernement fédéral » (*Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung*), le gouvernement ne saurait voir ses champs de compétences centraux – dont fait partie la politique extérieure – être assumés par le parlement.⁷³ A l'égard du premier pouvoir, la Cour constitutionnelle fédérale a dans sa jurisprudence développé différents niveaux de contrôle des pronostics législatifs.⁷⁴ Ces concrétisations aident à dégager deux valeurs derrière le précepte : d'abord la liberté individuelle, puis l'idéal d'un ordre rationnel de fonctions dans l'intérêt des citoyens. En fin de compte l'Etat de droit vise entre autres à ce que la liberté individuelle soit réalisée et protégée.⁷⁵ Il n'est donc pas surprenant que la Cour constitutionnelle fédérale ait souvent recours à ce but comme ultime justification de sa jurisprudence sur la division des pouvoirs et, surtout dans sa jurisprudence initiale, ait mis l'accent sur l'aspect du précepte visant à garantir la liberté individuelle.⁷⁶ La réalisation et protection de cette liberté présuppose qu'il y ait un degré de contrôle mutuel effectif entre les institutions politiques⁷⁷ et que le pouvoir étatique soit tempéré et limité.⁷⁸ La « théorie de dominance » vise à ce que cet objectif soit réalisé.⁷⁹ En revanche, la jurisprudence plus récente montre que la Cour constitutionnelle fédérale dans son interprétation du précepte se laisse de plus en plus guider par l'objectif d'effectivité et de rationalité étatique.⁸⁰ Ceci a été caractérisé comme « deuxième doctrine d'interprétation »⁸¹ ou bien comme « interprétation fonctionnelle ».⁸² Selon cette approche, la division des pouvoirs prévoirait un « ordre de fonctions » (*Funktionenordnung*), non pas à comprendre comme utilitarisme *stricto sensu*⁸³ ou comme rapprochement à une sorte d' « effet utile général ».⁸⁴ Plutôt, en cas d'ambiguïté de la loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale, en recourant à cette interprétation téléologique, tend à attribuer la compétence à

der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1982, p. 167 note 1, p. 177 et ss., p. 213.

⁷⁰ Terminologie et caractérisation après *Leisner*, DÖV 1969, p. 405 (409).

⁷¹ BVerfGE 9, 268 (279 et s.) ; 22, 106 (111) ; 34, 52 (59) ; jurisprudence constante ; *Grzeszick*, dans : Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, décembre 2013, Art. 20 (V.) n° 50.

⁷² BVerfGE 9, 268 (279 et s.) ; 34, 52 (59) ; 95, 1 (15) ; jurisprudence constante ; *Sommermann* (note 63), n° 216.

⁷³ BVerfGE 67, 100 (139) ; 68, 1 (87) ; 104, 151 (207).

⁷⁴ BVerfGE 50, 290 (332 et s.), avec références complémentaires.

⁷⁵ *Grzeszick*, dans : Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, novembre 2006, Art. 20 (VII.) n° 11 et 27 ; *Pieroth*, Jura 2011, p. 729 (730 et s.)

⁷⁶ BVerfGE 9, 268 (279), avec références complémentaires ; jurisprudence constante ; *Schmidt-Aßmann*, dans : Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II, 3^{ème} édition 2004, § 26 n° 49.

⁷⁷ BVerfGE 30, 1 (28) ; 34, 52 (59), avec références complémentaires ; jurisprudence constante.

⁷⁸ BVerfGE 3, 225 (247) ; 9, 268 (279 et s.) ; jurisprudence constante ; *Di Fabio* (note 68), n° 9.

⁷⁹ A titre exemplaire BVerfGE 9, 268 (279).

⁸⁰ BVerfGE 68, 1 (86 et s.), élaboré dans BVerfGE 90, 286 (364) ; 95, 1 (15) ; 98, 218 (251 et s.) ; 104, 151 (207) ; 121, 135 (160) ; 124, 78 (120) ; *Schmidt-Aßmann* (note 76), n° 50.

⁸¹ *Schmidt-Aßmann*, dans : Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I, 1987, § 24 n° 50.

⁸² *Schulze-Fielitz* (note 68), n° 71 ; cf. aussi *Möllers*, The three branches, 2015, p. 41.

⁸³ *Puhl*, dans : Kube/Mellinghoff/Morgenthaler, Leitgedanken des Rechts zu Staat und Verfassung. Studienausgabe, Paul Kirchhof zu seinem 70. Geburtstag, 2015, § 23 n° 5.

⁸⁴ *Di Fabio* (note 68), n° 10.

l'institution qui possède le plus les qualités requises pour la mission en question. L'organisation, la composition, les fonctions ainsi que les méthodes et procédures de l'institution en question servent de critère pour cette détermination.⁸⁵ Poursuivant cette voie, la « doctrine du noyau dur » peut donc aussi être comprise comme concrétisation de l'interprétation fonctionnelle et de l'« ordre de fonctions ». ⁸⁶ En apparence, l'interprétation fonctionnelle met l'accent sur le contraire de la jurisprudence antérieure : l'exercice effectif du pouvoir étatique.⁸⁷ Pourtant, cette interprétation n'est pas incompatible avec la liberté individuelle puisque dans la société moderne, la liberté individuelle ne peut parfois être réalisée qu'avec l'aide de l'Etat,⁸⁸ ce qui présuppose un certain degré d'effectivité et de rationalité de l'activité étatique.

1.2. Y-a-t-il plusieurs niveaux de gouvernement, soit dans l'organisation interne de l'Etat, soit en relation avec une organisation supranationale ? Si oui, quel concept directeur ou idée directrice gouverne la juridiction concernant la délimitation des pouvoirs des différents niveaux de gouvernement ? Quid au regard des questions d'interprétation ?

La République fédérale d'Allemagne possède plusieurs niveaux de gouvernement : celui de l'Etat fédéral, celui des *Länder* et enfin le niveau communal,⁸⁹ qui fait partie des *Länder*.⁹⁰ Ce système est fondé sur le précepte de l'Etat fédéral, que la Cour constitutionnelle fédérale voit ancré principalement dans l'article 20 I LF,⁹¹ et sur l'article 28 II LF qui garantit l'autonomie de l'administration locale et qui instaure un système d'administration civique et décentralisé.⁹² Avec ce système, la loi fondamentale réalise la division verticale des pouvoirs⁹³ et une « démocratie subdivisée » (*gegliederte Demokratie*).⁹⁴ Cependant que le pouvoir législatif est – au moins en pratique – majoritairement attribué à l'Etat fédéral, l'exécution des lois est dans la plupart des cas attribuée aux *Länder*⁹⁵ qui participent aussi à l'élaboration des lois fédérales dans le *Bundesrat*.⁹⁶ En revanche, l'article 28 II 1 LF garantit aux communes « le droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes

⁸⁵ BVerfGE 68, 1 (86 et s.) ; 95, 1 (15 et s.) ; 98, 218 (251 et s.) ; *Lerche*, dans : Isensee, *Gewaltenteilung heute*. Symposium aus Anlass der Vollendung des 65. Lebensjahres von Fritz Ossenbühl, 2000, p. 75 (78 et s.).

⁸⁶ *Möllers*, AöR 132 (2007), p. 493 (499).

⁸⁷ Cf. *Horn*, AöR 127 (2002), p. 427 (450).

⁸⁸ Voir supra I.2.

⁸⁹ Cf. BVerfGE 107, 1 (11) ; 79, 127 (149 et s.) ; sur les communes comme troisième niveau d'administration, *Dreier*, dans : *Dreier, Grundgesetz-Kommentar II*, 3^{ème} édition 2015, Art. 28 n° 86, avec références complémentaires.

⁹⁰ BVerfGE 137, 108 (147) ; jurisprudence constante.

⁹¹ BVerfGE 34, 9 (20) ; 63, 1 (43). Il fait partie du noyau dur de la loi fondamentale, protégé par l'article 79 III LF, BVerfGE 87, 181 (196) ; 92, 203 (237). Cependant, ce n'est pas la seule disposition à cet égard – en effet, plus que la moitié des dispositions de la loi fondamentale traite de ce précepte, *Jestaedt*, dans : Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II*, 3^{ème} édition 2004, § 29 n° 13.

⁹² BVerfGE 119, 331 (363) ; 138, 1 (18).

⁹³ BVerfGE 95, 1 (18) ; cf. aussi déjà BVerfGE 55, 274 (318 et s.) ; *Hain*, dans : Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz II*, 6^{ème} édition 2010, Art. 79 n° 125.

⁹⁴ BVerfGE 52, 95 (111 et s.) ; 79, 127 (143, 148 et ss.) ; 91, 228 (244). L'organisation démocratique des *Länder* est garantie par l'article 28 I 1 LF.

⁹⁵ Par conséquence, on parle aussi d'un « fédéralisme exécutif », p. ex. *Ossenbühl*, DVBl. 1989, p. 1230 (1235).

⁹⁶ Articles 50 et ss. LF ; *Grzeszick*, dans : Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, mars 2006, Art. 20 (IV.) n° 23 ; celui-ci étant l'organe principal de représentation des *Länder* au plan fédéral, BVerfGE 121, 266 (305).

les affaires de la communauté locale », ce qui érige un principe de « compétence globale »⁹⁷ et de liberté d'action des communes.⁹⁸

En ce qui concerne la représentation de l'Allemagne face aux autres sujets de droit international, c'est principalement à l'Etat fédéral que l'article 32 I LF assigne cette compétence. Les articles 32 III et 59 II LF illustrent que les *Länder* n'y jouent un rôle que dans certains cas spécifiques.⁹⁹ Les communes ne peuvent adopter des mesures de « politique extérieure communale » que si elles présentent un lien local spécifique.¹⁰⁰ Cependant, un régime spécial est applicable vis-à-vis de la relation des différents niveaux de gouvernement avec l'Union Européenne : pendant que la compétence de représentation revient en principe à l'Etat fédéral, la Cour constitutionnelle fédérale a constaté en 1995 qu'il doit agir comme agent des *Länder* et prendre en compte leurs intérêts dans le cas où la préparation ou exécution d'un acte juridique de l'Union Européenne touche à leurs compétences.¹⁰¹ Depuis 1992, c'est l'article 23 II, IV-VI LF qui règle de façon plus détaillée les obligations de l'Etat fédéral vis-à-vis des *Länder* à cet égard.¹⁰²

Le leitmotiv de la loi fondamentale au plan interne est alors une certaine indépendance juridique des communes vis-à-vis des *Länder* et de l'Etat fédéral ainsi que des *Länder* vis-à-vis de l'Etat fédéral, associée à des instruments garantissant un certain degré d'homogénéité, de contrôle et de coopération. Au plan externe, la marge d'autonomie des communes et des *Länder* est plus réduite.

L'autonomie des *Länder* est imposée par le fait qu'ils possèdent – à côté de l'Etat fédéral – de la qualité étatique : il y a donc deux niveaux d' « étaticité » en Allemagne.¹⁰³ Par exemple, cette « étaticité » des *Länder* a pour conséquence qu'il doit toujours leur rester un noyau dur de compétences et de fonctions.¹⁰⁴ De plus, la Cour constitutionnelle fédérale a eu recours à leur qualité étatique pour déterminer qu'ils doivent avoir suffisamment de ressources financières,¹⁰⁵ pour évaluer la péréquation financière entre les *Länder*¹⁰⁶ ainsi que pour séparer les espaces administratifs respectifs entre les *Länder* et l'Etat fédéral.¹⁰⁷ L'article 28 II 1 LF garantit en revanche l'existence même des communes en général,¹⁰⁸ leur propre personnalité juridique¹⁰⁹ et un noyau dur de responsabilités.¹¹⁰ Tout cela est protégé par la possibilité d'un recours constitutionnel spécial (article 93 I Nr. 4b LF). C'est la subsidiarité qui constitue une des idées directrices derrière cette conception.¹¹¹ Sur cette base, la Cour constitutionnelle fédérale a entre autres déterminé que les communes doivent avoir

⁹⁷ Déjà BVerfGE 1, 167 (175) ; jurisprudence constante ; *Dreier* (note 89), n° 101, avec références complémentaires.

⁹⁸ *Ibid.*, n° 105 et s.

⁹⁹ Cf. BVerfGE 2, 347 (378 et s.).

¹⁰⁰ BVerwGE 87, 228 (230 et s.).

¹⁰¹ BVerfGE 92, 203 (230 et s., 234 et ss.) ; *Sachs*, dans : *Sachs, Grundgesetz-Kommentar*, 7^{ème} édition 2014, Art. 20 n° 71.

¹⁰² *Sommerrmann* (note 63), n° 40. La décision susmentionnée était encore basée sur le texte de la loi fondamentale avant que le nouvel article 23 LF entre en vigueur.

¹⁰³ BVerfGE 1, 14 (34) ; 36, 342 (360 et s.) ; 116, 327 (380) ; jurisprudence constante ; cf. aussi *Ossenbühl*, DVBl. 1989, p. 1230 (1231). L'article 32 III LF illustre encore l' « étaticité » des *Länder*.

¹⁰⁴ BVerfGE 34, 9 (19 et s.) ; 87, 181 (196).

¹⁰⁵ BVerfGE 55, 274 (300) ; 72, 330 (383, 388).

¹⁰⁶ BVerfGE 101, 158 (221 et s.) ; 116, 327 (380 et s.).

¹⁰⁷ P. ex. BVerfGE 11, 77 (85 et s.) ; 88, 203 (332) ; 108, 169 (181 et s.).

¹⁰⁸ Non pas comme droit subjectif, voir note 113 ; *Dreier* (note 89), n° 91 et s.

¹⁰⁹ *Dreier* (note 89), n° 76.

¹¹⁰ BVerfGE 1, 167 (175) ; 107, 1 (11 et s.) ; 137, 108 (156 et ss.) ; jurisprudence constante.

¹¹¹ *Tettinger*, dans : *Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz II*, 6^{ème} édition 2010, Art. 28 n° 9 ; cf. aussi BVerfGE 10, 89 (104) et, concernant l'autonomie statutaire en général (dont jouissent aussi les communes, BVerfGE 32, 346 (361)), BVerfGE 33, 125 (156 et s.). En revanche, au regard de la relation entre les *Länder* et l'Etat fédéral, la loi fondamentale ne suit pas le concept de subsidiarité, *Sommerrmann* (note 63), n° 32.

suffisamment de ressources financières propres pour qu'elles puissent réellement exercer leurs pouvoirs.¹¹² La modification du territoire d'une commune est possible, mais seulement sous certaines conditions.¹¹³

Cependant, cette autonomie des *Länder* et des communes va nécessairement de pair avec un degré d'homogénéité et de contrôle. Au plan interne, les articles 28 I 1 et 83 et suivants LF sont emblématiques en ce qui concerne la relation entre les *Länder* et l'Etat fédéral, pendant que la Cour constitutionnelle fédérale voit la « supervision communale » (*Kommunalaufsicht*) comme corrélat de l'autonomie communale.¹¹⁴ De la même façon, la coopération nécessaire entre les différents niveaux d'administration trouve son expression dans l'« obligation de fidélité fédérale » (*Gebot der Bundestreue*), ce qui oblige l'Etat fédéral et les *Länder* mutuellement à tenir compte de leurs intérêts respectifs.¹¹⁵ Selon la justice administrative, les communes sont aussi soumises à cette obligation.¹¹⁶ L'obligation de coopération a encore été concrétisée par l'« obligation fédérative de traitement égal » (*föderatives Gleichbehandlungsgebot*),¹¹⁷ l'« obligation de respecter les limites de compétences dans l'ordre fédéral » (*Gebot der Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen*)¹¹⁸ et par l'obligation de solidarité fédérale financière.¹¹⁹

2. La Démocratie et l'Etat de droit

Quels rôles jouent les concepts de démocratie et l'Etat de droit dans l'interprétation de la Constitution ? Comment sont-ils concrétisés ? Quelle est la source de cette concrétisation ?

Tant le concept de démocratie que le concept de l'Etat de droit sont formellement consacrés par la loi fondamentale dans l'article 20 LF et constituent des principes constitutionnels. Dans cette fonction, ils servent comme fondement et point de repère pour l'interprétation des autres dispositions constitutionnelles.¹²⁰ Les deux concepts tels que se retrouvent dans la loi fondamentale se sont développés en parallèle dans l'histoire constitutionnelle allemande et sont étroitement liés. Cette liaison se manifeste par exemple dans des concepts comme la division des pouvoirs, la primauté du droit et la réserve de la loi (à leur tour des principes constitutionnels), qui trouvent leurs racines dans les deux concepts¹²¹ et doivent être interprétés en prenant en compte cette double origine.¹²² De plus, la liaison étroite se manifeste dans le fait que la Cour constitutionnelle fédérale inclut des éléments des deux concepts pour définir le contenu de l' « ordre fondamental libre et démocratique » (*freiheitliche demokratische Grundordnung*).¹²³ Ce terme sert entre autres de critère d'évaluation par exemple dans l'interdiction d'un parti politique (article 21 II LF) et figure dans plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle fédérale.¹²⁴

¹¹² BVerfGE 1, 167 (175) ; 22, 180 (205) ; cf. aussi BVerwGE 145, 378 (385).

¹¹³ BVerfGE 50, 50 (50 et s.) ; 86, 90 (107 et ss.).

¹¹⁴ BVerfGE 6, 104 (118).

¹¹⁵ Déjà BVerfGE 1, 299 (315) ; 4, 115 (141 et s.) ; 81, 310 (337 et s.) ; jurisprudence constante ; pour les obligations concrètes tirées de l'obligation par la jurisprudence *Grzeszick* (note 96), n° 126 et ss.

¹¹⁶ BVerwGE 82, 266 (268 et s.).

¹¹⁷ BVerfGE 12, 205 (255 et s.) ; 72, 330 (404) ; 122, 1 (38).

¹¹⁸ BVerfGE 98, 106 (118) ; *Jestaedt* (note 91), § 29 n° 29.

¹¹⁹ BVerfGE 72, 330 (386 et s., 395 et ss., 401 et ss.) ; 116, 327 (380 et s.).

¹²⁰ *Dreier*, dans : *Dreier, Grundgesetz-Kommentar II*, 3^{ème} édition 2015, Art. 20 (Einführung) n° 12, 14.

¹²¹ *Schulze-Fielitz* (note 68), n° 67 et 105, avec références complémentaires.

¹²² *Pieroth*, JuS 2010, p. 473 (474).

¹²³ Déjà BVerfGE 2, 1 (12 et s.).

¹²⁴ P. ex. BVerfGE 5, 85 ; 39, 334 (349) ; 134, 141. § 4 II BVerfSchG a adopté la définition de la Cour constitutionnelle fédérale de l' « ordre fondamental libre et démocratique ».

En tant que principes constitutionnels, la démocratie et l'Etat de droit sont – pris ensemble ou pris séparément – concrétisés à maintes reprises dans la loi fondamentale. Par exemple, l'existence des droits fondamentaux démocratiques (parmi d'autres, les articles 5 I et 8 LF) est garantie à la fois par le principe de démocratie ainsi que par le principe de l'Etat de droit. Ces droits constituent un fondement indispensable de la démocratie et de plus une expression de la liberté du citoyen que vise à protéger l'Etat de droit.¹²⁵ Partant de l'image du citoyen à part entière et afin de permettre sa participation effective à l'exercice du pouvoir, la Cour constitutionnelle fédérale interprète ces droits largement.¹²⁶

Le concept de démocratie est concrétisé par exemple par l'article 38 LF qui consacre le droit et les principes de vote, par le principe de majorité et par la publicité du processus décisionnel public (articles 42 I, 44 I 1, 52 III 3 LF).¹²⁷ Au fond, le concept de démocratie répond à la question de savoir de qui émane le pouvoir étatique et qui l'exerce.¹²⁸ Pour la Cour constitutionnelle fédérale, le concept de démocratie doit être assimilé à celui de la souveraineté populaire.¹²⁹ Si l'on considère l'histoire des idées, les fondations de cette pensée peuvent être liées à *Carl Schmitt*. Selon lui, la démocratie signifie l'identité ainsi que l'égalité et homogénéité démocratique entre les gouvernants et les gouvernés.¹³⁰ La Cour constitutionnelle fédérale perçoit de plus « l'idée de l'individu autodéterminé dans un ordre constitutionnel libéral » comme source du concept de démocratie.¹³¹

En s'appuyant sur l'idée de citoyens autodéterminés, la Cour a été menée à reconnaître en quelque sorte un « droit fondamental à la démocratie ». ¹³² Selon cette jurisprudence, l'article 38 LF garantit aussi la protection « du contenu démocratique de base » qui est de « participer à la légitimation et l'exercice du pouvoir étatique au niveau fédéral ». Ce droit serait violé dans le cas d'un transfert de l'intégralité des compétences substantielles du parlement à la Communauté européenne.¹³³ En effet, cette reconnaissance signifie une « mutation » de la structure démocratique « d'un principe objectif vers un droit fondamental subjectif ». ¹³⁴

De plus, la souveraineté populaire exige qu'il y ait une chaîne de légitimation démocratique suffisante et non interrompue entre ceux qui exercent le pouvoir et ceux dont il émane.¹³⁵

Cette chaîne de légitimation a une dimension organisationnelle et personnelle et une dimension de fond.¹³⁶ Selon la première dimension, tout agent public et organisme étatique doit être légitimé (indirectement) par le peuple et selon la deuxième, la légitimation démocratique résulte aussi de l'obligation de respecter la loi et du contrôle par une instance supérieure.¹³⁷

¹²⁵ *Böckenförde*, dans : Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II, 3^{ème} édition 2004, § 24 n° 86 ; cf. aussi BVerfGE 117, 244 (258), avec références complémentaires.

¹²⁶ Voir à ce propos déjà I.1.1.

¹²⁷ A l'égard de la publicité du processus décisionnel public, BVerfGE 70, 324 (358) ; 118, 277 (353) ; 131, 152 (204 et s.). Pour d'autres concrétisations, *Pieroth*, JuS 2010, p. 473 (475 et ss.) ; *Starck*, dans : Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland XII, 3^{ème} édition 2014, § 271 n° 68.

¹²⁸ *Böckenförde* (note 125), n° 83.

¹²⁹ P. ex. BVerfGE 77, 1 (40 et s.) ; 83, 60 (71 et s.) ; 93, 37 (66 et s.) ; *Ehlers*, in : Faber/Frank, Demokratie in Staat und Wirtschaft. Festschrift für Ekkehart Stein zum 70. Geburtstag, 2002, p. 125 (126) ; dans cette direction aussi BVerfGE 135, 155 (221).

¹³⁰ *Schmitt*, Verfassungslehre, 11^{ème} édition 2017, p. 235 et ss. Pour l'aspect d'homogénéité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE 89, 155 (186).

¹³¹ BVerfGE 107, 59 (92) ; aussi déjà BVerfGE 5, 85 (204 et s.) ; 44, 125 (142) et 123, 267 (341 et ss.) ; *Hanebeck*, DÖV 2004, p. 901 (904 et s., 907 et s.).

¹³² BVerfGE 89, 155 (171 et s.) ; 97, 350 (368 et s.) ; 123, 267 (329 et ss.) ; 134, 366 (380 et s., 396 et s.) ; jurisprudence constante.

¹³³ BVerfGE 89, 155 (172).

¹³⁴ *Tomuschat*, DVBl. 2014, p. 645 (646).

¹³⁵ BVerfGE 77, 1 (40) ; 83, 60 (71 et s.) ; 130, 76 (123 et s.).

¹³⁶ *Petersen*, JöR 58 (2010), p. 137 (151).

¹³⁷ À titre exemplaire BVerfGE 130, 76 (124) ; 136, 194 (261 et s.) ; *Böckenförde* (note 125), n° 16 et 21.

L'Etat de droit en revanche vise surtout à ce que l'autonomie individuelle soit réalisée et protégée par la limitation du pouvoir étatique.¹³⁸ Cet objectif principal est illustré par de nombreuses concrétisations de l'Etat de droit dans la loi fondamentale, comme par exemple la primauté du droit et la réserve de la loi, la division des pouvoirs, la sécurité juridique, la protection juridique, la responsabilité d'Etat, le principe de proportionnalité ainsi que par les droits fondamentaux.¹³⁹ La loi fondamentale suit alors trois grandes lignes de pensée : celle de l'Etat de droit libéral (entre autres avec les droits fondamentaux, la division des pouvoirs et la sécurité juridique), de l'Etat de droit formel (entre autres avec la protection juridique) et enfin celle de l'Etat de droit social (avec la dimension positive des droits fondamentaux).¹⁴⁰

¹³⁸ *Grzeszick* (note 75), n° 11 et 27 ; *Pieroth*, Jura 2011, p. 729 (730 et s.).

¹³⁹ *Schulze-Fielitz* (note 68), n° 39, avec références complémentaires ; cf. aussi *Dreier*, dans : *Dreier*, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 2014, p. 23 (32 et ss.).

¹⁴⁰ *Pieroth*, Jura 2011, p. 729 (732 et s.).