

L'INFLUENCE DU DROIT PUBLIC FRANÇAIS SUR LA DOCTRINE JURIDIQUE ALLEMANDE DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE

Dans la doctrine allemande du droit public la prise en compte du droit étranger joue traditionnellement un rôle important. Un rôle distingué y revient au droit français. Dans les dernières années une série de colloques s'est penchée sur lui.¹ Déjà au XIX^e siècle, le droit français peut être qualifié d'ordre juridique étranger le plus important à cause des changements napoléoniens de la situation juridique et constitutionnelle en Allemagne. En droit civil, le droit français fut présenté comme modèle à travers le Code Civil, qui fut le droit en vigueur dans une grande partie de l'Allemagne jusqu'à 1900. Le même constat vaut pour le droit administratif.² L'influence de la doctrine française sur l'œuvre d'Otto Mayer, le fondateur du droit administratif allemand, est connue et manifeste.³ En droit

¹ Cf. OLIVIER BEAUD / PATRICK WACHSMANN (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, 1997; OLIVIER BEAUD / ERK VOLKMAR HEYEN (dir.), *Une science juridique franco-allemande? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, 1999; CONSTANCE GREWE / CHRISTOPH GUSY (dir.), *Französisches Staatsdenken*, 2002; (sur ceci, voir la critique de MARTIN BULLINGER, *Der Staat* 41 (2002), 317, qui s'occupe des différents processus de réception et des obstacles à la réception); JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN (dir.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich*, 2001; JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN / HEINZ MOHNHAUPT (dir.), *Économie et théories économiques en histoire du droit et en philosophie*, 2004.

² Sur la fonction de modèle de la France pour le droit administratif moderne en Allemagne, voir MARTIN BULLINGER (note 1), 318.

³ Comme professeur à Strasbourg OTTO MAYER dût enseigner le droit administratif français, qui fut en vigueur en Alsace encore après 1871. Avant son œuvre important, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 tomes, 1895, OTTO MAYER écrit un manuel de droit administratif français: *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886, nouvelle édition 1998. Sur Mayer cf. REIMUND SCHMIDT-DE CALUWE, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*, 1999, 91sq.; ERK VOLKMAR HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981; du même, *Otto Mayer: Frankreich und das deutsche Reich*, *Der Staat* 19 (1980), 444; du même, *Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie. Zur philosophischen Bildung Otto Mayers*, *Quaderni Fiorentini* 8 (1979), 275; ALFONS HUEBER, *Otto Mayer. Die juristische Methode im Verwaltungsrecht*, 1981; MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, tome 2, 1992, 403ff. Voir aussi OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, tome I-IV, 1903-1906, traduit par lui-même.

constitutionnel, au XIX^e siècle, on s'est plutôt démarqué de la France, éloignement déclenché d'une part par la Révolution, dont les expériences ont toujours fait peur en Allemagne, d'autre part par l'absolutisme du parlement de la III^e République incompatible avec les réalités de l'Empire.⁴

Par conséquent, déjà au XIX^e siècle, on peut observer la grande influence du droit administratif et constitutionnel français en Allemagne. En droit constitutionnel le droit français toutefois n'est pas capable d'avoir la même importance comme ordre juridique étranger de référence à l'instar du droit administratif. Le droit français est concurrencé ici par d'autres ordres juridiques étrangers, au XIX^e siècle notamment le droit anglais⁵, au XX^e siècle le droit américain. En revanche, en droit administratif allemand, le rôle du droit administratif français est demeuré incontesté.

Étudier l'influence du droit français et de la doctrine française sur la doctrine constitutionnelle allemande dans la période qui suivit 1949 concerne un domaine très vaste.⁶ On ne peut la traiter qu'en acceptant de grandes schématisations et qu'avec le but modeste d'identifier quelques tendances. En parlant d'influence ou du rôle du droit français, j'entend par là toute référence doctrinale au droit français ainsi qu'à la pensée juridique française, soit de nature approuvante, soit de nature réprobatrice, ou soit encore de caractère descriptif ou normatif. Je vise des prises en compte, quelles qu'elles soient, de la culture juridique française par les publicistes allemands. Si l'on peut parler d'une influence, cela dépend généralement de deux conditions : d'un côté, de l'intérêt personnel au droit public français, de l'autre côté de sa faculté de compatibilité systématique avec le droit public allemand. Ce n'est que rarement que les deux conditions sont remplies. L'analyse de l'influence du droit public français sur le droit de la République Fédérale montrera que la faculté de compatibilité systématique fait défaut, malgré la présence d'intérêt personnel. Cela vaut déjà pour Carlo Schmid qui joua un rôle déterminant en tant que membre du *Parlamentarischer Rat* (l'Assemblée Constituante) dans la formu-

⁴ Cf. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, 1999, qui manifeste la démarcation du positivisme publiciste allemand de la III^e République. Sur la perception de la III^e République voir aussi ROMAN SCHNUR, *Vive la République! Quelle République?* *Der Staat* 16 (1977), 110. Sur la vue juridique allemande de la Révolution voir CHRISTIAN STARCK, *Die Französische Revolution und das deutsche Staatsrecht*, *Juristenzeitung* 1989, 601.

⁵ WOLFGANG PÖGGELER, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht*, 1995. Sur l'Angleterre écrivirent pendant l'Empire notamment RUDOLF VON GNEIST, JULIUS HATSCHKE, OTTO KOELLREUTTER.

⁶ Sur l'examen du droit constitutionnel français dans la littérature allemande voir déjà RAINER ARNOLD, *Das französische Verfassungsrecht in der deutschen Rechtswissenschaft*, dans O. BEAUD / E. V. HEYEN (dir.), *Une science juridique franco-allemande?* 1999, 237.

lation de la Loi Fondamentale.⁷ Fils d'une mère française, nourrit de littérature française et homme de lettres particulièrement francophone, il ne parvint pourtant pas à influencer le *Parlamentarische Rat* par les idées constitutionnelles françaises.

I. Bilan : cinq thèses

Pour déterminer l'influence du droit public français sur la doctrine du droit constitutionnelle allemande commençons avec cinq thèses :

1. La prise en compte du droit étranger, et donc aussi du droit public français, par la doctrine du droit constitutionnel allemand est généralement très intense.⁸ 2. Dans la République Fédérale on constate une augmentation dans les années 50 et 60, puis une diminution de l'intérêt pour la pensée juridique française après 1970. Actuellement nous sommes dans une phase où l'intérêt pour la pensée juridique française augmente. 3. Ces conjonctures s'accompagnent d'un changement des centres d'intérêts, passant du droit constitutionnel au droit administratif. 4. Dans ce développement le débat théorique a diminué spécialement au détriment du droit constitutionnel tandis que l'intérêt pour les problèmes du droit positif ainsi que pour les institutions augmente essentiellement au profit du droit administratif. 5. L'examen des penseurs de l'État comme Bodin, Montesquieu ou Rousseau est vif et permanent.⁹ Ces œuvres classiques créent une présence constante de la pensée fran-

⁷ PETRA WEBER, Carlo Schmid, 1996 ; KLAUS-PETER SCHRÖDER, Carlo Schmid (1896-1979) : ein deutscher Europäer, dans : K. BECKMANN (dir.), Eine Verfassung für Europa, 2004, 21 ; JOSEPH ROVÁN, Carlo Schmid, Gallionsfigur der deutsch-französischen Gemeinschaft mit Blick auf das vereinte Europa, dans : FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG (dir.), Europa und die Macht des Geistes. Gedanken über Carlo Schmid (1896-1979), 1997, 204 ; ERNST FRIESENHAHN, Carlo Schmid verstorben, Die Öffentliche Verwaltung 1980, 42.

⁸ Ceci se reflète institutionnellement dans l'orientation des chairs ainsi que dans l'organisation de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, dont des universitaires d'Autriche et de la Suisse sont aussi membres ainsi que deux Français, qui ont enseigné ou qui enseignent en Allemagne (Michel Fromont, Christian Autexier).

⁹ On trouve beaucoup d'exposés sur ces penseurs dans la doctrine allemande. On relèvera entre autres : HANS-ULRICH SCUPIN, Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin, Der Staat 4 (1965), 1 ; JULIEN FREUND, Der Grundgedanke der politischen Philosophie von J. J. Rousseau, Der Staat 7 (1968), 1 ; ROMAN SCHNUR, Benjamin Constant und die Emigranten (1825), Der Staat 19 (1980), 161 ; ULRICH LANGE, Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu, Der Staat 19 (1980), 213 ; DETLEF MERTEN (dir.), Gewaltentrennung im Rechtsstaat. Zum 300. Geburtstag von Charles de Montesquieu, 1989 ; HANS BUCHHEIM, Zur Interpretation von Rousseaus „Du Contrat Social“, Der Staat 35 (1996), 389 ; WOLFGANG KAHL, Montesquieu, Staat und Europa, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 45 (1997), 11 (y compris des remarques sur l'interprétation actuelle de Montesquieu en Allemagne).

çaise dans le débat allemand, mais d'un autre côté, ils ne peuvent pas servir de preuve pour l'influence du droit public français compte tenu de leur statut de « classique ».

Donc, nous ne épuiserons pas ces auteurs classique mais limiterons nous aux pensées du 20^e siècle. À cette occasion il vaut néanmoins remarquer, qu' on ne tient pas compte de tous ces classiques de manière égale. La prédominance, par exemple, de Rousseau dans le domaine de la volonté du peuple et de la représentation est frappante, tandis que Mirabeau, Tocqueville et Sieyès ne sont guère traités.¹⁰ Précisément, l'influence de Rousseau ne doit pas être sous-estimée. Rousseau a marqué au moins la conception allemande des fondements de la volonté du peuple ainsi que des fondements de la représentation. En référence à Rousseau, on attendait de la représentation qu'elle exige une identité des représentants et des représentés¹¹ – une hypothèse avec laquelle on pouvait toujours dévaluer le parlementarisme représentatif en faveur d'une compréhension de la représentation d'une façon de caractère identique.¹² En Allemagne, on attendait en quelque sorte de la représentation parlementaire qu'elle garantisse une situation plébiscitaire. Ernst Fraenkel, après avoir émigré aux États-Unis pendant le national-socialisme et après avoir enseigné les sciences politiques à Berlin après la Seconde Guerre Mondiale, critiqua cette idée répandue en Allemagne.¹³ Selon lui, une valeur propre n'est pas accordée au parlement d'après la tradition européenne continentale, à la différence de l'Angleterre et de l'Amérique.¹⁴ Fraenkel impute cette conception partielle de la volonté populaire et de la représentation à une attention trop fixée sur Rousseau¹⁵ négligeant ainsi des théoriciens comme Mirabeau ou Sieyès.

¹⁰ Cependant JOSEF ISENSEE a abordé Sieyès à plusieurs reprises.

¹¹ Sur les théories de représentation de caractère identique comme un problème spécifique allemand, cf. HASSO HOFMANN, *Repräsentation*, 2^e éd. 1990, 15-28.

¹² Notamment par CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, 223, 234 ; du même, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2^e éd. 1926, 35. Voir aussi GERHARD LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, 1929, 32ff. L'autre compréhension classique regardant le représentant comme mandataire, n'est pas sous représentée dans la pensée allemande. Elle est soutenue par HANS KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 310 sq. Sur les divergences des modèles respectifs ainsi que leurs conséquences : OLIVER LEPSIUS, *Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik*, dans : C. GUSY (dir.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 2000, 366.

¹³ ERNST FRAENKEL, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 1964, p. 132.

¹⁴ Cf. FRAENKEL, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵ Cf. FRAENKEL, *op. cit.*, p. 37, 40, 53 s., 58 s., 63. Selon Fraenkel on n'a pas importé la tradition constitutionnelle anglaise directement de l'Angleterre en Allemagne mais par le biais de la France, *op. cit.* 37. L'histoire constitutionnelle de la Révolution jusqu'à la III^e République a impressionné la pensée politique allemande fortement et elle a nettement évincé le développement anglo-américain, *op. cit.*, p. 138.

II. L'influence quantitative du droit public français

L'influence quantitative du droit public français sur la doctrine juridique allemande peut être identifiée à titre d'exemple par un examen des publications de l'association des professeurs allemands du droit public (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* – « *VVDStRL* »). Elles reflètent l'auto-description du droit public en Allemagne (s'étendant aussi à la Suisse ainsi qu'à l'Autriche) et c'est pour cela qu'elle peut être qualifiée de représentative. Les questions actuelles concernant le droit constitutionnel et le droit administratif traitées aux colloques ne promettent pas de prise en compte de façon véritablement théorique. Cependant, une grande importance a toujours été attachée aux liens avec le droit étranger, notamment à cause de l'appartenance des collègues autrichiens et suisses. C'est pour cela que le droit autrichien ainsi que le droit suisse doit être pris en compte par l'Association. Cela nécessite d'un côté un travail comparatif. De l'autre côté, la capacité de saisir le droit étranger est souvent épuisée par ceci. L'Association a en effet essayé pendant de longues années de rendre à la prise en compte du droit étranger l'importance qu'elle mérite selon son but statutaire institutionnel.¹⁶ Depuis 1998 des sujets étant explicitement comparatifs sont attribués,¹⁷ dans lesquels le droit français joue aussi un rôle de premier rang. De surcroît, il convient d'indiquer la présence de Michel Fromont, le seul membre français de l'association avec Christian Autexier¹⁸. Maintes fois

¹⁶ Des rapports par pays concernant l'Autriche et/ou la Suisse ont été rédigés les derniers temps sur ces sujets : la protection de la propriété, le cadre de l'exercice du droit de propriété en tenant compte de sa fonction sociale et l'expropriation, *VVDStRL* 51 (1992), 252 ; des contrats et des accords entre l'administration et les particuliers, *VVDStRL* 52 (1993), 298, 314 ; les principes du régime des finances publiques, *VVDStRL* 52 (1993), 111, 123 ; l'obligation des écoles d'assurer l'enseignement public ainsi que les critères éducatifs, *VVDStRL* 54 (1995) ; la privatisation des fonctions de l'État, *VVDStRL* 54 (1995) ; le contrôle exercé par les cours de comptes, 55 (1996) ; le contrôle du pouvoir des affaires étrangères, 56 (1997).

¹⁷ Cf. EIBE RIEDEL, *Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmenseetzungen für das Verwaltungshandeln ?* *VVDStRL* 58 (1999), 180, 187sq., 196sq. (une comparaison des systèmes avec la France et l'Angleterre) ; GERHARD ROBBERS, *Staat und Religion*, *VVDStRL* 59 (2000), 231, 238sq., 252sq. comprenant une comparaison avec la France ; MICHAEL HOLOUBEK, *Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber*, *VVDStRL* 60 (2001), 513, 530sq. sur la France ; WERNER HEUN, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 61, 80, 100sq. sur la constitution et la loi en France ; ASTRID EPINEY, *Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, *VVDStRL* 61 (2002), 362, 370sq. sur le contentieux administratif français.

¹⁸ Un rapport par pays de CHRISTIAN AUTEXIER : *Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten*, *VVDStRL* 52 (1993), 285. Voir aussi du même : *Der neue Conseil Constitutionnel*, *Der Staat* 15 (1976), 89.

ses articles ont montré les correspondances ainsi que les différences françaises aux collègues germanophones.¹⁹

Même si les exposés ne sont pas des rapports par pays et ne sont pas non plus comparatifs, mais traitant au contraire les problèmes doctrinaux du droit allemand, la présence des auteurs étrangers et du droit étranger parmi la doctrine employée est généralement élevée. Le dépouillement montre qu'on ne trouve que peu de rapports du congrès qui ne fassent pas référence au droit français.²⁰ Il fait aussi apparaître un développement intéressant du point de vue quantitatif. Dans les années 1950 et 1960 l'influence du droit public français dans la doctrine fut grande. On constate une baisse significative dans les années 1970. Dans les années 1980 on peut identifier un point zéro quant à la prise en compte de la pensée juridique française. En revanche, depuis les années 1990 l'influence augmente de façon continue. Et spécialement dans les dernières années on peut identifier un intérêt vif pour le droit public français.

Par ailleurs, l'examen des éditions du périodique « Der Staat » (publié pour la première fois en 1962) donne le même résultat, avec un retard d'une décennie seulement. Là sont traitées des questions notamment théoriques et non pas des problèmes d'actualité du droit positif comme dans les publications de l'Association. L'activité baisse dans les années 1980 et surtout dans les années 1990, même si un grand nombre d'articles traitant des

¹⁹ Des remarques de MICHEL FROMONT parues les dernières années dans VVDStRL 53 (1994), 277 ; 54 (1995), 150, 344 ; 58 (1999), 132, 224 ; 59 (2000), 178 ; 350 ; 62 (2003), 341. Voir aussi du même, Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht, Die öffentliche Verwaltung 1999, 493 ; et les titres de Fromont cités suivants.

²⁰ D'après ce qu'on voit les références au droit français ou à la doctrine française ne manquent que dans les tomes VVDStRL 19 (1960), 33 (1975), 36 (1978), 40 (1982), 44 (1986), 46 (1988), 47 (1989), 49 (1990), 57 (1998).

²¹ Pour illustrer le champ des sujets il convient de mentionner à titre d'exemple les exposés correspondants du périodique « Der Staat » des années 1980-2000 : ROMAN SCHNUR, Constant (note 9) 19 (1980), 213 ; ERK VOLKMAR HEYEN, Otto Mayer : Frankreich und das deutsche Reich, 19 (1980), 444 ; JULIEN FREUND, Über Weitblick in der Politik, 23 (1984), 233 ; WILFRIED VON BRÉDOW, Realität als Persiflage, 25 (1986), 425 ; MANFRED BALDUS, Carl Schmitt im Hexagon, 26 (1987), 566 ; ROGERS BRUBAKER, Einwanderung und Nationalstaat in Frankreich und Deutschland, 28 (1989), 1 ; KARL-PETER SOMMERMANN, Zweihundert Jahre Französische Verfassung von 1793 : Die Verfassungstradition des Jahres I, 32 (1993), 611 ; PANAJOTIS KONDYLIS, Montesquieu : Naturrecht oder Gesetz, 33 (1994), 351 ; OLIVIER BEAUD, Fédéralisme und Souveränität, 35 (1996), 45 ; HANS BUCHHEIM, Zur Interpretation von Rousseaus „Du Contrat Social“, 35 (1996), 389 ; JÜRGEN BRAND, Das Notabelsystem und die Napoleonische Verwaltungsreform im Rheinland, 35 (1996), 614 ; PAUL-LUDWIG WEINACHT, Montesquieu und die doppelte Rechtskultur im alten Frankreich, 36 (1997), 118 ; MICHAEL PAWLIK, Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jaques Rousseaus, 38 (1999), 21 ; HANS-GEORG FRANZKE, Die Kompetenzen des französischen Staatspräsidenten, 38 (1999), 86 ; NORBERT CAMPAGNA, Prärogative und Rechtsstaat. Das Problem der Notstandsgewalt bei John Locke und Benjamin Constant, 40 (2001), 553.

sujets relatifs à la France est encore publié dans ce périodique.²¹ Dans ce cadre les exposés portant sur l'histoire constitutionnelle prenant en compte des grands classiques (Bodin, Rousseau, Montesquieu) sont à relever. Cependant, au XX^e siècle les penseurs français de l'État et de la Constitution ne sont guère traités.²²

III. L'influence française en droit constitutionnel

Pour déterminer l'influence qualitative du droit public français sur le droit constitutionnel allemand, il convient de distinguer deux points de départ soutenus en Allemagne. On peut les dénommer de façon simplificatrice et schématique la « pensée étatiste » d'un côté et la « pensée constitutionnaliste » de l'autre.²³ La pensée constitutionnaliste se base sur la fonction fondatrice de la constitution. Sa préoccupation se résume dans la thèse que dans une démocratie il n'y a que l'État dans la mesure où la constitution le permet.²⁴ Pour les adeptes de cette pensée, la France ne pouvait pas être le point de départ. Cela repose sur les structures différentes du droit constitutionnel dans les deux pays, excluant une quelconque réception. Pour les thèmes primordiaux du droit constitutionnel de la République Fédérale des années 1950 et 1960, à titre d'exemple le fédéralisme, la jurisprudence constitutionnelle ou le droit du contrôle judiciaire, il n'y avait pas de correspondance en France.²⁵ L'ordre institutionnel de la constitution de nos deux pays était trop distinct pour que le droit constitutionnel français puisse exercer une influence sur la discussion en Allemagne. La constitution de la V^e République a renforcé ces différences.²⁶

²² Dans les volumes 1 (1962) jusqu'à 17 (1979) on ne trouve que cinq articles dont trois d'auteurs français. (Ne sont pas mentionnés les exposés concernant des sujets et des classiques avant 1900) : JULIEN FREUND, *Die Demokratie und das Politische*, 1 (1962), 261 ; GÉORGES BURDEAU, *Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs*, 1 (1962), 369 ; KARL DOEHRING, «Pouvoir Neutre» und das Grundgesetz, 3 (1964) 201 ; HERMANN SCHMIDT, *Zur Natur der Eigentumsbildung in der Arbeit. John Locke in den Deutungen von Raymond Polin*, 4 (1965), 70 ; CHRISTIAN AUTEXIER, *Der Neue Conseil Constitutionnel*, 15 (1976), 89. Après 1980 la situation ne change presque en rien.

²³ Cf. à cette distinction fondamentale FRIEDER GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die deutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration*, 2004.

²⁴ Cette formule consacrée par ADOLF ARNDT, *Umwelt und Recht*, NJW 1963, 24 (25) ; confirmée par PETER HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2^e éd., 1998, 620.

²⁵ Sur le fédéralisme cf. HANS MAIER, *Aspekte des Föderalismus in Deutschland und Frankreich*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 35 (1986), 47 ; OLIVIER BEAUD, *Fédéralisme et fédération en France – Histoire d'un concept impossible*, 1999 ; voir aussi du même, *Föderalismus und Souveränität : Bausteine zu einer verfassungsrechtlichen Lehre der Föderation*, *Der Staat* 35 (1996), 45. Voir aussi RAINER ARNOLD (note 6), 248-253. Sur les différences à titre d'exemple du concept de la loi cf. CHRISTIAN STARCK, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970, 104 sq.

Les adeptes de la pensée constitutionnaliste se sont orientés plutôt vers le droit constitutionnel américain dont les structures étaient comparables.²⁷ C'est ainsi que Ulrich Scheuner, connu comme le « elder statesman » de la pensée constitutionnaliste dans les années 1950 et 1960, confessa que les idées françaises lui sont assez étrangères, et qu'il soutient plutôt la ligne anglo-saxonne.²⁸

La tradition de la pensée étatiste en Allemagne détermine la relation entre l'État et la constitution d'une autre façon : En Allemagne, l'État ne constitue pas seulement une entité sociale et empirique, mais il promet une valeur matérielle supplémentaire par rapport à la constitution. La pensée étatiste veut traiter les conditions non écrites de la constitution ainsi qu'instruire et remplir le droit constitutionnel d'une normativité préexistante. L'État est un État moral pour beaucoup d'entre eux.²⁹ Quant aux questions relatives au droit constitutionnel ces deux courants mènent à des justifications théoriques différentes, et souvent, aussi, à d'autres résultats pratiques.³⁰

²⁶ À ce sujet ANDREAS SATTLER, *Die Verfassung der Fünften Republik und das parlamentarische Regierungssystem*, Archiv des öffentlichen Rechts 87 (1962), 335 ; HANS-JOACHIM MENGEL, *Die Verfassung der V. Republik Frankreichs*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 30 (1981), 23 ; RAINER GRÖTE, *Das Regierungssystem der V. französischen Republik. Verfassungstheorie und -praxis*, 1994 ; CLAUDIUS DIETER CLASSEN, *Parlamentarismus in der V. Republik Frankreichs*, Die Öffentliche Verwaltung 2004, 269. Voir aussi T. SCHABERT, *Wider die Allmacht des Parlaments. Die Verfassungstheorie von Michel Debré*, Der Staat 18 (1979), 269.

²⁷ HORST EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961 ; du même, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), 53. Sur Ehmke et sur la prise des États-Unis comme modèle cf. FRIEDER GÜNTHER (note 23), 183s. ; voir aussi la thèse du Président Fédéral de plus tard (1989-1994) KARL CARSTENS, *Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung*, 1954. Beaucoup d'influence eut le manuel de JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, dans lequel il préconise un emprunt méthodologique à la case-law du Common Law. Voir aussi MARTIN KRIEJE, *Einführung in die Staatslehre*, 1975, 6ème éd. 2003.

²⁸ Cf. aussi une lettre de Scheuner à Schnur, citée dans FRIEDER GÜNTHER (note 23), 178. Mais cf. aussi ULRICH SCHEUNER, *Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung*, Die öffentliche Verwaltung 1963, 714. Dans le recueil des articles de Scheuner dénommé *Staatslehre und Staatsrecht*, 1978, l'auteur français cité le plus souvent est Georges Burdeau (après Rousseau, mais avec une avance sur Bodin et Montesquieu). Une délimitation de la théorie française de l'État (notamment Duguit, Hauriou et Renard) se trouve dans son article : *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre* (1962), dans : op.cit., 45, 65 ; Scheuner dit que la théorie allemande de l'État est plutôt idéaliste, pas réaliste. De surcroît il souligne l'influence de la pensée protestante à la différence de la tradition du droit naturel et de l'école thomasienne. Il est à remarquer que Scheuner n'aborde pas l'œuvre d'Hauriou dans son exposé : *Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes* (1953), dans : op.cit., 665.

²⁹ On releva entre autres : ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978.

³⁰ La transposition pratique de la pensée étatiste en résultats du droit constitutionnel a fait l'objet d'un examen critique les derniers temps par CHRISTOPH MÖLLERS, *Staat als Argument*, 2000. Selon son analyse le droit de l'État n'apporte pas la valeur ajoutée promise d'un point de vue dogmatique. De façon critique sur la pensée étatiste OLIVER LEPSIUS, *Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates ?* EuGRZ 2004, 370. Son apport est estimé plus faible même par les adeptes de la pensée étatiste, cf. JOSEF ISENSEE, *Staat und Verfassung*, dans : du même / PAUL KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, tome 2, 3^e éd. 2004, § 15 n° 6-18 : „Wie das literarische Gewicht des Staates sinkt, steigt das der Verfassung.“ (n° 6).

Au sein de ces deux courants se manifeste ceci : les auteurs allemands ayant examiné l'influence du droit public français dans les années 1950 et 1960 peuvent être rattachés au courant de la pensée étatiste. Parmi ce courant s'annonce une prépondérance de ceux faisant partie de l'école formée autour de Carl Schmitt. Ernst Forsthoff doit être mentionné en première ligne.³¹ Il n'a pas seulement entrepris une traduction de « De L'Esprit des lois » de Montesquieu³² mais son opus magnum, le manuel de droit administratif, contient aussi des références au droit français de façon continue.³³ Aussi les liens français des autres adeptes de la pensée étatiste sont évidents : On devrait mentionner Roman Schnur, Helmut Quaritsch et Walter Leisner³⁴ ayant rendu de grands services à la réception du droit public français dans la République Fédérale.³⁵ Schnur publia un recueil concernant la théorie de l'institution de Maurice Hauriou et dans lequel il traduisit beaucoup d'articles en allemand.³⁶ Il a bien connu le temps de crise de la III^e République, ce qui ne favorisait pas sa confiance dans le parlementarisme. Quant à Quaritsch, sa thèse d'habilitation sur « l'État et la souveraineté » peut être lue comme un commentaire sur Bodin.³⁷

³¹ Ses articles importants ayant considérablement influencé la discussion des années 1950 et 1960 dans la République Fédérale : Über Maßnahmegesetze, Gedächtnisschrift Walter Jellinek, 1955, 221 ; Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, mélanges Carl Schmitt, 1959, 35 ; voir aussi la discussion déclenchée par Forsthoff sur l'État de droit et l'État social. Un résumé des articles : ERNST FORSTHOFF (dir.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968. Sur ce débat voir aussi INGEBORG MAUS, Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaats, dans : de la même, Rechtslehre und Politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986, 11.

³² MONTESQUIEU, Vom Geist der Gesetze, traduit par Ernst Forsthoff 1952, 2^e éd. 1992.

³³ ERNST FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10^e éd. 1970, p. e. 51-60 (histoire du droit administratif) 97s., 246 (détournement de pouvoir), 277 (contrat administratif), 360s. (responsabilité pour faute de service public), 369 (service public). Ce manuel est paru en 1^{er} éd. 1953 ; traduction en Français : Traité de droit administratif allemand, 1969 par MICHEL FROMONT. Sur la pensée étatiste de Forsthoff cf. ULRICH STOROST, Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff, 1979 ; ALEXANDER HOLLERBACH, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung ? Archiv des öffentlichen Rechts 85 (1960), 241 ; PETER HÄBERLE, Zum Staatsdenken Ernst Forsthoffs, dans : du même, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2^e édition 1996, 396 ; du même, Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung ? Zum wissenschaftlichen Werk von Ernst Forsthoff, Juristenzeitung 1975, 685 ; MATTHIAS HERDEGEN, Ernst Forsthoffs Sicht vom Staat, dans : W. BLÜMEL (dir.), Ernst Forsthoff, 2003, 41 ; FRIEDER GÜNTHER (note 23), 135sq., 265sq.

³⁴ WALTER LEISNER, Verfassungsgebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, thèse (inédit) München 1957. Voir aussi du même, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 22-29, 74 s..

³⁵ Des références françaises aussi dans JOSEPH H. KAISER, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956. Kaiser aussi doit être attribué à l'école de Schmitt.

³⁶ ROMAN SCHNUR, Die Theorie der Institution, 1965. Voir aussi ROMAN SCHNUR, Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts, 1962 ; du même (dir.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964 ; du même, Revolution und Bürgerkrieg, 1983.

³⁷ HELMUT QUARITSCH, Staat und Souveränität, tome 1 : Die Grundlagen, 1970. A ce sujet la critique comparative de ROMAN SCHNUR, Neuere Forschungen über Jean Bodin, Der Staat 13 (1974), 111.

Ce n'est pas par hasard si les auteurs mentionnés ici peuvent être rattachés à l'école de Carl Schmitt.³⁸ Schmitt lui-même a connu les œuvres fondamentales de langues étrangères et il a préféré les œuvres espagnoles et françaises.³⁹ Par exemple, il fait un emprunt à la théorie de l'institution d'Hauriou dans son écrit fameux « Les Trois Types de Pensée juridique (*Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*) » de 1934.⁴⁰ Dans cet écrit il fonda la *Lehre vom konkreten Ordnungsdenken* (la doctrine de la pensée basée sur des ordres concrets)⁴¹ ayant servi de justification méthodologique aux prétentions de pouvoir du national-socialisme.

Ces exemples ne doivent pas être généralisés, mais on a l'impression qu'il y avait au début de la République Fédérale une réception de la pensée française de l'État afin de soutenir des positions ne s'intéressant pas au pluralisme de la société ni à son ordre juridique constitutionnel ni au parlementarisme mais à une unité prédéfinie, à un exécutif fort ou à l'État neutre et son souveraineté.⁴² On s'est ainsi servi de la théorie française pour des articles substantiels, ontologiques, mais pas procéduraux, politiques ou sociologiques, indiquant par là les limites d'une réception de la doctrine française.

Cependant, dans les années 60, le courant de la pensée étatiste était devenue de plus en plus minoritaire. À cause d'une différenciation de la société, du pluralisme politique et d'une orientation générale vers des arrêts de la jurisprudence constitutionnelle, elle était devenue de moins en moins convaincante.⁴³ Cela a entraîné le déclin de l'intérêt pour la théorie française de l'État en Allemagne.

³⁸ À ce sujet abondamment FRIEDER GÜNTHER (note 23), notamment p. 128 sur la référence à la France.

³⁹ L'histoire des idées françaises pour l'œuvre de Schmitt est soulignée par MANFRED BALDUS, Carl Schmitt im Hexagon, *Der Staat* 26 (1987), 566, 567 ; sur la réception en France depuis les années 1970 576sq..

⁴⁰ CARL SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, notamment 55-57. Traduction française 1995 avec présentation de DOMINIQUE SEGLARD. Cf. aussi du même, *Legalität und Legitimität*, 1932, 61. Des références à Hauriou aussi dans CARL SCHMITT, *Die legale Weltrevolution*, *Der Staat* 17 (1978), 321, 324.

⁴¹ Une évaluation positive de la pensée basée sur des ordres concrets encore dans ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, l'article « Ordnungsdenken, konkretes », dans : *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tome 6, 1984, p. 1311. Cependant une évaluation critique dans HASSO HOFMANN, *Legitimität, gegen Legalität*, 4^e éd. 2002 ; BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1968, 277sq. ; du même, *Entartetes Recht*, 1988, 68sq. ; OLIVER LEPSIUS, *Die gegensatzauhebende Begriffsbildung*, 1994, 205sq.

⁴² On releva un exemple supplémentaire : KARL DOEHRING, „Pouvoir neutre“ und das Grundgesetz, *Der Staat* 3 (1964), 201.

⁴³ Voir sur ce développement OLIVER LEPSIUS, *Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre*, dans : C. GUSY (dir.), *Weimars lange Schatten*, 2003, 354, 383sq. ; FRIEDER GÜNTHER (note 23), 234sq.

IV. D'autres conceptions de l'État en France et en Allemagne

Le déclin est aussi dû à un autre fait. Pas tous les adeptes du modèle de la pensée étatiste ne se sont intéressés à la France. Au contraire, la plupart des penseurs étatiste évitent de références françaises,⁴⁴ parce que la conception allemande de l'État n'est pas tout à fait compatible avec celle de la France. Les concepts d'État en Allemagne et en France se distinguent. En France « l'État » est quelque chose de réel et d'empirique tandis que dans la tradition doctrinale allemande il constitue en même temps quelque chose d'idéal et de normatif. Le concept allemand d'État fait partie d'un point de vue des catégories et de l'être et du *Sollen*. Cette différence fondamentale a aussi des raisons historiques ainsi que philosophiques. En France, l'État est une constante politique et sociale. En Allemagne le concept d'État représente une idée d'unité n'existant ni politiquement ni réellement. Il décrit un ordre pensé qui en réalité n'existait jamais politiquement. Le concept d'État ne correspond pas à l'ordre juridique constitutionnel concret. Avant 1871, l'Allemagne en tant qu'État n'était qu'une idée culturelle, et non une réalité politique. Après 1871, on a parlé d'Empire, et non d'État allemand. Et après 1949, on a parlé de « deux États d'une nation », concernant la relation avec la RDA. N'oublions pas que l'Allemagne n'est devenue un État-nation qu'en 1990. C'est à dire que, contrairement à la France, le concept d'État ne s'est pas référé à un ordre politique existant mais il a décrit un ordre pensé. La réalité étatique ne pouvait pas être saisie politiquement mais devait être pensée philosophiquement. C'est pour cela que la théorie allemande de l'État a l'habitude de combiner la description de la situation avec des finalités idéelles soutenues philosophiquement en même temps.⁴⁵

Cela explique aussi pourquoi « la théorie générale de l'État » est restée une discipline d'origine allemande, en tout cas elle n'a pas trouvé de correspondant en France, bien que sa vocation soit générale et dépasse l'Allemagne. Olivier Jouanjan⁴⁶ et Christoph Schönberger⁴⁷ y ont attiré l'attention et Olivier

⁴⁴ À titre d'exemple il convient de renvoyer aux écrits de JOSEF ISENSEE et PAUL KIRCHHOF, dont l'argumentation n'a pas besoin de pensées françaises, même si on y trouve des références aux classiques, cf. p. ex. les références à Sicyès chez JOSEF ISENSEE, *Vom Stil der Verfassung*, 1999, 40, 42; *Das Volk als Grund der Verfassung*, 1995, 26-30; *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, 14.

⁴⁵ Sur la notion du concept de l'État en Allemagne cf. toujours HANS KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922. Plus récent : CHRISTOPH MÖLLERS, *Staat als Argument*, 2000, notamment 9sq., 116sq., 129ss, 418sq.; OLIVER LEPSIUS, *Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ?* RUDH 2003, 86, 88.

⁴⁶ OLIVIER JOUANJAN, *Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ?* RUDH 2003, 99, 100.

⁴⁷ CHRISTOPH SCHÖNBERGER, *Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich*, dans : O. BEAUD / E. V. HEYEN (dir.), *Une science juridique franco-allemande ?* 1999, 111.

Beaud a qualifié la théorie générale de l'État à juste titre « comme une sorte de singularité allemande ». ⁴⁸ Les concepts d'État différents expliquent aussi pourquoi la théorie française de l'État ne pouvait être employée que partiellement par les adeptes allemands de la pensée étatiste et pourquoi elle a en première ligne servi de justification ainsi que de soutien pour une théorie de pouvoir reposant sur des faits sociaux. ⁴⁹ Le recours à la pensée française n'était guère possible pour la composante idéale et philosophique.

On doit ajouter une autre cause : l'État, dans la perception de la théorie allemande, se situe en opposition avec la société. Cette séparation de l'État et de la société est une constante fondamentale en Allemagne, ⁵⁰ tandis que la perception française situe l'État et la société au même niveau sociologique. La doctrine allemande ne s'est pas intéressée à une théorie de l'État conçue comme procédant de façon sociologique ou politologique. ⁵¹

C'est pourquoi la doctrine de Léon Duguit n'a pas trouvé une oreille attentive en Allemagne. ⁵² Certes Dieter Grimm, devenu plus tard juge auprès de la Cour fédérale constitutionnelle, l'a discutée dans sa thèse de doctorat, ⁵³ mais à côté de cela, on ne peut identifier aucun autre intérêt pour Duguit. La doctrine de Duguit ne correspond pas aux intérêts doctrinaux allemands. ⁵⁴ La distinction de Duguit entre le droit objectif et la loi positive place les faits sociaux comme droit objectif au dessus de l'État, qui ne peut faire que la loi positive. Sa doctrine juridique de caractère sociologique n'était pas compatible avec la pensée allemande de l'État, plutôt orientée vers la philosophie que vers la sociologie.

⁴⁸ OLIVIER BEAUD, La théorie générale de l'État (Allgemeine Staatslehre) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié, dans : O. BEAUD / E. V. HEYEN (dir.), Une science juridique franco-allemande ? 1999, 83. Voir aussi HELMUT QUARITSCH, La situation actuelle de la théorie générale de l'État en Allemagne, Droits 15 (1992), L'État/1, p. 69.

⁴⁹ Cf. à titre d'exemple HERBER KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, 1966 se référant et à Georges Burdeau et à Léon Duguit.

⁵⁰ Sur ce problème du point de vue des adeptes de la pensée constitutionnelle cf. HORST EHMKE, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, Festschrift Rudolf Smend, 1962, 23 ; HASSO HOFMANN, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung, Juristenzeitung 1999, 1065.

⁵¹ Cf. la redécouverte de Carré de Malberg par CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Vom repräsentativen Parlamentarismus zur plebiszitären Präsidialdemokratie, Der Staat 34 (1995), 359. La thèse de ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1958, n'a cependant pas abordé Carré de Malberg malgré la proximité du sujet à l'égard de son œuvre.

⁵² Sur Duguit d'une perspective allemande WOLFGANG FIKENTSCHER, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, tome 1, 1975, 496sq.

⁵³ Cf. DIETER GRIMM, Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Soziallehre Léon Duguits in ihrer Zeit, 1973. Grimm fit des études de sciences politiques à Paris. Sur Duguit seulement l'article plus vieux de GEORG TASSITSCH, Die Theorie des sozialen Rechts des Prof. Léon Duguit als Anarchismus, Archiv für Rechtsphilosophie 1928, 424.

⁵⁴ Voir aussi OLIVIER JOUANJAN (note 46), 99, 100, qui parle d'un anti-germanisme de Duguit.

A cela s'ajoute ceci : dans les années 1960, l'intérêt doctrinal pour le droit constitutionnel commençait à changer. Il laissait de côté les sujets théoriques, orientés vers les fondements. Il se tournait vers les problèmes juridiques constitutionnel touchant strictement aux thèmes posés en première ligne par la Cour fédérale constitutionnelle.⁵⁵ L'attention doctrinale se tournait largement vers l'analyse, le commentaire et la synthèse de la jurisprudence de Karlsruhe, si bien qu'on parle déjà d'un positivisme jurisprudentielle⁵⁶ ou qu'on se plaint d'une « jurisprudence constitutionnelle introvertie », se développant dans un « milieu d'innocence juridique ».⁵⁷ L'orientation vers la jurisprudence constitutionnelle a entraîné la diminution de l'intérêt aux problèmes théoriques, à la méthode ou aux fondements du droit.

Une exception reste la théorie des droits fondamentaux, probablement la plus grande conquête doctrinale du droit public allemand après la Seconde Guerre Mondiale. Elle a servi de refuge à la théorie pour ainsi dire. Cependant, en ce domaine, il n'y avait pas de discussion correspondante en France. Il convient de donner un exemple. La théorie de l'institution de Maurice Hauriou a attiré relativement beaucoup d'attention dans les années 1960, et pas seulement parmi ceux qui favorisaient plutôt un modèle étatiste ou qui pouvaient être classé dans l'école de Carl Schmit.⁵⁸ C'est ainsi que par exemple Peter Häberle, n'étant pas un adepte de la pensée étatiste, a recours à Hauriou dans sa thèse.⁵⁹ L'intérêt pour Hauriou s'explique par un problème dans la théorie allemande des droits fondamentaux. On a craint qu'une inter-

⁵⁵ Ce développement est décrit plus proche dans OLIVER LEPSIUS, *Die Wiederentdeckung Weimars* (note 43), 354, 383sq.

⁵⁶ BERNHARD SCHLINK, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Der Staat* 28 (1989), 161. Cf. aussi MATTHIAS JESTAEDT, *Verfassungsgerichtspositivismus*, dans : O. DEPENHEUER et autres (dir.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee*, 2002, 183-228 ; JOSEF ISENSEE, *Staat und Verfassung*, dans : du même / PAUL KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, tome 2, 3^e éd., § 15 n° 8.

⁵⁷ JOSEF ISENSEE, *Staat und Verfassung* (note 56), n 9.

⁵⁸ Cf. UTE MAGER, *Einrichtungsgarantien*, 2003, p. 70sq., 123-140 ; WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, tome I, 1975, 504sq., 522-534, la critique 535-537 ; sur la réception d'Hauriou en Allemagne notamment chez Roman Schnur, *ibid.*, 507 note 144, 519 note 194 ; BERND RÜTHERS, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970 ; voir aussi déjà ROLAND DUBISCHAR, *Grundbegriffe des Rechts*, 1968, 55sq. ; VICTOR LEONTOWITSCH, *Die Theorie der Institution bei Maurice Hauriou*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 29 (1935/36), 363 ; THEODOR VIEHWEG, *Husserl, Hauriou und die deutsche Rechtswissenschaft*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 31 (1937/38), 84 ; SUSANNE BLEICH, *Der Einfluß von Maurice Hauriou auf die französische Rechtstheorie und Jurisprudenz*, *Verwaltungsarchiv* 89 (1998), 1 ; ROMAN SCHNUR, *L'influence du Doyen Maurice Hauriou dans des pays germaniques*, 1968 ; *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence* (*Journées Hauriou* 1968), 1969.

⁵⁹ PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, 73-76.

prétation des droits fondamentaux de façon purement subjective ait pour conséquence une protection de l'individu poussée à l'extrême, au détriment des valeurs communes. Pour imposer des limites sociales à l'individualisme, Häberle a fait appel à la théorie de l'institution de Hauriou. Derrière cette référence, il y a par conséquent un intérêt spécifique de la doctrine allemande pouvant utiliser un argument de la théorie française. Mais l'intérêt pour la théorie diminue au moment où les arrêts de la Cour fédérale constitutionnelle sont disponibles. Ayant déduit la théorie objective directement des droits fondamentaux de la loi fondamentale elle-même⁶⁰, la Cour fédérale constitutionnelle et sa jurisprudence a fait l'objet d'un examen approfondi. La pensée juridique institutionnelle de Hauriou a été dépassé institutionnellement et au point de vue de l'argumentation. Cependant, il est un élément constitutif sur le chemin de la théorie objective des droits fondamentaux en Allemagne. Aujourd'hui cela n'a plus d'importance puisque la préoccupation s'est dirigée plutôt vers le développement jurisprudentiel de la théorie objective des droits fondamentaux.

Pour résumer : Les raisons du déclin de l'examen de la pensée française étatiste ne se trouvent pas en première ligne dans l'offre des théories, mais consistent d'un côté dans le développement du droit constitutionnel de la jeune République Fédérale et de l'autre côté dans des intérêts doctrinaux concernant la métacatégorie « État ». La pensée française de l'État ne correspondait pas aux intérêts de la philosophie de l'État en Allemagne et n'était pas compatible avec les problèmes du droit constitutionnel actuel. C'est pourquoi il convient de qualifier l'influence du droit constitutionnel français et de la théorie française du droit constitutionnel d'ambivalente pour la période après 1949. Une préoccupation pour les thèmes français ainsi que les théoriciens existe toujours en Allemagne. L'influence du droit constitutionnel positif est faible, ce qui est compréhensible compte tenu de la différence des constitutions des deux pays quant à leurs structures fondamentales. L'influence de la théorie change selon les intérêts de la doctrine allemande. Elle est grande parmi les adeptes de la pensée étatiste et faible parmi ceux de la pensée constitutionnaliste. Les derniers s'orientent plutôt vers les États-Unis et leur tradition jurisprudentielle. Les concepts différents de l'État ainsi que l'orientation plutôt philosophique de la République Fédérale en comparaison avec l'orientation plutôt sociologique et politologique de la France, constituent un obstacle clair à la réception des idées

⁶⁰ L'influence forte d'Hauriou à l'époque « pour percevoir le besoin de développer les libertés » avoue PETER HÄBERLE dans : *Kleine Schriften*, 2002, 294.

françaises.⁶¹ Selon Olivier Jouanjan on trouvait au début des années 1980 deux modes dominants pour l'étude du « Droit constitutionnel » en France : soit un mode descriptif sans fondement méthodologique dans une théorie de l'État, soit un mode plus anglo-saxon et politologique d'analyse de pouvoir et des systèmes politiques.⁶² Aucun des points de départ ne suscite l'intérêt de la doctrine allemande.

V. L'influence française en droit administratif

La situation en droit administratif est distincte et plus claire. En dehors de l'intérêt historique pour les origines françaises du droit administratif allemand, on trouve un intérêt pour les institutions juridiques et les règles concrètes du droit administratif français. Ici, l'examen ne se tourne pas vers la théorie mais vers le droit en vigueur ainsi que vers la jurisprudence du Conseil d'État.⁶³ On peut bien constater une augmentation du rôle de la pensée juridique française en générale. L'influence en droit administratif et en droit constitutionnel s'oppose : en droit constitutionnel moins de dogmatisme et plus de théorie concernant spécialement les textes des grands classiques ; en droit administratif en revanche, moins de théorie mais plus de dogmatisme thématique ; en droit constitutionnel, un déclin entre 1950 et 1990 de l'influence française ; en droit administratif, plutôt une augmentation. Il est étonnant que les différences en droit administratif entre les systèmes juridiques allemands et français ne se fassent pas sentir, tandis qu'elles constituent un obstacle en droit constitutionnel. En revanche, il semble que les différentes formes des institutions juridiques du droit administratif ont plutôt nourri l'intérêt pour la France.⁶⁴ Le droit français sert de modèle contrastant, étant donné, d'un côté, sa faculté d'être employée par analogie à cause des bases

⁶¹ Commencé dans l'arrêt dit « Lüth » de 1958, BVerfGE 7, 198 ; sur le développement de la théorie objective des droits fondamentaux cf. HANS DIETER JARASS, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 110 (1985), 363 ; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 ; HORST DREIER, Dimensionen der Grundrechte, 1993 ; RAINER WAHL, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, dans : D. MERTEN / H.-J. PAPIER (dir.), Handbuch der Grundrechte, tome 1, 2004, § 19.

⁶² OLIVIER JOUANJAN (note 46), 104.

⁶³ Cf. HANS REINHARD, Der Staatsrat in Frankreich. Funktionen als Gutachter und oberstes Verwaltungsgericht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 30 (1981), 73.

⁶⁴ Par exemple : HANS DIETER JARASS, Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich, Die öffentliche Verwaltung 1981, 813 ; JOACHIM BURMEISTER (dir.), Die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, 1991.

communes et, d'un autre côté, son offre de solutions alternatives. La doctrine juridique allemande profite du contraste avec le droit administratif français en s'y inspirant et en y trouvant des critères normatifs.

Quels sont les thèmes qui ont joué un rôle particulier ? Dans les années 1950 et 1960, c'étaient les principes généraux du droit ainsi que la jurisprudence du Conseil d'État.⁶⁵ À cette époque, le droit administratif général n'a pas encore été codifié en Allemagne et c'est ainsi que l'intérêt pour les principes généraux a été particulièrement grand. Après la codification du droit du contentieux administratif en 1960 et du droit à la procédure administrative non contentieuse en 1976, la préoccupation s'est tournée des principes généraux du droit vers les institutions juridiques concrètes. Peu importe que l'on parvienne à d'autres résultats systématiques en France. En général, les aspects suivants ont suscité une grande attention : le modèle de la protection juridique objective en France à la différence de la protection des droits subjectifs en Allemagne,⁶⁶ l'examen du pouvoir discrétionnaire de l'administration ainsi que des notions juridiques indéfinies,⁶⁷ la protection garantie par la loi aux personnes de bonne foi, le traitement différencié de vices procéduraux,⁶⁸ les différences entre le service public, qui ne trouvait pas de réception en Allemagne, et le modèle allemand d'État-providence,⁶⁹ et l'institution du Conseil d'État elle-même.⁷⁰

⁶⁵ Cf. le traitement du droit administratif français dans le manuel du droit administratif général d'ERNST FORSTHOFF (note 33) ; MARTIN BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, 1962.

⁶⁶ JOHANNES MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997 ; JOHANNES KOCH, *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich*, 1998. Déjà aussi MICHEL FROMONT, *Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland*, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften, 1967.

⁶⁷ À ce sujet par exemple MARTIN BULLINGER (dir.), *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986 ; VOLKER SCHLETTE, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich*, 1991 ; CLEMENS LERCHE, *Die Kontrolldichte hinsichtlich der Tatsachenfeststellung*, dans : J. FROWEIN (dir.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993, 249 ; BRIGITTA VARADINEK, *Ermessen und gerichtliche Nachprüfbarkeit im französischen und deutschen Verwaltungsrecht und im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, 1995 ; EIBE RIEDEL, *Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmenseetzungen für das Verwaltungshandeln ? VVDStRL 58 (1999)*, 180, 187sq. ; RÜDIGER BREUER, *Zur Lage der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Die Verwaltung* 36 (2003), 271, 274.

⁶⁸ À ce sujet par exemple CLEMENS LADENBURGER, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und deutschen Verwaltungsrecht*, 1999.

⁶⁹ Cf. JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, 111sq. ; MARTIN BULLINGER, *Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge*, *Juristenzeitung* 2003, 597. De la littérature plus vieille : ROMAN SCHNUR, *Die Krise des Begriffs der services publics im französischen Verwaltungsrecht*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 79 (1954), 418 ; HERMANN KUTSCH / EBERHARD V. KRAKEWITZ, *Übernahme des Begriffs „service public“ ins deutsche Recht ? Archiv des öffentlichen Rechts* 79 (1954), 431.

⁷⁰ MICHEL FROMONT, *Der französische Staatsrat und sein Werk*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1978, 89 ; HANS REINHARD, *Der Staatsrat in Frankreich*, *Jahrbuch des*

Le juriste allemand de droit administratif est plus orienté vers la France que le juriste de droit constitutionnel, parce qu'en droit administratif il n'y a pas d'autres alternatives. En tout cas le droit administratif anglo-américain doit être écarté à cause des différences trop grandes de systèmes.⁷¹ Aujourd'hui, cela commence à changer en ce qui concerne certains domaines du droit administratif spécial, parce qu'il faut constater des influences anglo-saxonnes à travers le droit communautaire. Il convient de citer ici le droit de l'environnement⁷² ainsi que certaines formes du droit administratif de la régulation.⁷³ Cependant, concernant les domaines du droit administratif et de la construction des systèmes, ce sont les influences françaises qui dominent.

VI. La dernière décennie

Ce développement s'est accéléré depuis 1990. L'intérêt au droit administratif étranger en général et français en particulier s'est accru considérablement.⁷⁴ Cette augmentation s'est déclenchée par l'euphémisation.⁷⁵ Les influences du droit

öffentlichen Rechts 30 (1981), 73; WOLFGANG MÜLLER, *Le Conseil d'État – Der französische Staatsrat im Spannungsfeld von Tradition und Gewaltenteilung*, Deutsche Richterzeitung 1983, 210; JEAN-MARIE WOEHLING, *Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vergleich mit der deutschen*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1985, 21; du même, *Die deutsche und französische Verwaltungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1998, 462; FRANK HOSPACH, *Reform der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1990, 133; JÜRGEN SCHWARZE, *Grundlinien und neue Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1996, 22; du même, *Die Entwicklung der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht*, Deutsches Verwaltungsblatt 1999, 261; JOHANNES KÖCH, *Die Verfahrensarten im französischen Verwaltungsprozeß*, Verwaltungsarchiv 89 (1998), 560; HEINRICH SIEDENTOPF, *Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich*, 1998.

⁷¹ On trouve des présentations notamment du droit administratif américain. Cependant elles n'ont pas une orientation dogmatique et intra-allemande. Cf. OLIVER LEPSIUS, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997; RUDOLF DOLZER, *Verwaltungsmessungen und Verwaltungskontrolle in den Vereinigten Staaten*, Die Öffentliche Verwaltung 1982, 578; RUDOLF STEINBERG, *Politik und Verwaltungsorganisation*, 1979.

⁷² SIEGMAR POHL, *Die Risikobewertung bei der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen*, 2002; HERMANN PÜNDER, *Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, 1995; SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Umweltrecht und -politik in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland*, 1995.

⁷³ JOHANNES MASING, *Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts*, AöR 128 (2003), 558.

⁷⁴ Des exemples pour des thèses en droit public des derniers temps : ARMIN VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000 (avec des références nombreuses au droit des règlements); HANS CHRISTIAN RÖHL, *thèse inédit sur le contrat administratif*. Cf. aussi MÄTHIAS RUFFERT, *Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union*, dans : E. SCHMIDT-ASSMANN / W. HOFFMANN-RIEM (dir.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 165, 178sq.

⁷⁵ De façon claire p. ex. JÜRGEN SCHWARZE (dir.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996; THOMAS VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, qui examine abondamment le droit administratif français.

communautaire sur le droit administratif allemand ont donné lieu à un débat vif. Certains parlent même d'une 2^e époque du droit public en Allemagne, à savoir une époque internationalisée.⁷⁶ Le droit administratif communautaire contient des influences des ordres juridiques des États membres. À travers le droit communautaire dérivé, les orientations systématiques des autres droits administratifs exercent leur influence sur le droit allemand.⁷⁷ Pour pouvoir analyser les développements juridiques actuels en Europe mais aussi en droit allemand national, la connaissance des ordres juridiques administratifs étrangers est indispensable. Cela a augmenté la prise en compte du droit administratif français de surcroît. Il convient de souligner le concept de la protection juridique objective qui, à l'instar de la France, s'impose dans la perception allemande à travers le droit communautaire de plus en plus.⁷⁸ Par conséquent, des comparaisons avec la France ont été établies à propos du contentieux administratif⁷⁹, mais elles ont aussi concernés d'autres domaines spécifiques du droit administratif.⁸⁰ À ce propos, il faut mentionner les colloques administratifs franco-allemands conjoints entre la *Deutsche Hochschule für Verwaltung-*

J. M. BERGMANN / M. KENNTNER (dir.), *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 2002. Concernant le droit constitutionnel JOCHEN A. FROWEIN, *Die Europäisierung des Verfassungsrechts, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tome 1, 2001, 209; CHRISTIAN TOMÜSCHAT, *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, op.cit., 245. Sur l'influence de l'europanisation aux sujets et méthodes de la comparaison du droit MARTIN BULLINGER, *Zwecke und Methoden der Rechtsvergleichung im Zivilrecht und im Verwaltungsrecht, Festschrift Peter Schlechtriem*, 2003, 331.

⁷⁶ Ainsi RAINER WAHL, *Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat* 38 (1999), 495; du même, *Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949*, dans : du même, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, 411. Cf. aussi l'article orienté vers la comparaison du droit de RÜDIGER BREUER, *Konditionale und finale Rechtsetzung, Archiv des öffentlichen Rechts* 127 (2002), 523, 542sq.

⁷⁷ Voir MANFRED ZULEEG, HANS-WERNER RENGELING, *Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen*, *VVDStRL* 53 (1994), 154, 202; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN / WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (dir.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999.

⁷⁸ Voir EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, Festschrift 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, 487; FRIEDRICH SCHOCH, *Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, op.cit., 507. Michel Fromont parvient cependant à l'interprétation inverse. Selon lui le modèle de la protection juridique de façon subjective s'est installé en France et dans d'autres pays européen de plus en plus. Il constate un rapprochement à l'Allemagne – contrairement à la perception en Allemagne constatant un rapprochement à la France, cf. MICHEL FROMONT, *Die Annäherung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa, Festschrift 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, 93; aussi déjà du même, *La justice administrative française sera proche de la justice administrative allemande*, dans *Gedächtnisschrift Alexander Lüderitz*, 2000, 173. Voir aussi RALF HALFMANN, *Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland, Frankreich und Europa, Verwaltungsarchiv* 91 (2000), 74.

⁷⁹ CLAUDIUS DIETER CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996; MARTIN BURGI, *Verwaltungsprozessrecht und Europarecht*, 1996; DIRK EHLERS, *Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, 1999; FRIEDRICH SCHOCH, *Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 2000.

⁸⁰ Exemple : MARKUS MOSTL, *Sicherheitsgewerberecht in Europa – Landesbericht Frankreich*, dans : S. OETER / R. STÖBER (dir.), *Sicherheitsgewerberecht in Europa*, 2003, 41.

swissenschaften Speyer et l'École Nationale d'Administration à Strasbourg.⁸¹ Par conséquent, en droit administratif, on trouve d'autres formes de l'influence : la prise en compte de la France sert de comparaison des systèmes ainsi que du développement et de l'évaluation des alternatives régulatrices, et par conséquent c'est indirectement au profit des intérêts théoriques et pas seulement dogmatiques.

Maintenant, cette démarche a commencé de s'étendre au droit constitutionnel. Les divergences structurelles ne constituent plus une entrave à la réception mais favorisent la comparaison des systèmes, elles permettent l'évaluation de son propre système juridique et de son développement ainsi qu'elles mettent en évidence les alternatives législatives. Un nouvel intérêt pour le droit constitutionnel français est en train de naître suivant les mêmes intérêts de comparaison des systèmes qu'en droit administratif.⁸²

Comme exemple on peut mentionner la discussion sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique suivant la théorie objective des droits fondamentaux en Allemagne. L'interprétation des droits fondamentaux comme droit objectif conduit à minimiser le domaine de la loi du parlement, non seulement à cause de la primauté de la constitution au sens formel, mais aussi par les contraintes des droits fondamentaux au sens matériel. En Allemagne, les droits fondamentaux ne garantissent plus seulement un domaine de liberté individuelle vis-à-vis de la loi, mais ils exigent une garantie de protection collective minimum de la loi. De la loi on attend un règlement d'intérêts entre la liberté individuelle garantie par les droits fondamentaux d'un côté et la sécurité collective garantie également par les droits fondamentaux de l'autre côté. La loi est donc menacée de devenir une sorte de droit constitutionnel concrétisé – un développement qui concerne essentiellement aussi le droit privé.

Ce problème n'existe pas en France puisqu'une théorie objective des droits fondamentaux ne s'est pas développée et parce que la constitution et la loi sont séparées à caractère matériel. On pourrait supposer que le droit constitutionnel français n'en puisse rien contribuer à la discussion allemande sur la constitutionnalisation par les droits fondamentaux. Mais le contraire s'est passé, et cela montre un changement des intérêts doctrinaux en Allemagne décidant de la

⁸¹ Cf. à titre d'exemple H. SIEDENTOPF (dir.), *Zehn Jahre Deutsch-Französische Verwaltungskolloquien zwischen der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und der Ecole Nationale d'Administration in Straßburg/Paris*, 2003. Sur l'histoire et sur le développement de l'université de Spire fondée par la force d'occupation française, cf. RUDOLF MORSEY, *50 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (1947-1997)*, dans : K. LÜDER (dir.), *Staat und Verwaltung. Fünfzig Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, 1997, 13 ; du même, *40 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Die Öffentliche Verwaltung* 1987, 609.

⁸² Voir CONSTANCE GREWE / CHRISTOPH GUSY (dir.), *Französisches Staatsdenken*, 2002.

réception du droit public français. Puisque ce problème ne se pose pas de cette façon en France, regarder Outre-Rhin devient intéressant et permet une évaluation critique du développement allemand.⁸³

En Allemagne une envie de l'analyse des divergence est née enrichissant la discussion d'arguments critiques et de niveaux théoriques de comparaison. Il convient de constater un nouvel intérêt pour le droit constitutionnel français concernant d'autres problèmes pratiques,⁸⁴ comme par exemple la relation entre l'État et la religion ainsi que la tradition laïque de la France en contraste avec la tradition du régime juridique des Églises en Allemagne,⁸⁵ ou encore des sujets comme la participation de l'État aux échanges économiques,⁸⁶ ou les modèles de l'intégration du droit national dans le droit communautaire supranational,⁸⁷ même la protection des droits fondamentaux⁸⁸ et la jurisprudence constitutionnelle.⁸⁹

⁸³ Ainsi p. ex. avec une référence à la France RAINER WAHL, Dimensionen der Grundrechte im internationalen Vergleich, dans : D. MERTEN / H.-J. PAPIER, Handbuch der Grundrechte, tome 1, 2004, § 19 n° 41-45 (sur la situation distincte en France), 53 (sur la position particulière de l'Allemagne). Sur la position de la constitution et de la loi en France et sur les différences avec l'Allemagne cf. aussi déjà VOLKER SCHLETTE, Die Konzeption des Gesetzes im französischen Verfassungsrecht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 33 (1984), 279; WERNER HEUN, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 80, 100sq.; MATTHIAS RUFFERT (note 74) 181s.

⁸⁴ Par exemples : RAINER HOFMANN, Die Auseinandersetzung um den Bestand von Verfassungsgewohnheitsrecht in der französischen Verfassungsdoktrin, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 36 (1987), 155; JÖRG GUNDEL, Der Status des Völkerrechts in der französischen Rechtsordnung, Archiv des Völkerrechts 37 (1999), 438; CLAUDIUS DIETER CLASSEN, Die normative Demokratie: Der Vorbehalt des Gesetzes und der Rechtsstaat – mehr deutsch-französische Gemeinsamkeiten als gemeinhin angenommen, dans : C. GREWE / C. GUSY (dir.), Französisches Staatsdenken, 2002, 146.

⁸⁵ Exemple : GERHARD ROBBERS, Staat und Religion, VVDStRL 59, 231, 238, 252. Voir aussi MICHAEL BOTHE, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995), 7, 39; ATHANASIOIS GROMITSARIS, Laïcité et Neutralité en der Schule, Archiv des öffentlichen Rechts 121 (1996), 359.

⁸⁶ HANS DIETER JARASS, Der staatliche Einfluß auf die öffentlichen Unternehmen in Frankreich, Archiv des öffentlichen Rechts 106 (1981), 403; MICHAEL HOLOUBEK, Der Staat als Auftraggeber und Wirtschaftssubjekt, VVDStRL 60 (2001), 513, 530sq.; 553sq.; THOMAS VON DANWITZ, Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, VVDStRL 59 (2000), 99, 117, 120, 123sq.; JOHANNES MASING, La poursuite d'intérêts publics à travers la participation directe des collectivités publiques aux activités économiques – point de vue allemand, RUDH 2003, 107.

⁸⁷ JÖRG GUNDEL, Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997; INGOLF PERNICE, PETER M. HUBER, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2000), 148, 149-152, 180; 194, 197, 201, 238; HEINRICH SIÉDENTOPF / BENEDIKT SPEER, Verwaltungssystem und –kultur in Frankreich am Beispiel der Entstehung, Umsetzung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht, dans : du même (dir.), Modernisierung von Staat und Verwaltung, 2001, 48..

⁸⁸ CLAUDIUS DIETER CLASSEN, Die Ableitung von Schutzpflichten des Gesetzgebers aus Freiheitsrechten – ein Vergleich von deutschem und französischem Verfassungsrecht sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 36 (1987), 29; JÖRG-DETLEF KÜHNE, Die französische Menschen- und Bürgerrechtserklärung im Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten und Deutschland, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 39 (1990), 1; JULIANE KOKOTT, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschränken, dans : D. MERTEN / H.-J. PAPIER (dir.), Handbuch der Grundrechte, tome 1, 2004, § 22.

⁸⁹ PHILIPP MELS, Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel, 2003; CHRISTIAN STARCK, Der Schutz der Grundrechte durch den Verfassungsrat in Frankreich, Archiv des öffentlichen Rechts 113 (1988), 632.

En général les conditions du rôle systématique du droit français se sont considérablement améliorées à la dernière décennie. C'est dû d'un côté aux mérites de l'orientation européenne de la doctrine allemande du droit public, nécessitant une prise en compte des autres systèmes juridiques européens. Mais ceci est aussi une conséquence de la perte d'importance annoncée de la jurisprudence de Karlsruhe pour la doctrine. Après plus de 100 tomes d'arrêts, la jurisprudence constitutionnelle est devenue une chose quotidienne. La jurisprudence ne se laisse guère comprendre comme une entité sans contradictions. C'est pourquoi l'orientation vers des questions théoriques se montre capables de traiter aussi bien la jurisprudence allemande d'un côté que les influences européennes de l'autre. Les problèmes juridiques de l'internationalisation, de l'europanisation, des problèmes de la séparation de pouvoirs de façon fédérale ou encore de la légitimation démocratique ne peuvent plus être exclusivement traités dans un contexte national. La prédominance de la Loi Fondamentale ainsi que de la Cour constitutionnelle fédérale comme domaine de recherche de la doctrine est relativisée et l'intérêt pour les catégories fondamentales et pour les institutions juridiques générales, en dehors des contraintes juridiques allemandes, est encouragé. Finalement, on peut de nouveau constater un intérêt croissant, justement parmi la génération plus jeune, relatif à la contingence des notions fondamentales du droit public. On peut espérer que l'intérêt pour le droit français qui est renforcé par le traitement des problèmes nationaux concrets entraînera des questions théoriques et que par ceci sera renforcé aussi l'intérêt pour la discussion proprement théorique.

VII. Exemples de défaut de réception

Pour conclure, il convient d'aborder deux exemples de défaut de réception. Rétrospectivement, il est justement étonnant que l'enracinement sociologique et politologique de la pensée française de l'État au XX^e siècle⁹⁰ ait entraîné une prise en compte si faible dans la République Fédérale. Car depuis les années 1970 on exige régulièrement d'intégrer la science du droit et les sciences sociales plus profondément et de prendre en compte plus profondément l'importance de la réalité sociale dans l'application du droit.⁹¹ Depuis les années 1970 et les années

⁹⁰ Cf. OLIVIER JOUANJAN (note 46) ; GEORGES BURDEAU, *Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs*, *Der Staat* 1 (1962), 369 ; du même, *Du droit à la science politique*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 33 (1984), 153.

⁹¹ DIETER GRIMM, *Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft*, dans : du même *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, tome 1, 2^e éd. 1976, 53 ; GERHARD STRUCK, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, dans : *ibid.*, 13 ; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung in öffentlich-rechtlichen Übungs- und Prüfungsarbeiten*, dans : du même (dir.), *Sozialwissenschaften im Öffentlichen Recht*, 1981, 3 ; du même, *Selbstbindungen der Verwaltung*, *VVDStRL* 40 (1982), 187.

1980 la discussion en Allemagne est enrichie par un nouveau courant de la doctrine du droit public à savoir un courant orienté de façon explicitement sociologique.⁹² À travers ceci, la notion traditionnelle de l'État reçoit une nouvelle attractivité. Pour faire valoir les liens interdisciplinaire du droit public, on réclame parfois la fondation d'une nouvelle « science de l'État ». ⁹³ Cependant, ni le projet des années 1970 et 1980 d'une intégration des sciences sociales dans le droit public ni l'exigence d'une « science de l'État » n'ont eu recours à la tradition française d'une théorie sociale de l'État. À titre de consolation il convient de mentionner que le droit étranger n'a guère été pris en compte ailleurs non plus,⁹⁴ si bien que l'ouverture interdisciplinaire constitue en même temps une réflexion nationale. En l'espèce, la faculté de compatibilité systématique est certes donnée mais les conditions personnelles ainsi que la connaissance de la doctrine française font apparemment défaut.⁹⁵ Ceci est aussi dû au fait que, dans cette discussion, le concept des sciences sociales est un concept plutôt théorique et non empirique et que par conséquent la prise en compte des textes socio-philosophiques l'emporte sur ceux relatifs à la recherche empirique. La « réalité » souvent évoquée par les juristes allemands est en général une réalité théorique, pleine de conditions soutenues par un fondement philosophique,⁹⁶ mais ne correspond pas à une réalité empirique.

Un autre exemple mérite d'être citer. Les grands intellectuels français des années 1960, 1970 et 1980, comme par exemple Sartre, Bourdieu, Derrida, Foucault, n'ont pas influencé les juristes allemands. Il ne font pas partie des discussions au sein de la doctrine juridique allemande. Ici, il convient d'attirer

⁹² WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht : Kommunikation in einer multidisziplinären Scientific Community*, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Die Verwaltung*, supplément 2 (1999), 83 ; du même, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, dans : E. SCHMIDT-ASSMANN / du même (dir.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 9 ; KARL-HEINZ LADEUR, *Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels*, *RabelsZ* 64 (2000), 60 ; CHRISTOPH. MÖLLERS, *Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Verwaltungsarchiv* 93 (2002), 22.

⁹³ Voir GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *Staatswissenschaften*, 2003 ; ANDREAS VOSSKUHLE, *Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter von Europäisierung und Internationalisierung*, *Juristische Schulung* 2004, 2.

⁹⁴ Une critique concernant le défaut de la perception des influences des sciences sociales en droit constitutionnel américain dans OLIVER LEPSIUS, *Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild ?* *Juristenzeitung* 2005, 1.

⁹⁵ Exception faite à DIETER GRIMM dont la thèse concernant Duguit a déjà été mentionnée (note 53)

⁹⁶ De façon critique sur les juristes allemands WILHELM HENNIS, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem*, 1968. Concernant les années 1920 et 1930 OLIVER LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994, 219sq. ; du même, *Wandlungen in der juristischen Wirklichkeitswahrnehmung 1880-1932*, dans : O. G. OEXLE (dir.), *Krise des Historismus*, 2005.

l'attention sur les différences avec les États-Unis où, justement, les théories des auteurs susmentionnés ont joué un rôle de premier plan dans la discussion juridique. Richard Posner a dernièrement examiné l'influence doctrinale des « Public Intellectuals » aux États-Unis en déterminant la quantité des citations dans les publications doctrinales américaines. Les premiers sur sa liste sont des français, à savoir Michel Foucault, bien en avance sur Pierre Bourdieu en 2^e position, suivi de Jürgen Habermas en 3^e position, puis Jacques Derrida et suivi à la 5^e place seulement par un américain, à savoir Noam Chomsky.⁹⁷ Sans que des chiffres comparables existent, on peut quand même dire que ni Foucault ni Bourdieu ni Derrida n'ont laissé de traces considérables derrière eux en droit public allemand,⁹⁸ tout au contraire des États-Unis où ils sont très présents dans la littérature juridique. Apparemment, les conditions et personnelles et systématiques d'une influence font ici défaut. Cette forme d'une théorie sociale n'a pas été d'intérêt non plus pour les juristes allemands s'intéressant aux sciences sociales. Cela montre une fois de plus que l'influence des idées étrangères de la pensée juridique dépend des intérêts doctrinaux nationaux, considérablement influencés eux-mêmes par l'emprise du système du droit national.

Oliver LEPSIUS*

⁹⁷ Cf. RICHARD POSNER, *Public Intellectuals : A Study of Decline*, 2001, 212.

⁹⁸ Sur ce point LOTHAR SCHILLING, *Im Schatten von „Annales“*, Bourdieu und Foucault : zur Rezeption französischer Rechtshistoriographie in Deutschland, dans : O. BEAUD / E. V. HEYEN (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? 1999*, 41 (avec un accent sur l'évaluation de la littérature de l'histoire du droit).

* Professeur à l'Université de Bayreuth. Traduction française par Holger Essig.