

**Premier atelier du Collège doctoral Franco-Allemand sur
« La comparaison des droits publics nationaux face à
l'intégration européenne »**

sous la direction de M. le Professeur Olivier Jouanjan
11-12 décembre 2009, à l'Université de Fribourg en Brisgau

Compte-rendu

Rédacteur: Yoan Vilain

Participants:

Comité de pilotage du CDFA :

Prof. Olivier Jouanjan (Université de Strasbourg)

Prof. Stefan Fisch (DHV Speyer)

Dr. Florence Gauzy (BayFOR Munich)

Yoan Vilain (Université Paris 1, coordinateur)

Membres excusés :

Prof. Karl-Peter Sommermann (DHV Speyer)

Prof. Johannes Masing (Université de Fribourg en Brisgau)

Prof. David Capitant (Université Paris 1)

Participants:

Katharina Braig (Strasbourg)

Aurore Gaillet (Strasbourg/Freiburg)

Thomas Hochmann (Paris 1)

Florian Höpfner (Paris 1)

Anne Jacquemet-Gauché (Freiburg/Grenoble)

Moritz Lebsanft (organisateur, Freiburg)

Katrin Mellech (Paris 1/ Hannovre)

Vicky Vouleli (Strasbourg)

Doctorants excusés:

Simon Lang (DHV Speyer)

PROGRAMME

Vendredi 11 décembre 2009

À partir de 17h : arrivée des participants

18h-20h : Accueil et mots de bienvenue de M. le Professeur Olivier Jouanjan et conférence inaugurale de M. le Professeur Andreas Voßkuhle, Vice-Président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Thème : « Europa als Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion »

À partir de 20h : dîner

Samedi 12 décembre 2009

09h-13h : Atelier de traduction dirigé par M. le Professeur Olivier Jouanjan : traduction en français d'une partie de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale sur le Traité de Lisbonne

13h-15h : Pause déjeuner

15h-18h : Atelier de présentation des thèses (plan détaillé et discussion)

*15h-16h : Anne Jacquemet-Gauché : « La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé »

*16h-17h : Thomas Hochmann : « Le négationnisme en droit comparé »

*17-18h : Aurore Gaillet : « L'individu contre l'Etat : essai sur l'histoire des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle »

À partir de 19h30 : dîner

Départ des participants : dimanche 13 décembre 2009.

Lieu : Institut für öffentliches Recht, Platz der Alten Synagoge 1, Freiburg.

Organisation : Moritz Lebsanft, avec l'aide d'Aurore Gaillet, Yoan Vilain et Vicky Vouleli.

Accueil et conférence inaugurale:

Souhaitant tout d'abord la bienvenue à Fribourg aux participants à ce premier *workshop* du collège doctoral franco-allemand, M. Jouanjan poursuit en adressant ses chaleureux remerciements aux organisateurs de cette journée – et en particulier à Moritz Lebsanft – pour leur engagement dans la préparation de cette manifestation et leur réussite à avoir su déjouer les contraintes logistiques dues à la tenue du marché de Noël. Après avoir brièvement exposé en quoi consiste le collège doctoral, M. Jouanjan a rappelé en quelques mots l'itinéraire professionnel de M. Voßkuhle, indiquant que ce dernier est depuis 1999 titulaire de la chaire de droit public, de sciences administratives et théorie du droit à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg. Il en a été brièvement le Recteur avant d'être nommé en mai 2008 juge à la Cour constitutionnelle fédérale dont il est actuellement le Vice-Président. M. Jouanjan le remercie donc très vivement d'avoir, en dépit de ses multiples obligations, accepté d'intervenir dans le cadre de la conférence inaugurale de cet atelier, sa venue étant un honneur pour le Collège doctoral et une occasion rare pour ses membres d'entendre une personnalité éminente du milieu intellectuel allemand.

Après avoir remercié M. Jouanjan de cette aimable introduction, M. Voßkuhle présente le thème de sa communication : « L'Europe en tant qu'objet de réflexion scientifique » (*Europa als Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion*). Précisant qu'il s'agit là de la version remaniée d'un exposé réalisé lors de la journée d'étude organisée par la fondation Friedrich Ebert les 20 et 21 novembre 2009 à Berlin, M. Voßkuhle souligne néanmoins que son intérêt pour ce sujet s'est développé voilà plus de quinze ans à partir des travaux de recherches qu'il a produits en droit de l'environnement et en droit économique, parmi lesquels figure notamment sa thèse d'habilitation¹. Plus tard, c'est lors d'un séjour de recherche d'une année au *Wissenschaftskolleg* de Berlin (Institut d'études avancées) qu'il a pu se consacrer plus amplement à élaborer un cadre d'analyse pour envisager l'Europe comme objet de recherche. Enfin, la récente décision relative au Traité de Lisbonne qu'a prise le deuxième sénat (*Senat*) de la Cour constitutionnelle fédérale présidée par M. Voßkuhle a constitué elle aussi une occasion nouvelle pour lui d'envisager cette question, même si l'angle d'approche était ici naturellement bien différent de celui d'un travail scientifique.

Afin de cerner plus exactement les enjeux auxquels invite à réfléchir ce sujet, M. Voßkuhle explique que considérer l'Europe comme objet de réflexion scientifique revient au fond à s'interroger sur ce que veut et ce que peut une « science de l'Europe » (*Europawissenschaft*)². Est-il pertinent d'envisager l'Europe comme l'objet d'une science

¹ Andreas Voßkuhle, *Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung - Zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.

² Nous préférons ici traduire de façon assez littérale „Europawissenschaft“ par „science de l'Europe“ et non pas par „études européennes“ car l'objet est ici non pas d'élaborer un enseignement relatif aux questions européennes mais un projet scientifique rendant compte de la singularité de l'Europe comme objet de connaissance. En cela, il nous semble que la science de l'Europe se distingue résolument des études européennes.

distincte, autonome, fondée sur ses propres concepts ? Quelles méthodes paraissent les mieux adaptées à rendre compte de cet objet de recherche ? Quelle attitude le chercheur doit-il adopter face à ces questions, quelles précautions doit-il prendre afin de traiter au mieux de cet objet de recherche ? C'est essentiellement autour de ces interrogations que M. Voßkuhle propose d'apporter ici son point de vue.

À ses yeux, il importe tout d'abord de prendre conscience de l'hyper-complexité du domaine de recherche que recouvre cette science. Cette hyper-complexité se manifeste notamment par la nécessité non pas simplement de prendre en considération la situation des organes européens, mais de devoir en plus de cela s'intéresser à celle des États membres, et au-delà, aux relations existant entre ces différents niveaux institutionnels. La diversité des modalités d'approche qu'impose ce domaine de recherche se retrouve par exemple dans l'atlas scientifique réalisé sous la direction de MM. Schuppert, Pernice et Haltern. Publié en 2003 sous le titre de *Europawissenschaft*³, cet atlas a précisément été conçu autour de l'idée de construire une science de l'Europe distincte dans son objet, ses concepts et ses méthodes, par exemple de la science classique de l'État (*Staatswissenschaft*). À cette hyper-complexité s'ajoute un phénomène de masse auquel la science de l'Europe se trouve confrontée en matière d'information et de savoir rendant pratiquement impossible l'appréhension de l'ensemble de l'état de la recherche en ce domaine. La quantité alliée à la complexité des phénomènes impliqués par l'objet de recherche constituent par conséquent le principal obstacle à la recherche. Comment dès lors réussir à appréhender cet objet protéiforme et en croissance permanente ? Ce sont ici deux écueils qu'il convient soigneusement d'éviter, le premier consistant à se limiter à des aspects de plus en plus retreints que l'on connaît de mieux en mieux, le second étant à l'inverse d'en savoir de moins en moins sur de plus en plus d'aspects.

Les conséquences de cette situation sur le design scientifique (*Forschungsdesign*) sont multiples. Tout d'abord, il convient de noter que l'Europe ne se laisse pas appréhender à partir des catégories classiques principalement en raison de sa structure hétérarchique. Il s'agit là d'une donnée structurelle qui explique les déficiences de la science de l'État à proposer un cadre d'analyse approprié pour étudier l'Europe comme objet de recherche. Une solution à cette difficulté serait alors, dans un deuxième temps, de développer une théorie, une abstraction, qui puisse permettre de rendre plus spécialement compte de la nature de l'Europe. Mais M. Voßkuhle estime que cette solution reste insuffisante car l'hyper-complexité du cas européen conduirait selon lui – et c'est en même temps le troisième point – à ce que cet objet de recherche soit particulièrement sensible à des prises de positions davantage idéologiques que scientifiques, ceci s'expliquant essentiellement par l'importance politique majeure de ce sujet. C'est ainsi que naîtrait une mentalité partisane ou clanique (*Lagermentalität*) parfaitement illustrée par la divergence des analyses qui sont faites de la récente décision de la Cour constitutionnelle fédérale relative au traité de Lisbonne. Qu'il s'agisse des partisans

³ Gunnar Folke Schuppert, Ingolf Pernice, Ulrich Haltern (Dir.), *Europawissenschaft*, Nomos, Baden-Baden 2005.

d'une conception étatiste (souverainistes) qui craignent l'émergence d'un monstre institutionnel, des auteurs favorables à une plus forte intégration européenne ou de toutes les positions intermédiaires, tous ont tendance à trouver dans la décision de la Cour des raisons de la critiquer ou au contraire de l'encenser. Cette divergence voire cette contradiction des points de vue qui, comme a pu l'évoquer le Professeur Franz Mayer⁴, laisse penser au scénario du film Rashomon, est la preuve de l'extrême complexité des questions européennes et du potentiel idéologique qui les caractérise. Surtout, ceci souligne la difficulté de parvenir à un point de vue objectif et distancé sur l'Europe. Pour M. Voßkuhle, c'est précisément en cela que s'explique la mission particulière de la science de l'Europe qui doit être comprise comme une activité visant à construire un point de vue réflexif – et non pas simplement réfléchi – sur l'Europe en tant qu'objet de recherche : autrement dit, il convient de réaliser *une observation de l'observation de l'observation*. Seule une telle démarche à plusieurs temps assure d'atteindre cet objectif de neutralité axiologique propre au travail scientifique, surtout qu'en ce qui concerne l'Allemagne, les chercheurs en droit peuvent avoir un contact plus ou moins rapproché avec la pratique, que ce soit par l'exercice de fonctions politiques, juridictionnelles ou de conseil.

Les moyens de cette objectivisation sont de plusieurs types. Le premier vise à développer une culture de la réflexivité en prenant appui sur des travaux chiffrés, même s'il importe à cet égard de parvenir à un usage réfléchi et critique des méthodes quantitatives employées notamment en sciences politiques. Le second, qui n'est pas dénué de tout lien avec le premier, repose sur le recours à l'interdisciplinarité pour justement remettre en cause cette dépendance liée à un point de vue disciplinaire spécifique. La science de l'Europe est donc aux yeux de M. Voßkuhle par nature une science interdisciplinaire dont les objets de recherche sont notamment relatifs à la gouvernance, à la démocratie et à la question de la légitimité. En effet, dans le cadre de la concurrence entre les ordres juridiques (nationaux, supranationaux), l'une des questions fondamentales qui se pose porte sur le choix des modalités juridiques visant à garantir une base de légitimation démocratique qui soit efficace. Mais l'interdisciplinarité est un exercice exigeant en ce qu'il implique suppose d'accepter des « irritations constructives ». Le troisième moyen de cette objectivisation est d'envisager l'Europe d'un point de vue externe, par le dehors (*Europa aus dem Außenblick*). C'est notamment le travail qui est fait dans le cadre du Collège doctoral de l'Université Humboldt de Berlin que dirige Ingolf Pernice et intitulé « *Verfassung jenseits des Staates : von der europäischen zur globalen Rechtsgemeinschaft?* » (la Constitution au-delà de l'État : de la communauté juridique européenne à la communauté juridique mondiale ?). Ce point de vue revient à envisager notamment l'Europe à travers le prisme du croisement entre droit international et droit national mais aussi en prenant appui sur le droit comparé qui s'avère dans cette entreprise constituer une aide tout à fait considérable.

⁴ Franz Mayer, Rashomon in Karlsruhe, NJW, 2010, p. 714-718.

Discussion

La passionnante discussion qui s'en suit permet d'approfondir plusieurs aspects de l'exposé de M. Voßkuhle. Ce dernier est tout d'abord interrogé sur les concordances existant entre la *Europawissenschaft* et la nouvelle science du droit administratif (*Neue Verwaltungswissenschaft*)⁵ dont M. Voßkuhle est l'un des représentants. Il indique alors qu'il existe de nombreux points communs entre ces deux sciences : tout d'abord, toutes deux se caractérisent par le fait que la perspective de recherche adoptée s'articule autour du concept de *Steuerung* (pilotage). En effet, la complexité des questions traitées, l'enchevêtrement des normes impose de concevoir le droit comme une science de la décision et non plus seulement comme une science de l'interprétation. Ceci est par exemple très clair en droit de l'environnement. Voilà pourquoi, et ceci est un second point commun, l'élaboration de nouveaux concepts clés (*Schlüsselbegriffe*) comme celui de gouvernance s'avère indispensable, car eux seuls sont en mesure de rendre compte des rapports hétérarchiques qui unissent désormais les ordres juridiques. Troisièmement, ces deux sciences se caractérisent par leur effort d'envisager leur objet de recherche sous un angle interdisciplinaire.

M. Voßkuhle est ensuite interrogé sur les difficultés et sur l'intérêt du recours au droit comparé. La première difficulté évoquée est liée à la méthode visant à comparer les droits et notamment au problème de la neutralité du point de vue de celui qui s'engage dans une telle comparaison. À cet égard, l'une des voies envisagées pour résoudre cette difficulté est notamment celle suivie par Peter Häberle qui défend une conception culturaliste (*kulturwissenschaftlich*) de la comparaison des droits et assume la subjectivité intrinsèque à toute entreprise comparative tout en tâchant d'en corriger les effets en ouvrant son analyse à d'autres horizons disciplinaires. La seconde difficulté a trait à la multiplicité des langues naturelles qui peut biaiser la comparaison des droits. Commencant par répondre sur ce dernier point, M. Voßkuhle note qu'il s'agit là certes d'une difficulté réelle mais qui n'est pas insurmontable et rend au contraire d'autant plus impérieux que soient menées des études de droit comparé comme celles produites dans le cadre du collège doctoral franco-allemand. Par ailleurs, il souligne que la Cour constitutionnelle fédérale s'est lancée depuis quelques années dans une politique de traduction en langue anglaise des grandes décisions de la Cour. Ainsi, la récente décision de la Cour sur le Traité de Lisbonne a été traduite, revue et corrigée puis mise en ligne afin d'assurer une plus grande compréhension et une meilleure diffusion de la jurisprudence de la Cour. Enfin, M. Voßkuhle affirme se retrouver en accord avec la démarche épistémologique de Peter Häberle qu'il a d'ailleurs eu comme Professeur au début de ses études.

Rebondissant sur ce dernier point, il est alors interrogé sur la pertinence de la proposition formulée par cet auteur qui invite depuis plusieurs années la Cour

⁵ Andreas Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, C.H. Beck, München 2006, § 1, p. 1-61.

constitutionnelle à introduire le droit comparé comme cinquième méthode « officielle » d'interprétation. Plus globalement, quelle place occupe le droit comparé dans le travail de la Cour ? N'est-il pas envisageable de concevoir le droit comparé comme un instrument particulièrement utile pour les juges à partir du moment où la Cour constitutionnelle fédérale agit comme organe constitutionnel de la RFA mais également comme un organe européen. À ces questions, M. Voßkuhle commence par souligner qu'il s'agit effectivement de réflexions majeures et qui font l'objet de controverses en Europe mais aussi aux Etats-Unis où la proposition de recourir au droit comparé dans la jurisprudence de la Cour suprême fait débat notamment suite aux positions prises par exemple par le *Justice* Breyer. Il poursuit en soulignant que si les juges constitutionnels allemands étudient avec intérêt et attention les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme, de la Cour de Justice de l'Union européenne mais aussi des autres Cours suprêmes, recourir au droit comparé comme cinquième méthode d'interprétation ne paraît pas se justifier dans la mesure où les décisions prises par la Cour trouvent leur fondement normatif dans le droit constitutionnel allemand que la Cour a mission de faire respecter et de protéger. Cependant, le droit comparé et les échanges avec les autres Cours sont très utiles car la Cour constitutionnelle fédérale est membre de ce que Andreas Voßkuhle désigne sous le nom de « communauté juridictionnelle européenne » (*europäischer Gerichtsverbund*). Ce concept qui fait écho à celui de « communauté des États européens » (*Staatenverbund*) se caractérise par le fait que le système européen constitue un système ouvert, plus souple et fonctionnant sur la base d'influences réciproques, ce qui minimise l'importance de la question de savoir qui dispose du dernier mot.

La troisième et dernière série de questions posées porte sur les rapports entre droit et politique et sur les préconisations visant à réduire ou à neutraliser le potentiel idéologique évoqué dans la communication d'Andreas Voßkuhle. À cet égard, l'une des différences entre l'Allemagne et la France est relative à la place éminente qu'occupent en Allemagne les Professeurs de droit dans les institutions politiques et dans la pratique constitutionnelle. Interrogé sur les conséquences de cette situation, M. Voßkuhle indique que ceci impose non pas d'épouser les thèses défendues par les néo-kelsenien sur une prétendue pureté épistémologique du droit, mais de reconnaître deux choses : d'une part que le droit – et *a fortiori* le droit constitutionnel – constitue *per se* un droit politique ; d'autre part qu'il est par conséquent nécessaire d'adopter une position de recul et de distance réflexive sur ces questions, quelles que soient les activités juridictionnelles ou de politique juridique que les Professeurs de droit peuvent être amenés à exercer en parallèle à leurs fonctions universitaires. C'est alors un autre aspect de cette différence entre la France et l'Allemagne qui est évoqué : en effet, le Conseil constitutionnel est composé d'anciens hommes politiques et y siège également une sociologue, cette composition devant permettre d'assurer un certain pluralisme et surtout de prendre en compte le caractère politique des décisions prises. Cette composition qui diverge très nettement de celle de la Cour constitutionnelle fédérale serait-elle envisageable en Allemagne ? M. Voßkuhle estime à cet égard que la comparaison est rendue difficile par les différences structurelles qui distinguent la Cour constitutionnelle fédérale du Conseil constitutionnel qui ne disposent du reste pas des mêmes compétences. Il

ne lui est donc possible que de s'exprimer sur le cas de la Cour constitutionnelle fédérale allemande et à titre seulement personnel. Il convient tout d'abord de noter qu'en ce qui concerne la Cour constitutionnelle fédérale, sa composition est nettement moins monolithique qu'elle en a l'air. Ainsi, si tous les membres sont des juristes de formation, la socialisation des juges des Cours suprêmes qui ont été ensuite nommés à la Cour constitutionnelle diffère par exemple de celles des Professeurs de droit qui y siègent, ce qui assure entre eux une très grande complémentarité. Par ailleurs, les personnalités de chacun et le mode de nomination des juges conduit à ce que le pluralisme des idées et des courants politiques soit respecté, et surtout que le travail réalisé soit fait en toute indépendance. Par ailleurs, au vu des tâches et de la quantité de recours auxquels la Cour fait face (plus de 6000 en 2009), il est particulièrement utile que les juges qui la composent soient des juristes de formation. En effet, le travail des juges à la Cour constitutionnelle répond à un fonctionnement collégial qui s'organise autour de discussions organisées sur un mode contradictoire et portant sur les solutions à apporter aux nombreux litiges qui leur sont soumis, ce qui impose de disposer d'une connaissance très pointue de la jurisprudence de la Cour et des normes en cause afin de pouvoir argumenter et ainsi concilier les différents points de vue échangés.

La séance arrivant à son terme, M. Jouanjan remercie M. Voßkuhle d'avoir accepté cette invitation à intervenir dans le cadre de la conférence inaugurale du premier atelier du Collège doctoral franco-allemand et propose de poursuivre la discussion de façon plus informelle au cours du dîner.

Samedi matin : atelier de traduction

Les participants français et allemands avaient été invités par M. Jouanjan à traduire les §§ 216 à 232 de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale relative au Traité de Lisbonne. Cette séance très dense a permis à chacun de pouvoir, à tour de rôle, présenter ses choix de traduction, lesquels ont ensuite donné lieu à une discussion et une confrontation avec les propositions alternatives des autres participants. Au-delà de l'intérêt de se pencher sur la partie des motifs d'une décision aussi importante que celle relative au Traité de Lisbonne, ceci a permis à chacun des participants de prendre conscience de la difficulté de réaliser un tel travail de traduction qui exige autant de compétences linguistiques que scientifiques, mais aussi de l'intérêt de travailler avec des non-juristes (historiens) et des personnes de langues maternelles différentes. Dirigés par M. Jouanjan, les débats autour des choix de traduction de certains termes comme *Gestaltung*, *Staatlichkeit*, *verfassungsändernde Gewalt* ou *Staatenverbund* ont été l'occasion d'échanges constructifs aux yeux de l'ensemble des participants.

Samedi après-midi : atelier de présentation des thèses

La seconde partie de la journée a été consacrée à la présentation des thèses de trois doctorants particulièrement avancés dans leurs travaux et dont la soutenance pourrait avoir lieu dans l'année à venir. Ceci offrait l'opportunité aux doctorants dont les travaux étaient discutés de présenter leur plan de thèse et d'en discuter l'équilibre, les points encore en suspens et au-delà d'explicitier les premiers résultats de leurs travaux, mais aussi d'échanger des conseils rédactionnels. Au cours d'une discussion exigeante, critique mais amicale et constructive, ce sont Anne Jacquemet-Gauché, Thomas Hochmann et Aurore Gaillet qui ont pu exposer leur thème de doctorat, l'état d'avancement de leurs travaux et leurs difficultés. Chacun disposait de 20 minutes pour présenter son travail, la discussion qui s'en suivait durant 40 minutes. La richesse des thèmes traités a permis en outre aux autres participants d'approfondir leurs connaissances autour de sujets relatifs au droit administratif (*La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*), à l'histoire du droit (*L'individu contre l'Etat : essai sur l'histoire des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*) ou portant sur les droits fondamentaux (*Le négationnisme en droit comparé*).

C'est par un tour de table sur les améliorations éventuelles à apporter au format de l'atelier que Yoan Vilain a clos cette dernière demi-journée. La proposition a été faite de conserver le format de présentation des thèses et de conserver une séance de traduction en consacrant une partie à la discussion de termes qui dans les travaux des doctorants du collège peuvent poser des difficultés récurrentes.