

## Une courte histoire des échanges entre les doctrines juridiques française et allemande<sup>1</sup>

Prof. Dr. Philippe COSSALTER

Agrégé des facultés de droit

Chaire de droit public français à l'Université de la Sarre, Co-directeur du Centre juridique franco-allemand

1. Le mythe du Ius Commune européen. 2. La naissance du nationalisme juridique 3. L'école historique du droit. 4. Les grands courants d'échange franco-allemands : l'exemple de Zacharie. 5. Otto Mayer et la synthèse magistrale du droit administratif 6. Ruptures et ambiguïtés de l'époque contemporaine 7. La renaissance des études franco-allemandes 8. La synthèse limitée du droit de l'Union 9. Les diverses formes de reconstruction d'une communauté scientifique mondiale

Dans les arts et dans tous les domaines des sciences sociales, la France et l'Allemagne partagent une histoire commune d'une richesse rarement égalée. Au sein de cette histoire, et parmi les sciences sociales, le droit dispose d'une place nécessairement particulière.

Encore faut-il distinguer, derrière le terme droit, différentes acceptions. C'est l'une des faiblesses de la langue française que de proposer des termes polysémiques.

Le droit comme science (*Rechtswissenschaft*) renvoie à l'idée de connaissance du droit. C'est un discours, académiquement organisé, qui peut adopter différents niveaux d'abstraction et se rapprocher de sciences sociales voisines : histoire du droit, philosophie du droit par exemple. L'essentiel du discours sur le droit est cependant appliqué à la description systématique des règles concrètes, le droit positif (*Recht*), dans tous ses domaines d'application, qu'il s'agisse du droit public (le droit réglant les relations au sein de l'Etat et entre l'Etat et les tiers) ou du droit privé (le droit réglant les relations entre les particuliers, sous le contrôle de l'Etat). Les écrits scientifiques sur le droit constituent une doctrine (*Rechtslehre*) qui est l'objet de cette courte étude.

Le droit comme règle (*Recht*) n'est pas un discours académique, mais un ensemble de prescriptions hiérarchisées dont la somme constitue les règles de la vie en société ; son existence suppose une sanction par des organes bénéficiant du monopole de la contrainte organisée (législateur, administration, juges). L'existence même d'un droit est liée au principe de souveraineté, et se voit confiner au sein de frontières nationales. La particularité de la règle de droit provient donc du fait que son caractère, au-delà des aspects linguistiques, est nécessairement national. Telle est en tout cas l'acception moderne du droit.

---

<sup>1</sup> L'ensemble des références citées sont disponibles sur Zotero : <https://www.zotero.org/philippe.cossalter>, collection « Doctrine juridique franco-allemande ».

Il ne peut exister un droit « franco-allemand » au sens de la règle de droit, puisque la France et l'Allemagne sont deux nations souveraines. Il peut en revanche exister un discours franco-allemand sur le droit, appelé « droit franco-allemand » et qu'atteste l'existence du Centre juridique franco-allemand, que nous avons l'honneur de codiriger.

Parler des doctrines juridiques française et allemande implique de brosser un panorama, nécessairement incomplet, des discours sur le droit. Les relations entre la France et l'Allemagne n'ont pas toujours été un dialogue singulier. Elles s'insèrent dans l'ensemble plus vaste de l'Europe et désormais du monde.

La particularité des droits (Recht) français et allemand, et dans une moindre mesure de la doctrine (Rechtlehre) des deux pays est la position de domination qu'elles ont assumé aux XIX et XXème siècle sur le droit continental des Etats européens.

Dans le même temps les droits français et allemands sont probablement en Europe les plus hermétiques aux influences étrangères.

## 1. Le mythe du Ius Commune européen

« Aux temps de l'*usus modernus pandectarum* aux XVIIème et XVIIIème siècles, toute l'Europe éduquée formait une unité culturelle ; et le droit faisait partie de cette culture Européenne ... Le droit n'était pas conçu comme un système de règles conçues pour s'appliquer exclusivement à un territoire ; il était reconnu comme devant s'appliquer à une échelle internationale »<sup>2</sup>.

Le *Corpus Iuris Civilis*, ou code justinien, a été adopté par l'empereur Justinien entre 529 et 534. C'est une compilation de tous les textes et usages du droit romain. Justinien abroge tous les textes antérieurs. On peut le comparer à l'Empereur QIN, qui a fait construire la Grande Muraille de Chine et a fait bruler tous les livres, pour assurer l'unité de l'Empire<sup>3</sup>.

En réalité, le *Corpus Iuris Civilis* est composé de trois ensembles, le texte, le commentaire et le manuel du commentaire, un peu à l'image du Talmud.

Le *Codex Iustinianus* fut adopté en 529. Il fut rédigé par une commission de fonctionnaires impériaux. Le Digeste (ou *Pandectes* en grec) publié en 530 est une compilation plus volumineuse que le Code, réunissant les consultations des jurisconsultes de la République et de l'Empire. Les *Institutes*, enfin, constituent le manuel d'enseignement du code, publié en 534.

En même temps que se développe la scolastique, l'étude du droit s'appuie à partir du XIIème siècle sur la redécouverte du *Corpus Iuris Civilis* par les Glossateurs de l'Université de Bologne dès le XIème siècle.

Nombreuses sont les études, surtout au sein des doctrines allemande et italienne, pour montrer ou soutenir que le droit romain a constitué, sous l'Ancien Régime, un corps de droit et de

---

<sup>2</sup> Zimmerman (Reinhard), « Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe », in : *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 3ème éd., pp. 21-42, p. 25.

<sup>3</sup> Jorge Luis Borges, « La muraille et les livres », *Enquêtes*, Gallimard, 1986, pp. 11-14.

doctrine commun à toute l'Europe, et donc aussi à la France et aux Etats allemands. Le courant de redécouverte du *Ius Comune* a pris naissance essentiellement sous la plume de Francesco Calasso au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle <sup>4</sup>. Analysant le travail des Glossateurs <sup>5</sup> Calasso identifie dans leurs travaux une référence à un « droit commun », un *Ius comune* opposé au *Ius proprium*. Le *Ius comune*, droit commun à toutes les parties de l'Europe médiévale, n'aurait pas constitué le seul droit applicable. Ensemble de règles d'application subsidiaire, il aurait constitué cependant un ensemble de règles appliquées communément et les règles locales n'auraient été que des dérogations spécifiques à ce droit commun européen.

Adriano Cavanna ensuite, dans sa monumentale *Storia del diritto moderno in Europa* <sup>6</sup> défend l'idée que le *Ius commune* « aurait été, d'abord (au XII-XIII<sup>ème</sup> siècles), une construction purement théorique, abstraite et artificielle ; puis il se serait intégré au système normatif de plusieurs sociétés d'Europe continentale au XIV<sup>ème</sup> et XV<sup>ème</sup> siècles pour devenir, dans chaque ordre juridique particulier, un droit supplétif ; enfin, à l'époque moderne, il aurait survécu sous la forme d'une source doctrinale et jurisprudentielle de caractère supraétatique reposant sur l'opinion commune des docteurs et la large diffusion des décisions judiciaires des tribunaux suprêmes » <sup>7</sup>.

La doctrine allemande propose deux continuateurs notables du courant initié par Calasso et Cavanna.

Helmut Coing d'abord <sup>8</sup>, professeur au Max Planck Institut de Frankfort, a fondé en 1967 une revue au titre évocateur de *Ius Comune* <sup>9</sup>. Reinhard Zimmermann ensuite montre comme les notions du droit romain ont traversé les âges, de la codification du *Digeste* jusqu'au XVIII<sup>ème</sup> siècle, en s'appuyant sur l'intermédiaire du droit canonique <sup>10</sup>. Zimmermann tente de montrer les origines romaines du droit civil européen, dans les pays de tradition romano-germanique aussi bien que dans les pays anglo-saxons de *common law*.

Mais des auteurs comme le français Jean-Louis Halperin rappellent que la construction du *Ius Commune* résulte probablement d'une réinterprétation historique qui minimise la diversité des régimes juridiques sous l'Ancien Régime <sup>11</sup>. Jean-Louis Halperin propose de voir dans le *Ius*

---

<sup>4</sup> Francesco Calasso, *Introduzione al diritto comune* (Giuffrè, 1951).

<sup>5</sup> Juristes annotant les textes du *Corpus Iuris Civilis*, à partir du XI<sup>ème</sup> siècle à l'Université de Bologne. Le terme « postglossateurs » désignant les juristes de l'Université d'Orléans au XIII<sup>ème</sup> siècle.

<sup>6</sup> Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa: 1* (Milano: Giuffrè, 1900).

<sup>7</sup> Jean-Louis Halperin, 'L'approche Historique et La Problématique Du Jus Commune', *Revue internationale de droit comparé*, 52 (2000), 717–31 <<http://dx.doi.org/10.3406/ridc.2000.18625>>.

<sup>8</sup> V. notamment Coing (Helmut) (dir.), *Handbuch der Quellen und Literatur*, Max-Planck-Institut 1973. Coing (Helmut), *Europäisches Privatrecht*, t. 1, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, 1985, p. 7.

<sup>9</sup> La revue, éditée à un rythme irrégulier de 1967 à 2001, est disponible intégralement sur le site du Max Planck Institut für Rechtsgeschichte : [http://www.rg.mpg.de/de/virtuellerlesesaal/ius\\_commune.cfm](http://www.rg.mpg.de/de/virtuellerlesesaal/ius_commune.cfm).

<sup>10</sup> Pour une présentation de l'histoire du principe cardinal du droit continental des contrats, „Pacta sunt servanda“, v. Landau (Peter), „Pacta sunt servanda: Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie“, in : *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert : Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, pp. 457 s. Sur le rôle de l'Eglise sur la culture Juridique européenne Landau (Peter), « Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur », in : Schulze (Reiner) (ed.), *Europäische Rechts – und Verfassungsgeschicht : Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, 1991, pp. 39 s.

<sup>11</sup> Halperin.

*Commune* une doctrine européenne, une unité dans la science du droit, plus qu'une véritable unité du droit positif <sup>12</sup>.

A cet égard, il faut évidemment faire la part entre la doctrine et le droit positif. Le discours sur le droit n'est pas le droit. Mais la place des jurisconsultes, sous l'Ancien régime plus encore qu'aujourd'hui, assure qu'une communauté d'esprit permette une certaine unification subsidiaire des règles de droit positif.

Il faut surtout garder à l'esprit que l'enthousiasme pour le *Ius commune* frappe surtout les communautés scientifiques préparées à une telle redécouverte : l'Allemagne et l'Italie qui, depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, ont fondé leurs réflexions sur l'existence d'un droit national à partir de la redécouverte du droit romain (v. *infra*).

En d'autres termes, il semble que le *Ius commune* constitue essentiellement une vision nationale de l'Universalisme.

En dehors du courant d'étude du *Ius commune* qui, il faut le reconnaître, n'occupe qu'une place anecdotique dans la science du droit, il est indéniable que le droit d'Ancien régime était interprété et appliqué par une communauté scientifique européenne, qui ne se préoccupait que très modérément des frontières.

Paolo Grossi par exemple soutient l'idée que le droit au Moyen-Âge s'est construit sans l'Etat ; droit des particuliers, il aurait été totalement indépendant de toute structure officielle et donc de toute influence territoriale <sup>13</sup>. On le voit, même s'il n'est pas fondé sur le droit romain, le droit médiéval est envisagé comme un droit sans Etat, ou au moins un droit dont le contenu n'est pas déterminé par référence à des frontières nationales.

Il n'est pas possible à cet égard de parler d'échanges entre la France et l'Allemagne : les échanges sont bien plus vastes et diversifiés ; ils s'établissent au niveau européen.

C'est ce qui va changer avec la Révolution française.

## **2. La naissance du nationalisme juridique**

L'époque moderne, qui commence en histoire comme en droit, avec la Révolution française, est l'époque du nationalisme. La « nationalisation » du droit ne s'est pas réalisée de manière instantanée et univoque. Elle prend plusieurs formes, dont deux expressions sont aisément compréhensibles : la souveraineté et la nation.

Le droit français, dans tous ses aspects, et contrairement au droit allemand, est marqué par la Révolution française. Cet événement historique est aussi et surtout un événement juridique majeur. La date de rupture entre le droit de l'Ancien régime et l'époque moderne n'est pas le 14 juillet 1789, mais le 4 août. Cette nuit-là voit l'abolition des privilèges, c'est-à-dire la disparition de l'ensemble des droits féodaux. Tout le droit français est à reconstruire. Comme

---

<sup>12</sup> Halperin, p. 727.

<sup>13</sup> Paolo Grossi, *L'ordine Giuridicomedievale* (Rome-Bari: Laterza, 1996).

le note Georges Lefebvre, « la Révolution française ... a transformé si profondément le droit privé de l'Ancien Régime qu'aucun pays n'offre l'exemple d'un bouleversement législatif aussi rapide ni aussi considérable »<sup>14</sup>.

Au-delà des règles législatives, c'est la légitimité du pouvoir constitué qui est à reconstruire. Cette reconstruction s'appuie sur l'acquis des Lumières, et la théorie des droits naturels.

Ce n'est pas ici le lieu de réexposer la théorie des droits naturels et le lien qui est fait, à travers l'idée du contrat social, avec l'expression de la souveraineté. Mais il est nécessaire de comprendre que les droits naturels du peuple à se gouverner lui-même, et dont l'unité est parfois assurée par l'idée d'une nation, est à la base de la plupart des grandes démocraties contemporaines<sup>15</sup>.

Fiction juridique fondatrice la nation, détentrice de la souveraineté, substitue le droit naturel à la légitimation du droit divin. Le droit naturel des peuples est le nouveau paradigme explicatif, qui permet de dépasser l'aporie de la théorie de l'Etat : de quoi découle la détention légitime du monopole de la contrainte organisée ? En vertu de quel principe fondateur le particulier doit-il se soumettre à la décision de son juge, et pour quelle raison le droit appliqué par se juge s'applique à la place de tout autre ?

La fondation nationale de la souveraineté, qui définit elle-même l'Etat et la détention monopolistique de la contrainte légitime, dessine des frontières qui n'existaient pas auparavant. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui remettent l'expression de la souveraineté au corps fictif intermédiaire de la nation, détermine un droit proprement national ou, lorsque la fiction apparaît trop faible (en Belgique par exemple) étatique. L'Etat, la nation, le peuple, la souveraineté forment un tout indissociable qui met fin brutalement à la communauté universelle de la pensée juridique européenne.

La nationalisation du droit (*Recht*) n'implique pas la nationalisation immédiate de la pensée juridique (*Rechtswissenschaft*). L'une ne peut pas être indifférente à l'autre.

### 3. L'école historique du droit

L'une des controverses les plus célèbres du droit allemand est celle qui opposa Savigny et Thibault.

Elle illustre la naissance d'une science du droit proprement nationale en Allemagne et l'éloignement d'avec la France.

En 1814 l'aventure napoléonienne touche à sa fin. Son héritage juridique perdurera en Europe, durant tout le XIXème siècle. Parmi cet héritage prend place, outre la réorganisation

---

<sup>14</sup> Préface Georges Lefebvre in : Marcel Garaud, *La Révolution Française et L'égalité Civile*, Bibliothèque D'histoire Du Droit (Paris: Recueil Sirey, 1953).

<sup>15</sup> V. par exemple les alinéas 2 et 3 de l'article 20 de la *Grundgesetz* : „(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“.

administrative de l'Allemagne et la naissance du mouvement des nationalités, le legs du code civil. Cependant, le droit privé appliqué dans les Etats du *Deutscher Bund* était loin d'être uniforme.

En Allemagne, le code civil a été appliqué, tel quel ou dans une traduction locale, dans les *Länder* de l'Ouest du Rhin, et dans le Grand-Duché de Bade. Les territoires prussiens, incluant la Westphalie, Bayreuth et Ansbach, étaient soumis à *l'Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* de 1794. « La province du Rhin, l'Alsace et la Lorraine étaient soumises au Code civil. Le Grand-Duché de Bade avait adopté le *Badisches Landrecht* qui était fondé sur une traduction du Code civil. Quelques endroits de Bavière étaient soumis au droit autrichien tandis que, dans certaines parties du Schleswig-Holstein, prévalait le droit danois »<sup>16</sup>. Dans certains *Länder*, le code civil français continuera à s'appliquer jusqu'à l'adoption d'un code civil unifié pour tout l'Allemagne, le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en 1900.

Nourri de l'exemple français, autant que des nécessités de réaliser l'unité allemande, Anton Friedrich Justus Thibault (1772-1840) plaide pour la rédaction d'un code civil allemand applicable à l'ensemble des Etats du *Deutscher Bund*, sur le modèle du code civil français<sup>17</sup>.

La réponse célèbre de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) est l'ouvrage *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (La vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence). Friedrich Carl von Savigny y défend l'émergence d'une école historique nationale du droit et écarte l'idée d'un code<sup>18</sup>. Cet ouvrage a été précédé et suivi d'autres<sup>19</sup>, ainsi que de la création d'une revue en 1815, le *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*.

Pour Savigny, la législation est « comme la codification après coup de lois non écrites, ou de coutumes dont seules l'ancienneté et l'habitude ont fait une seconde nature »<sup>20</sup>. A la codification, jugée inorganique, détachée de toute réalité historique, Savigny oppose l'idée d'une science historique du droit, qui analyse et révèle les fondements de la règle juridique en lien avec une tradition nationale.

---

<sup>16</sup> Reinhard Zimmermann, 'L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne', *Revue internationale de droit économique*, (t. XXVII) (2013), 95–127 <<http://dx.doi.org/10.3917/ride.256.0095>>.

<sup>17</sup> Anton Friedrich Justus Thibaut, *Thibaut und Savigny: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, und, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft: ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften: mit den Nachträgen der Verfasser und den Urteilen der Zeitgenossen* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959).

<sup>18</sup> Friedrich Carl von Savigny, « Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft », reprint in Hans Hattenhauer (ed.), *Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften*, 2<sup>ème</sup> ed. 2002, pp. 126 s.

<sup>19</sup> Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (Mohr und Zimmer, 1816) <<http://archive.org/details/geschichtedesrm1savigoog>> [accessed 19 April 2014]; Friedrich Karl von Savigny et Otto Ludwig Heuser, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin Veit, 1840) <<http://archive.org/details/systemdesheutige01saviuoft>> [accessed 19 April 2014].

<sup>20</sup> André Stanguennec, 'À l'origine de l'idée allemande de nation', *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N° 14 (2001), 337–50 <<http://dx.doi.org/10.3917/rfhip.014.0337>>.

L'unité allemande, pour Savigny, ne peut pas se réaliser à travers un code qui soit détaché du *Volksgeist*, mais par la création d'une science juridique allemande fondée sur une communauté universitaire nationale.

Sur le plan de la recherche historique, le droit romain, appliqué dans les Etats allemands à travers le *Ius Comune*, présente l'exemple le plus noble et le plus évident d'approche historique du droit ; appliqué à titre subsidiaire dans un certain nombre d'Etats allemands, le *Ius Comune* permet de donner un fondement historique indiscutable au droit allemand et à son esprit.

Le projet savignien s'accompagne d'une approche réactionnaire et contre-révolutionnaire. Le romantisme, l'attachement poétique au passé contiennent aussi une critique de l'approche universelle, atemporelle et mécanique de la codification révolutionnaire <sup>21</sup>.

L'idée très romantique de Savigny emporte l'adhésion d'une grande partie de la communauté scientifique. Le droit romain et son étude vont devenir un aspect essentiel, et jusqu'à aujourd'hui, des études du droit civil allemand. L'approche historique sera également retenue en économie et la pensée économique allemande se distinguera, sur le plan de la méthode, des auteurs classiques français sous la forme d'une école historique de l'économie politique <sup>22</sup>.

De manière très étonnante, la référence au droit romain, à travers son appropriation nationale voire nationaliste, est la piste qui sera à son tour empruntée par les auteurs italiens, à la recherche des fondations d'une science juridique proprement nationale, non seulement pour le droit privé, mais aussi pour leur droit public <sup>23</sup>.

L'école historique du droit pourrait être le ferment d'une approche universelle du droit privé des Etats européens. Zimmermann au demeurant invoque aujourd'hui les manes de Savigny pour appeler à la refondation d'une science européenne du droit <sup>24</sup>. Mais ce n'est pas dans cette optique qu'ont travaillé Savigny et ses continuateurs, ce que critiquera un autre grand juriste allemand, Rudolf von Jhering <sup>25</sup>. Bien que fondé sur une source européenne unique, la science historique du droit de Savigny est indétachable de la recherche d'un esprit et d'une histoire nationaux, bien qu'elle ait été elle-même critiquée comme représentant un courant « romaniste » conservateur, opposé à un courant proprement « germaniste ».

#### **4. Les grands courants d'échange franco-allemands : l'exemple de Zacharie et Aubry et Rau**

---

<sup>21</sup> Simone Goyard-Fabre, *Re-penser la pensée du droit: les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique* (Vrin, 2007).

<sup>22</sup> Yves Breton, 'Les Économistes Français et Les Écoles Historiques Allemandes', *Histoire, économie et société*, 7 (1988), 399–417 <<http://dx.doi.org/10.3406/hes.1988.2359>>.

<sup>23</sup> Sabino Cassese, 'Auf der gefahrenvollen Strasse des öffentlichen Rechts. La „révolution scientifique“ de Vittorio Emanuele Orlando', *Revue générale du droit*, 2014 <<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/03/22/auf-der-gefahrenvollen-strasse-des-offentlichen-rechts-la-revolution-scientifique-de-vittorio-emanuele-orlando/>>.

<sup>24</sup> Zimmermann.

<sup>25</sup> Rudolf von Jhering, *Le combat pour le droit / par le Dr Rudolphe d'Ihering,...*; traduit de l'allemand par Alexandre-François Meydieu,... (G. J. Manz (Vienne), 1875) <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k74379g>> [accessed 27 April 2014].

L'œuvre de « nationalisation » du droit allemand par l'école historique, le développement parallèle de la science juridique française et leur opposition, n'emportent pas de conséquences immédiates. Comme il a été dit ci-dessus, le code Napoléon continue de s'appliquer à l'ouest du Rhin. Le code civil des français reste donc, jusqu'en 1900, le droit civil d'une partie de l'Allemagne.

Le code civil fait l'objet de commentaires approfondis, en France comme en Allemagne. Le plus célèbre de ces commentaires est l'œuvre de Karl-Salomon Zachariæ qui publie en 1808 son *Handbuch des französischen Zivilrechts*.

Le parcours de l'œuvre de Zacharie est exemplaire.

Le manuel de droit civil français est traduit à partir des années 1830 par Aubry et Rau. Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, tous deux nés en 1803, et tous deux professeurs à la faculté de droit de Strasbourg, ont proposé en 1830 une simple traduction du manuel de Zachariæ. Leur œuvre deviendra une référence incontournable, pendant plus de 150 ans, de la théorie du droit civil français.

Certaines théories élaborées par Zacharie, reprises et enrichies par Aubry et Rau, deviennent « le produit remarquable d'un fécond métissage, celui de l'art législatif français et de la science juridique allemande »<sup>26</sup>. Il en va ainsi de la théorie du patrimoine (dont les arcanes sont aussi inaccessibles à l'auteur de ces lignes qu'à la plupart des lecteurs<sup>27</sup>), élaborée par Zacharie à partir de la lecture du code civil, avec le renfort du droit romain, et que les deux professeurs strasbourgeois populariseront en France<sup>28</sup>.

Progressivement, Aubry et Rau puis leurs continuateurs feront disparaître le nom de Zacharie du titre de l'ouvrage, pour n'en conserver qu'une référence lointaine. L'influence de l'auteur allemand sur le droit civil français ne doit jamais être oubliée.

## 5. Otto Mayer et la synthèse magistrale du droit administratif

Si Zacharie, Aubry et Rau symbolisent les échanges fructueux des doctrines allemande et française du droit privé, Otto Mayer est à lui seul le représentant d'une formidable synthèse dans le domaine du droit administratif, partie du droit public consacrée aux relations de l'Etat avec les citoyens.

---

<sup>26</sup> Zanéti (Frédéric), „Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine“, in : Poughon (Jean-Michel) (dir.), *Aubry et Rau : Leurs œuvres, leurs enseignements*, Presses universitaires de Strasbourg, 2006.

<sup>27</sup> Sur cette question v. notamment : Claude Witz, 'Droit de Gage Général - Articles 2284 et 2285 Du Code Civil', *Jurisclasseur Notarial répertoire, fascicule 10*, 2009.

<sup>28</sup> Sur l'influence doctrinale d'Aubry et Rau, v. en général Wiederkehr (Georges), « Aubry et Rau vus par les manuels de droit civil », in : Poughon (Jean-Michel) (dir.), *Aubry et Rau : Leurs œuvres, leurs enseignements*, Presses universitaires de Strasbourg, 2006 pp. 125-136 et en particulier sur la théorie du patrimoine, outre Zanéti (Frédéric) précité, v. dans le même ouvrage Sériaux (Alain), « Heurs et malheurs de l'esprit de système : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau » pp. 79-89.

Il ressort de l'ensemble de ces articles un tableau nuancé, qui rappelle les critiques acerbes émises à l'égard des théories des deux auteurs, les doutes sur leur part d'originalité par rapport à Zachariae et le fait que leur œuvre sert désormais de référence historique, sans toujours être lue.



Comme Aubry et Rau, Mayer est un professeur « strasbourgeois ». Ce fait même illustre l'importance (c'est une évidence mais il est bon de le rappeler) du bilinguisme dans l'élaboration d'une science sociale européenne.

Otto Mayer, né en 1846 près de Nuremberg<sup>29</sup>, est docteur en droit privé français. Professeur à l'Université de Strasbourg, alors allemande, il accepte par égard pour un collègue civiliste, d'enseigner le droit administratif français. C'est grâce à cette initiative qu'il sera à même, en 1886 de publier un manuel d'initiation au droit administratif français en langue allemande, la *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*<sup>30</sup>. Paraissent dix ans plus tard les deux tomes de son *Deutsches Verwaltungsrecht*<sup>31</sup>. C'est cet ouvrage qui sera publié, à partir de 1903 en quatre tomes, sous le titre de *Droit administratif allemand* à destination du public francophone<sup>32</sup>.

Le *Droit administratif allemand* d'Otto Mayer est une œuvre majeure qui a eu une influence déterminante sur la doctrine allemande tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle.

Concernant le sujet qui nous occupe, il serait très exagéré de dire que le droit administratif français a servi de modèle au droit administratif allemand selon le système d'Otto Mayer. Les deux droits sont très différents sur de nombreux points. Cependant, le droit administratif français, à cette époque bien plus abouti, sert de modèle ou de point d'appui à Mayer ; par ailleurs les emprunts sur des points de détail (comme en matière de police) sont nombreux<sup>33</sup>.

## 6. Ruptures et ambiguïtés de l'époque contemporaine

L'histoire encore une fois commande les relations intellectuelles entre la France et l'Allemagne. Après la guerre de 1870, le patriotisme et les impératifs de la revanche ont une première fois obscurci les jugements. L'Allemagne bismarckienne, même pour les plus germanistes, symbolise le nationalisme exacerbé. Ernest Renan, symbole du déchirement de la culture franco-allemande, tient en 1882 son fameux discours sur la nation, dans lequel il oppose (l'analyse n'est pas infondée) les théories française subjective et allemande objective de la nation<sup>34</sup>.

Mais paradoxalement, l'attraction de la science juridique allemande est intacte<sup>35</sup>. La fascination pour la pensée allemande, qui ne se réduit pas au seul domaine du droit, perdurera jusqu'au début de la première guerre mondiale. C'est à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle que le Japon

---

<sup>29</sup> Otto Mayer, *Selbstdarstellung*, dans: Hans Planitz, *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, 1924, p. 1.

<sup>30</sup> Otto Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (K.J. Trübner, 1886).

<sup>31</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (Duncker und Humblot, 1895).

<sup>32</sup> Otto Mayer, *Le droit administratif allemand. 4 tomes / par Otto Mayer ; avec une préf. de H. Berthélemy...* (V. Giard et E. Brière (Paris), 1903) <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1067000>>.

<sup>33</sup> Annette Guckelberger, 'L'importance d'Otto Mayer Pour Le Droit Administratif Allemand', in *Otto Mayer, Droit administratif allemand* (Editions juridiques franco-allemandes, 2014).

<sup>34</sup> Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?* (Fayard/Mille et une nuits, 1997) <[http://gallica.bnf.fr/VisuSNE?id=oai\\_numilog.com\\_54353&r=renan+nation&lang=DE](http://gallica.bnf.fr/VisuSNE?id=oai_numilog.com_54353&r=renan+nation&lang=DE)> [accessed 18 April 2014].

<sup>35</sup> Olivier Beaud et Patrick Wachsmann, eds., *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* (Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg, 1997) <<http://www.lcdpu.fr/livre/?GCOI=27000100401060>> [accessed 27 April 2014].

de l'ère Meiji choisit le modèle juridique qui servira de fondement à son entreprise d'occidentalisation ; il choisit naturellement le modèle allemand.

Les exemples de l'influence de la science juridique allemande sur la doctrine française après 1870 sont légion. Nous ne pouvons en retenir que les exemples les plus marquants. Ce développement de l'étude du droit allemand par les juristes français est facilitée par la création d'institutions permanentes, dont la plupart existent encore aujourd'hui, ayant pour objet la comparaison des droits, ou l'étude du droit international. Ainsi en 1869 voit le jour la Société de Législation comparée, qui procède à la traduction de codes étrangers, comme le code de commerce allemand . Jusqu'en 1914 et malgré la guerre franco-prussienne en France également « l'Allemagne apparaît alors comme l'un des grands foyers de la culture juridique européenne »<sup>36</sup>.

L'œuvre du grand juriste allemand Rudolf von Jhering, qui n'a pas frappé que la France, y trouve un écho remarquable, qu'attestent les nombreuses traductions de son texte le plus connu « *Der Kampf um's Recht* », et ce dès 1875<sup>37</sup>. L'écho de l'auteur est tel et les traductions si nombreuses que c'est souvent à travers les traductions françaises, à défaut de traductions anglaises suffisantes, que les auteurs anglo-saxons s'initient aujourd'hui à son œuvre<sup>38</sup>.

En 1900 paraît une traduction de l'œuvre monumentale de Paul Laband, l'un des maîtres du droit public allemand, lui aussi professeur à Strasbourg : *Le droit public de l'empire allemand*<sup>39</sup>.

L'année suivante Raymond Saleilles, qui est l'une des figures les plus brillantes d'une école du droit comparé, publie un très célèbre ouvrage consacré au code civil allemand de 1900 qui fera autorité<sup>40</sup>. Ce n'est que deux ans plus tard que commencera la publication du Droit administratif allemand d'Otto Mayer.

La Première Guerre mondiale est, comme dans tous les autres domaines, un point de rupture sans équivalent. Le dialogue, déjà parfois venimeux, devient impossible, en tout cas selon les modalités antérieures<sup>41</sup>. Les emprunts intellectuels ne peuvent plus être assumés en tant que tels. Tout échange est nécessairement teinté de nationalisme. La France est conçue comme un modèle de civilisation opposé au culte de la force brute<sup>42</sup> et à l'artifice d'une pensée philosophique mécanique<sup>43</sup>, sans but et sans résultats<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> Annie Stora-Lamarre, 'La guerre au nom du droit', *Revue d'histoire du XIXe siècle. Société d'histoire de la révolution de 1848 et des révolutions du XIXe siècle*, 2005 <<http://dx.doi.org/10.4000/rh19.1017>>.

<sup>37</sup> Jhering.

<sup>38</sup> James Q. Whitman, 'Jhering Parmi Les Français, 1870-1918', in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* (Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg, 1997), pp. 151-64.

<sup>39</sup> Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand* (V. Giard & E. Brière, 1900).

Paul Laband, *Le droit public de l'Empire allemand* (V. Giard & E. Brière, 1900).

<sup>40</sup> Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)* (F. Pichon, 1901).

<sup>41</sup> Stora-Lamarre.

<sup>42</sup> Jean Finot, *Civilisés contre allemands* (Ernest Flammarion, 1915).

<sup>43</sup> Henri Bergson, *La signification de la guerre* (Paris: Bloud et Gay, 1916).

<sup>44</sup> Emile Picard, *L'histoire et les prétentions de la science allemande*. (Paris: Librairie académique Perrin et Cie Libraires-éditeurs, 1916).

Du côté allemand, Otto von Gierke par exemple, perpétue dans un célèbre discours l'idée d'une origine très différente des droits publics français et allemand. L'Etat français, dans la continuité monarchique renouvelée par les préceptes révolutionnaires <sup>45</sup>, est fondé sur l'unité et la domination du tout sur l'individu ; le droit allemand en revanche serait l'héritier d'une tradition protectrice des droits des corps intermédiaires (cités, associations, etc...), dont les principes ont été codifiés par la Prusse en 1794 dans l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*. Ce code dont « le caractère grandiose n'a été égalé par aucun Code au monde, avant ou après lui » assure l'unification du corps social <sup>46</sup>. On le voit au sortir de la première guerre mondiale il semble naturel d'opposer non pas deux droits, mais deux conceptions de l'Etat et du droit.

Un auteur comme le français Carré de Malberg permet de saisir toutes l'ambiguïté des rapports qui se créent entre doctrine allemande et française, même chez les plus germanophiles. Raymond Carré de Malberg est un autre professeur strasbourgeois <sup>47</sup> dont l'œuvre illustre les liens étroits unissant les doctrines allemande et française et les oppositions parfois de façades qu'il est nécessaire de créer entre elles.

Son chef d'œuvre, la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* <sup>48</sup> doit un très lourd tribut à la théorie allemande de l'Etat <sup>49</sup> mais celle-ci, sur laquelle s'appuie l'auteur, lui sert en quelque sorte de contre-modèle, du moins en apparence. Ecrivant l'avant-propos à son œuvre en 1919, Carré de Malberg note que « ce qui a ... rendu odieuse la notion allemande de la *Herrschaft*, c'est l'absence de tout scrupule dont ont fait preuve ses propagateurs, en tant qu'ils ont systématiquement – rücksichtslos, c'est bien le cas de le dire - passé sous silence l'existence de règles d'ordre moral, qui dominent elles-mêmes de leur supériorité majeure toute puissance étatique, si absolue que soit juridiquement cette dernière, si nécessaire qu'elle soit politiquement » <sup>50</sup>.

L'auteur prétend en quelque sorte « franciser » la théorie générale de l'Etat ; il est cependant très loin d'écarter de son œuvre la doctrine allemande, et en particulier la doctrine de la puissance étatique. Carré de Malberg, juriste dit « positiviste » considère que le droit se limite aux normes émises régulièrement par l'Etat dans un régime constitutionnellement organisé, mais qu'il ne doit pas prendre en compte des considérations morales et sociales. Cependant l'Etat, et c'est en cela que Carré de Malberg prétend se distinguer des auteurs allemands, est soumis à une sorte d'« autolimitation interne », car sa puissance découle de la souveraineté nationale.

---

<sup>45</sup> Léon Duguit, *Les transformations du droit public* (A. Colin (Paris), 1913) <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q>>. Selon Duguit lui-même, la Révolution a simplement substitué « le Roi » par « la Nation » et perpétué une idée injustifiée de la domination de l'Etat fondée l'idée de souveraineté.

<sup>46</sup> Otto von Gierke, 'L'idée germanique de l'Etat', *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N°23 (2006), 169–71 <<http://dx.doi.org/10.3917/rfhip.023.0169>>.

<sup>47</sup> Né en 1861 à Strasbourg et mort en 1935, Raymond Carré de Malberg a été professeur aux facultés de droit de Caen, Nancy et Strasbourg.

<sup>48</sup> Carré de Malberg (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, 2 tomes, *reprint* Paris, CNRS, 1962, 2 tomes.

<sup>49</sup> Olivier Beaud, 'La Théorie Générale de l'Etat (Allgemeine Staatslehre) En France. Quelques Notations Sur Un Dialogue Contrarié.', in *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? - Une science juridique franco-allemande? : Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs - Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel* (Baden-Baden: Nomos, 1999), pp. 83–109.

<sup>50</sup> Carré de Malberg (Raymond),..., précité, avant-propos, page XIX.

Mais l'œuvre magistrale de Carré de Malberg est autant un traité de droit allemand que de droit français. Aux côtés de Duguit, Hauriou, Michoud l'auteur cite abondamment Otto Mayer, G. Meyer et surtout Laband<sup>51</sup> dont il fut proche et dont il est, au sein de l'Université de Strasbourg, le continuateur, et de très nombreux autres allemands. Dans ses développements initiaux sur la puissance et les fonctions de l'Etat, la présence de la doctrine allemande est très largement majoritaire. La *Contribution à la théorie générale de l'Etat* est une synthèse magistrale des doctrines française et allemande de l'Etat.

Après la disparition de Carré de Malberg, les liens entre doctrine allemande et française vont encore se distendre.

La doctrine du droit public français et en particulier celle du droit administratif concentre son attention sur l'œuvre jurisprudentiel du Conseil d'Etat (encore une création napoléonienne), et fait désormais l'économie d'une réflexion comparée. Le flux des traductions de grands auteurs se tarit et il n'existe plus d'œuvres allemandes ou françaises qui soient largement diffusées et commentées de part et d'autre de la frontière.

Après le *Droit administratif allemand* d'Otto Mayer directement écrit en français par son auteur, et depuis la traduction de l'ouvrage de Fritz Fleiner en 1933 par Eisenmann<sup>52</sup>, les seuls auteurs majeurs de droit administratif allemand à avoir été traduits en français sont Forsthoff en 1969<sup>53</sup> et Maurer en 1994<sup>54</sup>. Tous les deux l'ont été par le même traducteur, Michel Fromont, premier directeur du Centre juridique franco-allemand (alors Centre d'études juridiques françaises).

## 7. La renaissance des études franco-allemandes

Les vingt dernières années sont marquées par un indéniable regain des études juridiques franco-allemandes, aussi bien en droit public<sup>55</sup> qu'en droit privé<sup>56</sup>. Les réticences historiques anciennes ont été dépassées, et une véritable communauté scientifique se reconstruit.

Cette reconstruction se réalise autour de figures individuelles qui, par leur autorité, élaborent progressivement un ensemble doctrinal renouvelé. Il est vrai cependant que l'inflation doctrinale actuellement à l'œuvre rend plus difficile l'identification des différents courants d'échange intellectuels car « chaque auteur pris isolément rencontre un écho moindre qu'au

---

<sup>51</sup> Sur la réception de Laband par Carré de Malberg : Christoph Schönberger, 'Penser l'État Dans l'Empire de La République : Critique et Réception de La Conception Juridique de l'État de Laband Chez Carré de Malberg', in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* (Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg, 1997), pp. 255–65.

<sup>52</sup> Fritz Fleiner, *Les principes généraux du droit administratif allemand* (Paris: Delagrave, 1933).

<sup>53</sup> Ernst Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand* (É. Bruylant, 1969).

<sup>54</sup> Helmut Maurer, *Droit Administratif Allemand*, Collection 'Manuels', 8ème édition (Paris: LGDJ, 1994).

<sup>55</sup> Thomas Würtenberger, 'Konvergenzen Oder Dominanz Nationaler Rechtstraditionen in Deutschland Und Frank-Reich?', *Frankreich-Jahrbuch*, 2001, 151 ss; Thomas Würtenberger et Stephan Neidhardt, 'Distance et Rapprochement Entre Le Droit Administratif Allemand et Le Droit Administratif Français' <[http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/thomas\\_wurtenberger.pdf](http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/thomas_wurtenberger.pdf)>.

<sup>56</sup> Erk Volkmar Heyen et Olivier Beaud, *Eine Deutsch-Französische Rechtswissenschaft? - Une Science Juridique Franco-Allemande? : Kritische Bilanz Und Perspektiven Eines Kulturellen Dialogs - Bilan Critique et Perspectives D'un Dialogue Culturel* (Baden-Baden: Nomos, 1999).

début de ce siècle »<sup>57</sup>. Certainement aussi l'absence de distance historique n'a-t-elle pas permis de faire le tri entre les auteurs qui traversent les âges et ceux qui sont, souvent injustement, oubliés.

Il n'en reste pas moins que quelques références incontournables permettent de tracer la carte des auteurs qui, surtout au sein de la doctrine française contribuent, depuis les années 1960, à une meilleure connaissance du droit allemand.

Les ouvrages de vulgarisation de Michel Pédamon<sup>58</sup>, Michel Fromont et plus récemment Claude Witz<sup>59</sup> constituent d'inévitables introductions<sup>60</sup>. Cela n'empêche pas les mêmes auteurs de publier des ouvrages plus spécialisés<sup>61</sup>. Christian Autexier, notre prédécesseur à la Chaire de droit public français de l'Université de la Sarre, a œuvré sans relâche à la meilleure connaissance du droit public allemand, par ses traductions des textes, mais aussi grâce à son ouvrage de référence « Introduction au droit public allemand »<sup>62</sup>.

Dans le domaine du droit public, des relations fructueuses se sont établies, entre les auteurs, et il est aisé de reconstituer les « réseaux » scientifiques, en raison de la récurrence des publications. Une revue telle que *Jus Politicum*<sup>63</sup> accueille fréquemment des articles rappelant l'importance de la pensée allemande pour la théorie de l'Etat. Parmi ses promoteurs, Olivier Beaud est connu pour sa profonde connaissance du droit allemand. David Capitant<sup>64</sup>, Olivier Jouanjan<sup>65</sup> et Constance Grewe<sup>66</sup> constituent des figures incontournables du droit public comparé. Le professeur Grewe présente la particularité, qui n'est plus si rare aujourd'hui, d'être de nationalité allemande mais d'avoir accompli l'essentiel de sa carrière en France.

Nous ne pourrions viser à l'exhaustivité dans le cadre de ce rapide exposé. Le nombre et la qualité des travaux doctoraux doivent cependant être soulignés. Certains sont devenus très rapidement des classiques, et démontrent qu'une nouvelle génération de juristes maîtrise intimement la langue et le droit allemand, sans en faire à proprement parler l'axe principal de

---

<sup>57</sup> Constance Grewe, 'Le Droit Constitutionnel Allemand Dans La Science Juridique Française', in *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? - Une science juridique franco-allemande? : Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs - Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, by Olivier Beaud et Erk Volkmar Heyen (Baden-Baden: Nomos), pp. 221–35.

<sup>58</sup> Michel Pédamon, *Le Droit allemand* (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1985).

<sup>59</sup> Claude Witz, *Le droit allemand*, Édition : 2e édition (Paris: Dalloz-Sirey, 2013).

<sup>60</sup> V. également, plus volumineux mais étrangement moins diffusé, l'introduction au droit allemand publiée sur une période de presque 15 ans, en trois tomes, par Michel Fromont et Alfred Rieg : Michel Fromont et Alfred Rieg, *Introduction au droit allemand, 3 tomes* (Cujas, 1977-1984-1991).

<sup>61</sup> Pédamon, *Le contrat en droit allemand*; Claude Witz, *Droit Privé Allemand. Volume 1, Actes Juridiques, Droits Subjectifs* (Litec, 1992).

<sup>62</sup> Christian Autexier, *Introduction au droit public allemand* (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1997).

<sup>63</sup> <http://www.juspoliticum.com>

<sup>64</sup> V. par exemple David Capitant et Klaus-Dieter Schnapauff, *L'administration publique de la France et de l'Allemagne. Présentation - Glossaire* (La Documentation française, 2007) <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/9782909460031/index.shtml>>. V. aussi les chroniques de l'auteur à l'Annuaire européen d'administration publique.

<sup>65</sup> Olivier Jouanjan, *Le Principe D'égalité Devant La Loi En Droit Allemand* (Paris: Economica, 1992); Olivier Jouanjan, *Une Histoire de La Pensée Juridique En Allemagne (1800-1918)* (Paris: PUF, 2005).

<sup>66</sup> Grewe, 'Le Droit Constitutionnel Allemand Dans La Science Juridique Française'; Grewe, 'Le Droit Constitutionnel Allemand Dans La Science Juridique Française'; Constance Grewe et Hélène Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Édition : 1. éd (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1995); Constance Grewe, *Le Système politique ouest-allemand* (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1986).

leur recherche. C'est, pensons-nous, le niveau le plus abouti d'interpénétration : lorsque la doctrine étrangère n'est plus un objet, mais un moyen d'étude<sup>67</sup>. La plupart cependant le droit allemand reste un objet d'étude à part entière, dans le cadre d'une approche strictement comparée<sup>68</sup>. Le prix de thèses BIIUS, créé par le CJFA, vise à récompenser les travaux de langue française portant sur le droit allemand. Les deux thèses remarquables d'Anne Gauché et Aurore Gaillet en ont été les premières récipiendaires.

## 8. La synthèse limitée du droit de l'Union

En dehors de cet intérêt parfois individuel pour les études comparées franco-allemandes, les évolutions du droit incitent naturellement à une plus grande communication entre communautés scientifiques nationales.

Le mouvement n'est évidemment pas propre aux relations franco-allemandes. Elle ont à jouer, surtout au niveau européen, un rôle majeur.

Nombreuses sont les occasions d'une reconstitution de la communauté scientifique européenne qui existait, de manière réelle ou idéalisée, à la fin du XVIIIème siècle et au cours du XIXème. Ce mouvement s'inscrit naturellement dans un processus de mondialisation, aussi appelé globalisation du droit.

Nous n'évoquerons, pour épargner la patience du lecteur, que deux niveaux, deux points de rencontre possibles des droits français et allemand, et des doctrines qui les conceptualisent : l'Europe et le Monde.

Le droit de l'Union européenne (auparavant appelé droit communautaire) est le cadre naturel d'un échange entre doctrines française et allemande. En premier lieu, il est classique de souligner que le droit de l'Union européenne a bénéficié initialement de l'influence conjointe des deux plus importants Etats fondateurs. Le contentieux communautaire en particulier est très largement marqué de l'influence française.

Quant au contenu des traités, il est classique de souligner qu'en matière de concurrence les règles européennes ont très largement été influencées par la tradition de l'ordolibéralisme allemand<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Nous pensons ici à la thèse de Guillaume Tusseau, qui peut être vue comme un prolongement des réflexions du grand juriste autrichien Hans Kelsen. Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, 1 vols. (Paris, France: Dalloz, 2006).

<sup>68</sup> V. parmi tant d'autres : Thierry Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé: analyse comparative des régimes français et allemand*, 1 vols. (Paris, France: LGDJ, 2004); Anne Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne: étude de droit comparé*, 1 vols. (Paris, France: LGDJ-Lextenso éd., DL 2013, 2013); Aurore Gaillet, *L'individu contre l'État: essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXème siècle*, 1 vols. (Paris, France: Dalloz, 2012, 2012).

<sup>69</sup> Christophe Strassel, *Le modèle allemand de l'Europe: l'ordolibéralisme*, 1 vols. (Suresnes, France: En temps réel, 2009); Patricia Commun et Centre de recherche sur les civilisations et identités culturelles comparées des sociétés européennes et occidentales, *L'ordolibéralisme allemand: aux sources de l'économie sociale de marché*, 1 vols. (Cergy-Pontoise, France: CIRAC, 2003).

Ce n'est pourtant pas le lieu ici de rappeler même sommairement les différentes étapes de la construction européenne. Notons simplement que l'Union est fondée sur une intégration toujours plus grande des Etats membres et de leurs droits. Dans ce cadre, il est naturel que des études aient identifié la reconstitution d'un droit propre à l'Union, qui emprunte aux droits nationaux en même temps qu'il entraîne leur évolution. A cet égard, l'œuvre de Jürgen Schwarze a fait date. Les deux éditions allemandes du monumental *Europäisches Verwaltungsrecht*<sup>70</sup>, très rapidement traduites en anglais et en français<sup>71</sup> constituent une somme permettant de mesurer l'influence réciproque du droit communautaire sur les droits nationaux, et des droits nationaux sur le droit de l'Union. Les droits allemand et français ont joué, et jouent encore un rôle majeur dans cette œuvre d'enrichissements réciproques.

Ce mouvement de recherches renouvelle fondamentalement les études comparées en droit public. Ce dernier souffre traditionnellement de son caractère éminemment national, non seulement dans ses sources, mais également dans ses usages. Le droit de la puissance étatique accompagne en effet une fonction qui ne saurait en principe dépasser les frontières nationales.

En revanche la vente ou le mariage sont des commerces juridiques qui dépassent, si chaque droit national le permet, les frontières. Le droit comparé est donc historiquement plus riche en droit privé qu'en droit public, les échanges franco-allemands plus nombreux.

Le droit international privé a pour objet de régler la question des conflits de lois dans ce type de situations concrètes. Mais des tendances existent, naturellement, à l'élaboration d'un droit commun, principalement dans le domaine du commerce juridique. Le cadre européen est naturellement adapté à ce travail.

Les instances communautaires poussent à ce travail d'unification<sup>72</sup>. Mais ni les juristes allemands, ni les juristes français ne semblent disposés à participer aux travaux des différents groupes de travail mis en place : chacun des droits nationaux représente comme deux pôles entre lesquels peuvent se mouvoir les juristes. Le rapprochement semble pour l'heure impossible autrement que par le travail d'unification progressive du droit de l'Union.

## **9. Les diverses formes de reconstruction d'une communauté scientifique mondiale**

Au-dessus, et au-delà de l'Europe, la mondialisation du droit, ou globalisation, est à la fois une réalité encore en construction, et un sujet d'étude tout-à-fait passionnant. Une communauté scientifique, dans le domaine du droit administratif et du droit constitutionnel global, est en cours de constitution. Dans ce concert d'auteurs nationaux, la France peine à trouver sa place. Des initiatives telles que le Global administrative Law (GAL) unit essentiellement les

---

<sup>70</sup> Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 2 vols. (Baden-Baden, Allemagne: Nomos, 1988).

<sup>71</sup> Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen*, 2 vols. (Bruxelles, pays multiples: Bruylant, 1994); Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen* (Bruxelles: Emile Bruylant, 2009).

<sup>72</sup> *Communication de La Commission Au Conseil et Au Parlement Européen Du 11 Juillet 2001 Concernant Le Droit Européen Des Contrats [COM(2001) 398 Final - Journal Officiel C 255 Du 13.9.2001* <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52001DC0398>>.

Universités américaines et italiennes<sup>73</sup> sous l'impulsion initiale d'auteurs tels que l'italien Sabino Cassese et les américains Benedict Kingsbury et Richard B Stewart<sup>74</sup>. La plupart des observateurs s'accordent à voir dans l'étude du droit administratif global la victoire d'une approche anglo-saxonne du droit public et en particulier des procédures.

La société internationale de droit public (*International Society of Public Law*, Icon's), dont la fondation aura lieu en juin 2014 à Florence, illustre la renaissance des sociétés savantes. Elle a pour objet d'appréhender la globalisation du droit sous l'angle unifié des droits constitutionnel et administratif.

Dans l'un et l'autre des projets, ou dans les courants d'étude qui les ont précédés, la doctrine allemande a marqué une nette avance sur la doctrine française. Un auteur tel Armin von Bogdandy, pour ne citer que lui, directeur du *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* Heidelberg, illustre à la fois l'existence d'un courant d'auteurs férus de l'étude du droit public européen et ouvert à la globalisation<sup>75</sup>. En France, une très petite communauté scientifique se réunissant autour du professeur Jean-Bernard Auby, directeur de la Chaire Mutation de l'action et du droit public de Sciences Po Paris<sup>76</sup>, s'attèle à cette œuvre visant à intégrer et développer, plutôt qu'à s'opposer à un courant de globalisation parfois perçu comme déniait, et condamnant les particularismes nationaux, lorsqu'il n'est pas simplement méprisé.

La tendance naturelle du droit français est cependant celle de la méfiance et du repli, comme l'illustre la création par l'Etat, et en dehors de la communauté universitaire, d'une institution comme la Fondation pour le droit continental<sup>77</sup>, dont les objectifs incertains et les moyens limités sont censés opposer une résistance, bien dérisoire, à la domination croissante de la *Common Law* (le droit anglo-saxon) sur le monde.

Il est évident que ni la doctrine française, ni la doctrine allemande n'ont plus désormais les moyens d'assurer une quelconque domination, ni dans leurs rapports de voisinage, ni *a fortiori* au niveau mondial. Leur vrai génie consistera à s'adapter et à intégrer les changements, pour mieux survivre.

La renaissance d'une communauté scientifique, à défaut d'un droit de *Ius Comune* mondial est indéniablement à l'œuvre. Ses formes d'expression sont diverses et leur appréhension globale est difficile, notamment en raison des divergences profondes qui peuvent opposer la communauté des juristes.

---

<sup>73</sup> <http://www.iilj.org/gal/>

<sup>74</sup> Pour une présentation synthétique du projet de Droit administratif global : Philippe Cossalter, 'Avant-Propos', in *Au-delà de l'Etat*, Sabino Cassese, Collection 'Droit Administratif' (Bruxelles: Bruylant, 2011).

<sup>75</sup> Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón et Peter M. Huber, eds., *Handbuch Ius publicum Europaeum*, 1 vols. (Heidelberg, Allemagne: Müller, 2007); Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón et Peter M. Huber, eds., *Handbuch Ius publicum Europaeum*, 1 vols. (Heidelberg, Allemagne: Müller, 2008); Armin von Bogdandy, Sabino Cassese et Peter M. Huber, eds., *Handbuch Ius publicum Europaeum: Grundlagen*, 1 vols. (Heidelberg, Allemagne: C.F. Müller, 2010); Armin von Bogdandy, Sabino Cassese et Peter M. Huber, eds., *Handbuch Ius publicum Europaeum: Wissenschaft*, 1 vols. (Heidelberg, Allemagne: C.F. Müller, 2011).

<sup>76</sup> <http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/>

<sup>77</sup> <http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/>



La parcellisation du droit, due à sa complexification croissante, pourrait apparaître comme un frein à l'émergence d'un droit commun. Les besoins ponctuels d'unification des règles dans un monde globalisé sont pourtant le vecteur d'un profond courant d'unification.

## Bibliographie

- Autexier, Christian, *Introduction au droit public allemand* (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1997)
- Beaud, Olivier, 'La Théorie Générale de l'Etat (Allgemeine Staatslehre) En France. Quelques Notations Sur Un Dialogue Contrarié.', in *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? - Une science juridique franco-allemande? : Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs - Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel* (Baden-Baden: Nomos, 1999), pp. 83–109
- Beaud, Olivier, et Patrick Wachsmann, eds., *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* (Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg, 1997) <<http://www.lcdpu.fr/livre/?GCOI=27000100401060>> [accessed 27 April 2014]
- Bergson, Henri, *La signification de la guerre* (Paris: Bloud et Gay, 1916)
- Bogdandy, Armin von, Sabino Cassese, et Peter M. Huber, eds., *Handbuch Ius publicum Europaeum: Grundlagen*, 1 vols. (Heidelberg, Allemagne: C.F. Müller, 2010)
- , eds., *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Wissenschaft*, 1 vols. (Heidelberg, Allemagne: C.F. Müller, 2011)
- Bogdandy, Armin von, Pedro Cruz Villalón, et Peter M. Huber, eds., *Handbuch Ius publicum Europaeum*, 1 vols. (Heidelberg, Allemagne: Müller, 2007)
- , eds., *Handbuch Ius publicum Europaeum*, 1 vols. (Heidelberg, Allemagne: Müller, 2008)
- Breton, Yves, 'Les Économistes Français et Les Écoles Historiques Allemandes', *Histoire, économie et société*, 7 (1988), 399–417 <<http://dx.doi.org/10.3406/hes.1988.2359>>
- Calasso, Francesco, *Introduzione al diritto comune* (Giuffrè, 1951)
- Capitant, David, et Klaus-Dieter Schnapauff, *L'administration publique de la France et de l'Allemagne. Présentation - Glossaire* (La Documentation française, 2007) <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/9782909460031/index.shtml>>
- Cassese, Sabino, 'Auf der gefahrenvollen Strasse des öffentlichen Rechts. La „révolution scientifique“ de Vittorio Emanuele Orlando', *Revue générale du droit*, 2014 <<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/03/22/auf-der-gefahrenvollen-strasse-des-offentlichen-rechts-la-revolution-scientifique-de-vittorio-emanuele-orlando/>>
- Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa: 1* (Milano: Giuffrè, 1900)
- Commun, Patricia, et Centre de recherche sur les civilisations et identités culturelles comparées des sociétés européennes et occidentales, *L'ordolibéralisme allemand: aux*

- sources de l'économie sociale de marché*, 1 vols. (Cergy-Pontoise, France: CIRAC, 2003)
- Communication de La Commission Au Conseil et Au Parlement Européen Du 11 Juillet 2001 Concernant Le Droit Européen Des Contrats [COM(2001) 398 Final - Journal Officiel C 255 Du 13.9.2001* <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52001DC0398>>
- Cossalter, Philippe, 'Avant-Propos', in *Au-delà de l'Etat*, by Sabino Cassese, Collection 'Droit Administratif' (Bruxelles: Bruylant, 2011)
- Duguit, Léon, *Les transformations du droit public* (A. Colin (Paris), 1913) <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q>>
- Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?* (Fayard/Mille et une nuits, 1997) <[http://gallica.bnf.fr/VisuSNE?id=oai\\_numilog.com\\_54353&r=renan+nation&lang=D E](http://gallica.bnf.fr/VisuSNE?id=oai_numilog.com_54353&r=renan+nation&lang=D E)> [accessed 18 April 2014]
- Finot, Jean, *Civilisés contre allemands* (Ernest Flammarion, 1915)
- Fleiner, Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand* (Paris: Delagrave, 1933)
- Forsthoff, Ernst, *Traité de droit administratif allemand* (É. Bruylant, 1969)
- Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (Mohr und Zimmer, 1816) <<http://archive.org/details/geschichtedesrm11savigoog>> [accessed 19 April 2014]
- Fromont, Michel, et Alfred Rieg, *Introduction au droit allemand, 3 tomes* (Cujas, 1977)
- Gaillet, Aurore, *L'individu contre l'État: essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXème siècle*, 1 vols. (Paris, France: Dalloz, 2012, 2012)
- Garaud, Marcel, *La Révolution Française et L'égalité Civile*, Bibliothèque D'histoire Du Droit (Paris: Recueil Sirey, 1953)
- Von Gierke, Otto, 'L'idée germanique de l'État', *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N°23 (2006), 169–71 <<http://dx.doi.org/10.3917/rfhip.023.0169>>
- Goyard-Fabre, Simone, *Re-penser la pensée du droit: les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique* (Vrin, 2007)
- Grewe, Constance, 'Le Droit Constitutionnel Allemand Dans La Science Juridique Française', in *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? - Une science juridique franco-allemande? : Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs - Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, by Olivier Beaud et Erk Volkmar Heyen (Baden-Baden: Nomos), pp. 221–35
- , *Le Système politique ouest-allemand* (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1986)

- Grewe, Constance, et Hélène Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Édition : 1. éd (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1995)
- Grossi, Paolo, *L'ordine Giuridicomedievale* (Rome-Bari: Laterza, 1996)
- Guckelberger, Annette, 'L'importance d'Otto Mayer Pour Le Droit Administratif Allemand', in *Otto Mayer, Droit administratif allemand* (Editions juridiques franco-allemandes, 2014)
- Halperin, Jean-Louis, 'L'approche Historique et La Problématique Du Jus Commune', *Revue internationale de droit comparé*, 52 (2000), 717–31  
<<http://dx.doi.org/10.3406/ridc.2000.18625>>
- Heyen, Erk Volkmar, et Olivier Beaud, *Eine Deutsch-Französische Rechtswissenschaft? - Une Science Juridique Franco-Allemande? : Kritische Bilanz Und Perspektiven Eines Kulturellen Dialogs - Bilan Critique et Perspectives D'un Dialogue Culturel* (Baden-Baden: Nomos, 1999)
- Jacquemet-Gauché, Anne, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne: étude de droit comparé*, 1 vols. (Paris, France: LGDJ-Lextenso éd., DL 2013, 2013)
- Jhering, Rudolf von, *Le combat pour le droit / par le Dr Rudolphe d'Ihering,... ; traduit de l'allemand par Alexandre-François Meydieu,...* (G. J. Manz (Vienne), 1875)  
<<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k74379g>> [accessed 27 April 2014]
- Jouanjan, Olivier, *Le Principe D'égalité Devant La Loi En Droit Allemand* (Paris: Economica, 1992)
- , *Une Histoire de La Pensée Juridique En Allemagne (1800-1918)* (Paris: PUF, 2005)
- Laband, Paul, *Le droit public de l'Empire allemand* (V. Giard & E. Brière, 1900)
- Maurer, Helmut, *Droit Administratif Allemand*, Collection 'Manuels', 8ème édition (Paris: LGDJ, 1994)
- Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht* (Duncker und Humblot, 1895)
- , *Le droit administratif allemand. 4 tomes / par Otto Mayer ; avec une préf. de H. Berthélemy,...* (V. Giard et E. Brière (Paris), 1903)  
<<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1067000>>
- , *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (K.J. Trübner, 1886)
- Pédamon, Michel, *Le contrat en droit allemand*, Édition : 2e édition (Paris: LGDJ, 2004)
- , *Le Droit allemand* (Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1985)
- Picard, Emile, *L'histoire et les prétentions de la science allemande*. (Paris: Librairie académique Perrin et Cie Libraires-éditeurs, 1916)

- Rambaud, Thierry, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé: analyse comparative des régimes français et allemand*, 1 vols. (Paris, France: LGDJ, 2004)
- Saleilles, Raymond, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)* (F. Pichon, 1901)
- Savigny, Friedrich Karl von, et Otto Ludwig Heuser, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin Veit, 1840) <<http://archive.org/details/systemdesheutige01saviuoft>> [accessed 19 April 2014]
- Schönberger, Christoph, 'Penser l'État Dans l'Empire de La République : Critique et Réception de La Conception Juridique de l'État de Laband Chez Carré de Malberg', in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* (Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg, 1997), pp. 255–65
- Schwarze, Jürgen, *Droit administratif européen*, 2 vols. (Bruxelles, pays multiples: Bruylant, 1994)
- , *Droit administratif européen* (Bruxelles: Emile Bruylant, 2009)
- , *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 2 vols. (Baden-Baden, Allemagne: Nomos, 1988)
- Stanguennec, André, 'À l'origine de l'idée allemande de nation', *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N° 14 (2001), 337–50  
<<http://dx.doi.org/10.3917/rfhip.014.0337>>
- Stora-Lamarre, Annie, 'La guerre au nom du droit', *Revue d'histoire du XIXe siècle. Société d'histoire de la révolution de 1848 et des révolutions du XIXe siècle*, 2005  
<<http://dx.doi.org/10.4000/rh19.1017>>
- Strassel, Christophe, *Le modèle allemand de l'Europe: l'ordolibéralisme*, 1 vols. (Suresnes, France: En temps réel, 2009)
- Thibaut, Anton Friedrich Justus, *Thibaut und Savigny: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, und, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft: ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften: mit den Nachträgen der Verfasser und den Urteilen der Zeitgenossen* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959)
- Tusseau, Guillaume, *Les normes d'habilitation*, 1 vols. (Paris, France: Dalloz, 2006)
- Whitman, James Q., 'Jhering Parmi Les Français, 1870-1918', in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* (Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg, 1997), pp. 151–64
- Witz, Claude, 'Droit de Gage Général - Articles 2284 et 2285 Du Code Civil', *Jurisclasseur Notarial répertoire, fascicule 10*, 2009
- , *Droit Privé Allemand. Volume 1, Actes Juridiques, Droits Subjectifs* (Litec, 1992)
- , *Le droit allemand*, Édition : 2e édition (Paris: Dalloz-Sirey, 2013)

Württemberg, Thomas, 'Konvergenzen Oder Dominanz Nationaler Rechtstraditionen in Deutschland Und Frank-Reich?', *Frankreich-Jahrbuch*, 2001, 151 ss

Württemberg, Thomas, et Stephan Neidhardt, 'Distance et Rapprochement Entre Le Droit Administratif Allemand et Le Droit Administratif Français'  
<[http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/thomas\\_wurterberger.pdf](http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/thomas_wurterberger.pdf)>

Zimmermann, Reinhard, 'L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne', *Revue internationale de droit économique*, (t. XXVII) (2013), 95–127 <<http://dx.doi.org/10.3917/ride.256.0095>>